

La Orden Europea de Retención de Cuentas (OERC); régimen de funcionamiento y su tratamiento por la jurisprudencia del TJUE

The European Account Preservation Order (EAPO); operating regime and its treatment by the CJEU case law

Enrique Manuel PUERTA DOMÍNGUEZ

Universidad de Huelva
CEU Cardenal Spínola de Sevilla
enrique.puerta@dam.uhu.es
ORCID: 0000-0003-1816-5703

Recepción: Enero 2025

Aceptación: Mayo 2025

RESUMEN

El instrumento jurídico denominado Orden Europea de Retención de Cuentas (OERC) conoce una discreta existencia. Desde su aparición parece que su uso en la litigiosidad privada en el seno de la UE es marcadamente puntual, y ello se corresponde con una jurisprudencia escasa y fragmentaria del TJUE con respecto a aquél. Con todo, en el presente estudio pretendemos operar una labor de historia acerca de los antecedentes de la OERC, y explicar de este modo cuáles pueden ser las posibles pautas que en un futuro animen a un empleo mucho más profuso de este interesante mecanismo cautelar originado en el seno de lo que actualmente conocemos como Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE (ELSJ).

Palabras clave: Orden, retención, cuentas, empleo, jurisprudencia

Clasificación JEL: K33.

ABSTRACT

The legal instrument known as the European Account Preservation Order (EAPO) has had a discreet existence. Since its emergence, its use in private litigation within the EU seems to be markedly scarce, and this corresponds to little and fragmentary case law of the CJEU with respect to it. All in all, in this study we aim to provide a history of the background to the EPAPO, and thus explain the possible guidelines that may encourage a much more profuse use of this interesting preventive mechanism in the future, which originated in what is now known as the EU's Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ).

84

Keywords: Order, preservation, account, deployment, case law

JEL Classification: K33.



1. LA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS Y SU UBICACIÓN EN EL MARCO DEL DERECHO PROCESAL PRIVADO CAUTELAR Y EJECUTORIO DE LA UE

La mejora operativa, mediante procedimientos específicos, de aquella parte del Derecho Internacional Privado (DIPr) auspiciada desde la Europa integrada, y que denominamos Derecho procesal privado de la UE (DPPUE), ha producido en el terreno concreto de las medidas cautelares un instrumento particularmente detallado y específico en su operativa de funcionamiento. Es sabido que los instrumentos de índole procesal genérico tienen también su parte dedicada al establecimiento de medidas cautelares ¹, y que existen otros mecanismos que se conciben para el cobro expeditivo de deudas sin necesidad de previo declarativo. Con anterioridad a la asunción normativa al respecto por parte de la Europa integrada, tan sólo se habría contado desde el papel que tenía asumido el TJUE desde las convenciones del art. 220 del primitivo Tratado Constitutivo de la CEE, en el marco de la cuestión prejudicial. Tal labor se verificaba con relación al papel que tenía asumido de intérprete de aquellas convenciones que tenían un sentido iusprivatista en las relaciones entre los Estados miembros, como era el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ², aspectos de los que haremos oportuna cita al abordar los precedentes jurisprudenciales de la OERC, en momentos previos incluso a la misma asunción de un DIPr por parte de la UE.

85

Tal como lo apuntaron algunos autores en fechas previas (Hök, 2006: 303), el entramado procesal ejecutorio quedaría inerte sin otra clase de instrumentos, y ahí es donde figura el Reglamento 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas (OERC). Ésta tiene la finalidad de garantizar la liquidez destinada al pago de deudas en materia civil y mercantil que se verifiquen en litigios transfronterizos entre Estados miembros, de un modo análogo a como si se produjesen sin salir del territorio de un único Estado (Solís Santos, 2015: 200). Estos posicionamientos se han reiterado en obras generalistas posteriores (Antón Juárez, Antón Juárez y Calvo Caravaca, 2018: 10) Su base legal es el art. 81 TFUE, apartado 2, letras a), e) y f), y es el único Reglamento del DPPUE por entero carente de

Anexos de ningún tipo, puesto tales aspectos instrumentales serían confiados al Reglamento ejecutivo 2016/1823 aprobado por la Comisión de 10 de octubre de 2016, por el que se establecen los formularios requeridos para la aplicación del Reglamento 655/2014. Este último instrumento consta de un total de nueve Anexos en donde se recogen los citados formularios, que resultan indispensables para el despliegue del régimen de la OERC en todas sus circunstancias y variantes ³.

Como en su momento se apuntó por la doctrina, “la principal novedad que introduce el Reglamento es el establecimiento de un régimen, simplificado y antiformalista⁴, que permite la ejecución transfronteriza de una medida cautelar que se dicta y se ejecuta sin audiencia previa del deudor o *inaudita parte* (Jiménez Blanco, 2014: 2). Así las cosas, el Reglamento define el ámbito de créditos cubiertos en el art. 2.1 como los tocantes a “deudas pecuniarias en materia civil y mercantil en asuntos transfronterizos que se definen en el artículo 3, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional de que se trate”. Al final del precepto y en los párrafos 2 a 4 encontramos no obstante un amplio conjunto de exclusiones: materias fiscal, aduanera ni administrativa, reclamaciones por la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*); derechos de propiedad derivados del régimen matrimonial o de una relación a la que la Ley aplicable atribuya efectos comparables al matrimonio; testamentos y sucesiones, incluidas las obligaciones de alimentos por causa de muerte; créditos frente a un deudor respecto del cual se hayan iniciado procedimientos de insolvencia, procedimientos de liquidación de sociedades u otras personas jurídicas insolventes; procedimientos cuyo objeto sea alcanzar un acuerdo judicial o un convenio de acreedores, u otros procedimientos análogos; deudas de seguridad social; reclamaciones reconocidas en arbitraje; cuentas bancarias que, con arreglo al Derecho del Estado miembro en que se tenga la cuenta, gocen de inmunidad frente al embargo, ni a las cuentas mantenidas en relación con el funcionamiento de cualquier sistema acorde con la definición del artículo 2, letra a), de la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores; por último, el Reglamento de la OERC también se exceptúa con referencia a las cuentas bancarias de los bancos centrales cuando actúen en su calidad de autoridades monetarias. El Reglamento es particularmente meticuloso a la hora de perfilar los ámbitos para los cuales queda excluido ⁴.



Otra definición importante es la de litigio transfronterizo que queda configurada como “aquel en el que la cuenta o las cuentas bancarias que deban retenerse mediante la orden de retención se mantengan en un Estado miembro que no sea:

- a) el Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se solicite la orden de retención, de conformidad con el artículo 6, ni;
- b) el Estado miembro de domicilio del acreedor”. Esta definición cubre pues dos hipótesis distintas. En cuanto al lugar del domicilio del deudor, ello resulta indiferente al no aparecen en tal definición. Por su parte, el momento pertinente para apreciar el carácter transfronterizo del litigio corresponde con la fecha de introducción de la demanda, tal como advertimos en el art. 3.2: “El momento pertinente para determinar si un asunto es transfronterizo será la fecha en que se solicite la orden de retención al órgano jurisdiccional que sea competente para dictarla”⁵.

87

Advirtamos que al definir la noción de qué se entienda por banco, el Reglamento incluye asimismo a las sucursales de esas mismas entidades asentadas inclusive en países terceros ajenos a la UE. Al carecer tales sucursales de personalidad jurídica propia, resulta concebible que una OERC dirigida a un banco de un Estado miembro pueda aplicarse asimismo a las cuentas bancarias gestionadas en dichas oficinas en el exterior.

Ha de saberse que el Reglamento afecta únicamente a la intervención cautelar de cuentas bancarias, definidas (art. 4.1) como “cualquier cuenta que contenga fondos en un banco a nombre del deudor o a nombre de un tercero por cuenta del deudor”; esta definición parece por lo tanto excluir implícitamente ciertos haberes custodiados por los bancos, como las cuentas de valores. Por su parte, la jurisprudencia ya ha emitido algún interesante pronunciamiento que define aspectos esenciales del alcance de este instrumento reglamentario, en concreto cuándo ha de entenderse de la concurrencia o no de la condición de documento público con fuerza ejecutiva para que entre a los efectos de un posible requerimiento de pago y la extensión en el análisis de tal apreciación.

Por añadidura, no olvidemos que existe una conexión entre la OERC y al menos otros instrumentos reglamentarios europeos específicos de carácter procesal, como son el procedimiento monitorio europeo y el Reglamento para la reclamación de deudas de menor cuantía, al formar todos estos mecanismos parte del DPPUE y estar diseñados para facilitar la recuperación de deudas entre los Estados miembros de la Unión Europea, promoviendo la simplificación y aceleración de los procedimientos de cobro a través de fronteras.

El procedimiento monitorio europeo ⁶ es un mecanismo simplificado para la obtención de una orden de pago en casos de deuda no disputada (por ejemplo, facturas impagadas). En cuanto a su régimen de funcionamiento, el procedimiento monitorio permite a un acreedor obtener un fallo en su favor de manera más rápida y menos costosa en comparación con los procedimientos judiciales tradicionales. Si el deudor no paga dentro del plazo, el procedimiento puede evolucionar hacia una ejecución de la deuda, que podría incluir el uso de la OERC. Plantea una vinculación con la OERC, dado que, si el deudor no paga tras el procedimiento monitorio, el acreedor puede recurrir al instrumento ahora estudiado para asegurar el pago de la deuda a través del bloqueo de cuentas bancarias del deudor en otro Estado miembro.

Y en lo que atañe al Reglamento para la reclamación de deudas de escasa cuantía ⁷, éste tiene la misión de facilitar la reclamación de deudas de menor cuantía (hasta 5.000 euros) entre los Estados miembros de la UE mediante un procedimiento simplificado y menos costoso, mediante un mecanismo que permite a los acreedores presentar reclamaciones de pequeñas deudas de manera rápida y directa, sin necesidad de recurrir a un proceso judicial completo. La ejecución de una sentencia obtenida puede incluir la retención de bienes o cuentas, en este caso, la OERC. Por tanto, existe también vinculación con la OERC, pues también puede funcionar en paralelo con aquella, ya que, una vez obtenida la sentencia o resolución en el marco de este reglamento, el acreedor puede utilizar la OERC para obtener el bloqueo de las cuentas bancarias del deudor en otro Estado miembro de la UE.



Con los precedentes en el estudio de las combinaciones de los otros dos instrumentos anteriores entre sí (Beraudo, 2015: 36), podemos afirmar ya actualmente que los tres procedimientos están diseñados para facilitar la recuperación de deudas en el ámbito transnacional dentro de la UE. En términos prácticos, el acreedor puede: a) bien iniciar el procedimiento monitorio europeo o el procedimiento para la reclamación de deudas de menor cuantía para obtener una sentencia que reconozca la deuda; o bien b) si el deudor no paga tras la resolución, se puede utilizar la Orden Europea de Retención de Cuentas para bloquear las cuentas bancarias del deudor en otro país de la UE, asegurando así el cobro de la deuda. Así las cosas, aunque cada uno de estos instrumentos tiene un enfoque específico, todos están diseñados para facilitar la recuperación de deudas en un contexto transnacional, y pueden ser utilizados de manera complementaria dependiendo de las circunstancias del caso.

La OERC presentaría (cuanto menos sobre el papel), una versatilidad que permite su empleo, tanto como medida cautelar en procedimientos pendientes de fallo, como para asegurar la ejecución mediante cobranza de sentencias ya firmes (Franzina, 2015: 2-4). Debido quizás a esa exactitud es como podríamos inicialmente pensar que este instrumento tiene un protagonismo casi inadvertido en el quehacer jurisprudencial del TJUE; o quizás de un modo más malévolo podríamos por el contrario intuir que semejante la ausencia de pronunciamientos a cargo de la alta judicatura comunitaria se debe a una previa falta de interés achacable a las entidades judiciales nacionales, quienes omiten formular las pertinentes cuestiones prejudiciales, cuando no a la pura indiferencia respecto del instrumento (de un modo que ya ha acontecido con otros productos normativos de la UE, siendo el más llamativo el representado por el conjunto de entidades societarias europeas, como son la Anónima Europea y las demás). Si ello se debe a la claridad del instrumento o a una desidia en su aplicación constituirá uno de los principales motivos de la presente aportación investigadora que ahora sometemos al criterio del estimado lector.

89

2. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN LA OERC

El procedimiento se abre por iniciativa del acreedor. En caso de disconformidad se abren vías de recurso tanto a éste como al deudor, e incluso a terceros. En su conjunto, el procedimiento cuenta con tres líneas básicas:

1ª)- Su carácter contradictorio pero *inaudita parte* durante una gran parte de sus fases iniciales (art. 11), en el que el deudor sin embargo quedará en la ignorancia respecto de la acción cautelar emprendida en su contra hasta el momento de la remisión de la OERC, ello con la precitada finalidad de que se pierda el efecto sorpresa antes mencionado, y no pueda reaccionar preventivamente vaciando sus cuentas ante la iniciativa detectada por parte del acreedor (Senés Motilla 2017: 312-313).

2ª)- El Legislador europeo ha deseado que tal procedimiento sea lo más simple y económico posible (art. 42), lo cual se aprecia en muchos pasajes del Reglamento. Citemos a título de muestra que se concibe un procedimiento por escrito (inclusive online) que permite en estos litigios transfronterizos que las partes se desplacen, la adopción de cortos plazos para obtener el mandato u orden.

3ª)-Posibilidad de que el procedimiento se pueda iniciar sin la preceptiva labor de Abogado. Ello se proclama en el art. 41, no obstante, con ciertas prevenciones: “En los procedimientos para la obtención de una orden de retención no se exigirá que las partes estén representadas por letrado u otro profesional del Derecho. En los procedimientos a que se refiere el capítulo 4 no se exigirá la representación por letrado u otro profesional del Derecho salvo en caso de que tal representación sea obligatoria, con independencia de la nacionalidad o del domicilio de las partes, con arreglo al Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional o autoridad ante la que se interponga el recurso”.

El procedimiento (en lo que concierne a la iniciación por parte del acreedor interesado, continuando en el banco comunicado y terminado con el deudor cuya cuenta se pretende retener por parte del primero) puede sintetizarse en las diversas fases, que desarrollamos a partir de los siguientes epígrafes.

2.1. Apertura de la OERC

El comienzo de la fase inicial para la obtención de la OERC se identifica con la apertura del mecanismo, para lo cual es preciso antes que nada determinar las reglas de competencia jurisdiccional al respecto, y que deberán ser asumidas por el acreedor (Cuniberti y Migliorini, 2018: 33-34). A tal respecto pueden plantearse dos situaciones diferentes: o bien el acreedor no ha iniciado aún el procedimiento en cuanto al fondo frente al deudor, o por el contrario inicia el procedimiento para conseguir la OERC



cuando ya ha concluido procedimiento principal sobre el fondo, sea mediante sentencia, transacción judicial o cualquier documento público auténtico frente a su deudor.

2.2. Acreditación de condiciones para contar con la OERC

Cada una de las situaciones antes mencionadas revisten un impacto acerca de la jurisdicción competente para expedirla OERC. A tal efecto es el art. 6 el que opera una diferenciación entre ambas situaciones, es decir; cuando el acreedor introduce su solicitud para la OERC antes de la obtención de un título ha de entenderse que las jurisdicciones competentes son las del Estado miembro que tenga cualidad para sentenciar en cuanto al fondo del asunto, de conformidad en el marco del DIPr con las normas competenciales generales del Reglamento Bruselas I bis. Ello se aprecia en el párrafo 1 de dicho art. 6: “Cuando el acreedor no haya obtenido una resolución judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva, serán competentes para dictar la orden de retención los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que sean competentes para resolver sobre el fondo del asunto, de conformidad con las correspondientes normas de competencia aplicables”. El párrafo 2 del precepto contiene una cautela que excepciona esta regla competencial. Así “cuando el deudor sea un consumidor que haya celebrado un contrato con el acreedor con un fin que pueda considerarse ajeno a la actividad o profesión del deudor, únicamente serán competentes para dictar una orden de retención destinada a asegurar un crédito relacionado con dicho contrato los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliado el deudor”. En este último caso pues la competencia queda necesariamente circunscrita al Foro descrito.

91

Cuando el acreedor se encuentra en la segunda situación de contar ya con un título de cobro, conformemente con los párrafos 3 y 4 de ese art. 6, la jurisdicción competente coincide con la del Estado miembro que ha emitido la decisión sobre el fondo, aprobado la transacción o, en el caso de un documento o acto público auténtico, los órganos designados en los Estados miembros para dar ejecución a tales actos.

2.3. Demostración de la urgencia que justifica la OERC

Sabido lo anterior, el siguiente aspecto en esta fase de obtención concierne a las condiciones que han de regir la expedición de la OERC. Debe saberse que son variadas las condiciones requeridas para lograrse por el acreedor la expedición del instrumento.

De entrada, es preciso (sin que sea trascendente la situación personal del demandante) demostrar una necesidad de urgencia. El acreedor deberá por tanto acreditar que existe un riesgo real de que la cobertura o satisfacción de su crédito se vuelva más difícil, cuando no del todo imposible, si no se acuerda la OERC (art. 7.1).

Seguidamente, caso de que aún no cuente con título, el demandante deberá producir los elementos probatorios suficientes para persuadir a la jurisdicción de que resulta concebible entender que su demanda sobre el fondo frente al deudor vaya a ser presumiblemente estimada (art. 7.2). Ello no regiría cuando ya se cuente con un título, sentencia o pronunciamiento que le dé la razón (hay que entender que cuanto menos en primera instancia, puesto que pueden seguir estando aún abiertas a favor de la parte demandada perdedora vías de apelación frente a ese primer fallo condenatorio).

2.4. Constitución de caución o garantía por parte del acreedor

92

El acreedor solicitante podrá verse obligado a constituir de la garantía recogida en el art. 12. La intensidad de la obligación de garantía varía según el acreedor disponga ya de un título o no. En efecto, cuando el acreedor solicita una OERC antes de la obtención del título correspondiente se le exige (salvo caso excepcional a la vista de las circunstancias) que constituya una caución con el fin de prevenir recursos abusivos al procedimiento, así como para responder frente a todo perjuicio que pueda padecer el deudor por motivo del otorgamiento de la OERC, ello ante la eventualidad de que el acreedor hubiera podido ejercerla de modo injustificado o temerario. Inversamente, cuando el acreedor cuenta con un título, la exigencia de constituir caución pasa de regla a ser excepción. El Reglamento nada dice sobre la manera en que se ha de constituir la caución caso de proceder ésta, salvo lo dispuesto en el art. 13 ⁸.

En lo que atañe al depósito de la caución, el Juez informará al acreedor acerca del montante requerido y de las formas de garantía aceptables en el Estado miembro en el cual se sitúa la jurisdicción competente. La OERC no será expedida hasta el momento de válida constitución de la garantía. Este principio general, que hubiera merecido una presencia destacada en el texto articulado del Reglamento, se colige no obstante de su Considerando 18, en donde se lee: “Una salvaguardia importante a tal efecto debe ser la posibilidad de exigir al acreedor que preste una caución para garantizar que el deudor



pueda ser indemnizado en una fase ulterior por cualquier daño o perjuicio que le haya ocasionado la orden de retención. En función del Derecho nacional, dicha caución puede prestarse en forma de fianza o de otro tipo de garantía, como una garantía bancaria o una hipoteca. El órgano jurisdiccional debe gozar de discrecionalidad para determinar el importe de la caución que sea suficiente para evitar el abuso de la orden y asegurar la indemnización al deudor, y tener potestad, en caso de que no haya pruebas específicas sobre la cuantía de los daños o perjuicios potenciales, para considerar orientativo el importe por el que vaya a dictarse la orden a efectos de determinar la cuantía de la caución (Antón Juárez, 2019: 451).

Cuando el acreedor aún no haya obtenido una resolución judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva que obligue al deudor al pago de la deuda al acreedor, la prestación de la caución debe ser la norma y solamente de manera excepcional el órgano jurisdiccional debe eximir de esta obligación o requerir una caución por un importe inferior si considera que dicha caución es improcedente, superflua o desproporcionada dadas las circunstancias concretas del caso. Dichas circunstancias podrían consistir, por ejemplo, en que el acreedor, pese unas pretensiones y alegaciones bien fundadas, no tiene medios suficientes para prestar una caución, en que el crédito se deriva de una obligación de alimentos o del pago de sueldos o salarios, o en que la cuantía del crédito es tal que no es probable que la orden cause daño o perjuicio alguno al deudor, por ejemplo, en caso de una pequeña deuda comercial.

93

Cuando el acreedor ya haya obtenido una resolución judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva, la prestación de la caución debe dejarse a la discreción del órgano jurisdiccional. Salvo en las circunstancias excepcionales antes mencionadas, la prestación de una caución puede ser procedente, por ejemplo, cuando la resolución cuya ejecución se pretende asegurar por medio de la orden de retención no sea aún ejecutiva o solo sea ejecutiva provisionalmente debido a que haya un recurso pendiente”.

Debe asimismo señalarse en lo que toca a estos requerimientos tendentes a la obtención de la OERC por parte del acreedor que en aquellos casos en que aquél hubiese iniciado el procedimiento sin siquiera haber emprendido un procedimiento principal en cuanto al fondo del asunto, el art. 10 del Reglamento impone que dicho procedimiento a título

principal debe iniciarse dentro de un plazo de treinta días a contar de la fecha de interposición de la demanda, o de catorce días desde la concesión de la OERC. El acreedor deberá proporcionar inmediatamente la prueba de haber interpuesto tal procedimiento principal ante la jurisdicción que le concedió la OERC, so pena de que ésta resulte revocada, con las responsabilidades que pudiere incurrir si acaeciese perjuicio al deudor. Además, siendo intrascendente esta vez que el acreedor disponga o no de título, éste no deberá haber introducido demandas para la obtención de la OERC contra el mismo deudor en diversas instancias jurisdiccionales al mismo tiempo. En el cómputo de dichos plazos, que quedan todos resumidos en el art. 45 con relación a los preceptos en el recogidos ⁹, no deben incluirse las vacaciones judiciales.

2.5. Suministro de informaciones a cargo del acreedor

94

El procedimiento de obtención de la OERC continúa con aquel estadio en el cual se deben suministrar determinadas informaciones para mejor proceder al funcionamiento del instrumento. Se impone que la demanda o solicitud deba ser introducida por el acreedor interesado con arreglo al formulario tipo recogido en el Anexo I del Reglamento de Ejecución 2016/1823 de la Comisión, precitado, que contiene no menos de trece páginas. La demanda debe contener toda una serie de informaciones, que son las recogidas en la muy prolija lista del art. 8.2 del Reglamento 655/2014. Entre las informaciones más importantes cabe resaltar el montante reclamado, una declaración en el caso en que el acreedor se haya ya dirigido a una jurisdicción nacional para obtener una medida equivalente en el plano nacional, si dicha iniciativa le ha sido denegada o no, amén de otras reseñas y datos que conciernen a los bancos en donde le conste que el deudor dispone de cuentas bancarias. Estas últimas informaciones pueden dispensarse al acreedor ¹⁰; pese a todo el mecanismo de la OERC prevé (pero sólo si el acreedor dispone ya de título) un procedimiento destinado a facilitar informaciones relativas a las cuentas bancarias del deudor (aspectos que se verán en su debido momento).

Una vez que se han suministrado por el acreedor tales informaciones, éste deberá producir una declaración en la cual (según le consta) los elementos aportados son verídicos y completos, y que es consciente de que toda declaración deliberadamente falsa o incompleta puede entrañarle consecuencias jurídicas con arreglo al ordenamiento jurídico del Estado donde la demanda se haya introducido, de modo que se le pueden depurar



responsabilidades en virtud de las disposiciones del Reglamento (art. 8.2 letra o). El objetivo del citado formulario se basa en evitar potenciales demandas abusivas. La demanda debe ir acompañada de todos elementos probatorios útiles, y si el acreedor está ya en posesión de un título, igualmente de una copia de éste (art. 8.3). Si estas piezas probatorias resultan no ser suficientes o deben ser subsanadas, el Juez puede exigir al acreedor (en tanto se permita por el ordenamiento procesal nacional en causa) que aporte nuevos elementos o enmiende los defectuosos (art. 9.1). La demanda con sus elementos probatorios y justificativos pueden ser presentados por todo medio de comunicación, incluidos los electrónicos, en tanto ello se admita a nivel procesal nacional del Estado donde la demanda de iniciación se haya interpuesto.

El acreedor carente de título no podrá en modo alguno acogerse al beneficio acabado de describir. Deberá entonces facilitar aquellas informaciones con las que hubiera podido contar u obtener por su cuenta. Se puede por ejemplo pensar en las cuentas utilizadas por el deudor con motivo de anteriores transacciones con el acreedor, o las cuentas empleadas en el pago de facturas anteriormente satisfechas (si bien no hay garantías que las mismas sigan teniendo fondos o continúen siquiera operativas). De ser procedente, la jurisdicción llamada a operar con el Reglamento transmite la OERC a la autoridad encargada de la obtención de las informaciones solicitadas en el Estado miembro donde se prevé realizar la ejecución. Dicha autoridad reenviará las informaciones recabadas a la jurisdicción de origen (Senés Motilla, 2017: 315-316).

95

Para la obtención de tales informaciones bancarias, el Reglamento deja la elección a los Estados miembros cuyas instancias sean requeridas entre cuatro métodos diferentes. Tan amplia gama de posibilidades se justifica en la existencia de significativas disparidades entre las legislaciones nacionales por lo que toca a los procedimientos oficiales de información patrimonial. Tales métodos son:

- i)- obligación dirigida a todos los bancos que se encuentren en el territorio del Estado miembro para que declaren si el deudor ostenta cuentas en alguno de ellos;
- ii)- otorgamiento a la autoridad encargada de la obtención de las informaciones de un acceso a los datos de interés, por cuanto éstos ya cuenten en poder en los archivos o registros de tales autoridades o administraciones públicas;

iii)- posibilidad de facultar a sus jurisdicciones que puedan obligar al deudor para que indique en cuáles bancos tiene cuentas a su nombre, en cuyo caso el requerimiento se adjunta de una obligación *ad personam*, por la que se prohíbe al deudor proceder a la retirada o transferencia de sus fondos en cantidad equivalente al montante objeto de la OERC;

iv)- institución por parte del Estado miembro de destino de cualquier otro método que resulte eficaz a los fines de obtención de las informaciones necesarias y que no sea desproporcionado en términos de coste ni de tiempo.

Resulta obvio que el Reglamento prevé una protección con relación a los datos recabados, limitando a un máximo de seis meses después del fin del procedimiento el tiempo de conservación de tales informaciones, deber que compete a todas las instituciones que hayan tomado parte en todo el proceso de obtención (art. 47).

96

2.6. Resolución que acuerda o deniega la OERC

Dependiendo no obstante de cada caso en concreto, la jurisdicción puede acordar o denegar, en todo o en parte, la OERC solicitada. En caso positivo, la OERC es dada curso por el montante indicado en la demanda y del modo justificado desde los elementos probatorios e informaciones recabadas. El montante determinado no puede en ningún caso ser superior al importe demandado. Todos estos aspectos son detallados en el art. 17 del Reglamento ¹¹.

La resolución que acuerde la OERC debe ajustarse al modelo del formulario tipo que figura en el Anexo II del Reglamento ejecutivo de la Comisión 2016/1823. Dicho formulario debe estar redactado en tantos ejemplares como bancos sean requeridos, y consta de dos partes: una parte A que comprende los datos que deben ser transmitidos al banco, al deudor y al acreedor, y una parte B, que concierne a informaciones adicionales que deberán ser suministradas a deudor y acreedor (recogidas de modo exhaustivo y pormenorizado en el art. 19). El mandamiento cautelar que se deduce de la OERC surte sus efectos hasta que se produzca alguna de las circunstancias contempladas en el art. 20, que diseñan los diversos destinos a los que puede abocar la iniciativa sobre las cuentas del deudor ¹².



El último aspecto concerniente a la obtención de la OERC atañe a los plazos en los que debe emitirse ésta. A este respecto, y una vez más, los plazos para acordar en su caso el otorgamiento de la medida cautelar a favor del acreedor difieren según se trate del supuesto en que éste cuente o no previamente con título. Caso de carecer de título, la jurisdicción debe emitir su decisión a lo más tardar al final del segundo día hábil a contar del día en el que el acreedor introdujo su solicitud, o caso de que la presentase incompleta, a contar del día en que el acreedor la completase (art. 18.1). Cuando por el contrario el acreedor cuenta ya con título en el momento de cursar su solicitud, la jurisdicción llamada a articular el mecanismo debe emitir su decisión al término del quinto día hábil a continuación del día en que el acreedor introdujo su solicitud o la hubiese completado (art. 18.2).

2.7. Ejecución de la OERC y remisión del mandamiento al banco o bancos

Completada la fase tendente al otorgamiento, puede ya arrancar la segunda fase diseñada en el sistema del Reglamento 655/2014, cual es la de ejecución. Ésta se ajusta a otro procedimiento no menos detallado que el anterior. Una vez obtenido el mandamiento cautelar que recoge la OERC, se estima que la ejecución debe realizarse lo más rápidamente posible por parte de las autoridades participantes (y aun cuando, como vemos, no se prevé ninguna sanción específica en caso de inacción; cabrían entonces quejas o querellas que se pudieran interponer a nivel nacional a las autoridades negligentes, acompañadas de la correspondiente responsabilidad civil subsidiaria). Los pasos para esta ejecución se ajustan a cuatro fases concretas que son:

- i)- transmisión de la OERC a la autoridad competente en el Estado miembro de destino o ejecución o;
- ii)- puesta en actuación de la OERC por parte del banco o banco afectados;
- iii)- emisión de una declaración por parte del banco afectado respecto de los fondos inmovilizados;
- iv)- información al deudor respecto del alcance de sus derechos y acciones en su defensa que le pudieran corresponder.

2.8. Recepción del mandamiento al banco o bancos

Una vez que la orden de intervención de las cuentas del deudor es del conocimiento del establecimiento bancario, éste debe poner en aplicación todo lo que sea preciso para darle cumplimiento. El banco impedirá todo reintegro o transferencia de sumas, en la cantidad indicada en la OERC, con referencia a la o las cuentas bancarias que hayan podido ser identificadas. Puede asimismo transferir, si es que las normas nacionales no lo impiden, todos los activos a una única cuenta con la finalidad de mejor cumplir con el carácter cautelar de las medidas. Los arts. 31 y 32 mencionan respectivamente ciertos montantes o cuentas que no pueden ser objeto de inmovilizaciones de cuentas (coincidentes con las que tengan carácter inembargable a nivel interno), así como se respetarán idénticas reglas nacionales por lo que toca a eventuales ordenes de prelación de créditos que pudieran existir.

98

2.9. Tratamiento de los montantes excesivos

Si sucediese que el montante intervenido en las cuentas bancarias inmovilizadas sobrepasase el montante contemplado en la OERC, dicho exceso no puede verse afectado por semejante inmovilización financiera. Si el mandamiento afectase a una pluralidad de cuentas, el Reglamento establece un orden de prelación (cuya finalidad es la de causar los menos perjuicios al deudor o a terceros) que destaca su preferencia por las cuentas de liquidas o a la vista, y según el cual vendrían intervenidas:

1º- cuentas de ahorro abiertas al único nombre del deudor;

2º- cuentas de ahorro abiertas a varios titulares (entre ellos el deudor), si la normativa del Estado miembro de destino lo permite;

3º- cuentas corrientes abiertas a nombre de diversos titulares, en idénticas condiciones. Verificadas tales inmovilizaciones, y de conformidad con el art. 27.1 el acreedor estará obligado a solicitar la liberación de las cantidades retenidas en exceso ¹³.



2.10. Emisión por el banco o bancos de una declaración respecto de los fondos inmovilizados

En concreto éste deberá hacer constar el modo y el estado en que los fondos que se encuentran con referencia a la cuenta en donde figura como titular del deudor y que han sido objeto de la medida cautelar de inmovilización; para ello deberá emplear el formulario recogido en el Anexo IV del Reglamento 2016/1823. Esta declaración debe efectuarse en el término de los tres días hábiles siguientes de la puesta en ejecución del mandamiento, salvo en casos excepcionales. La declaración deberá ser transmitida a la vez a la jurisdicción de destino que la acordó y al acreedor. Con respecto a este paso hay que distinguir una vez más dos situaciones:

1ª- cuando el mandamiento se expide al mismo Estado miembro en que ha de ejecutarse, la declaración se transmitirá directamente por el banco a esa única autoridad que resulta competente;

99

2ª- cuando el mandamiento se expide a un Estado miembro de ejecución diferente al de origen, el banco deberá transmitir la declaración a su autoridad nacional encargada de la ejecución, de modo que ésta queda obligada por su parte a hacerla también llegar al órgano jurisdiccional que emitió el mandamiento en el Estado de origen.

2.11. Información al deudor

La fase de ejecución de la OERC queda completada en su caso por el deber de información al deudor. Éste queda enterado de la medida cautelar de inmovilización de sus cuentas mediante la puesta en su conocimiento, por notificación, de la demanda en su día instada por el acreedor, junto con la copia de todos los documentos adjuntados por este último en aras de la obtención del mandamiento (Payan 2017: 15). También se le hace llegar la declaración del banco o bancos afectados en la puesta en marcha del mecanismo de intervención. A este respecto, la jurisprudencia recalca que, en el procedimiento relativo a la OERC, tal orden de retención se ejecutará con arreglo a los procedimientos aplicables a la ejecución de órdenes nacionales equivalentes en el Estado miembro de ejecución, ello en indisociable conexión con las pautas contenidas en lo que actualmente se determina en el Reglamento Bruselas I bis 1215/2012.

3. REGIMEN DE RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS

El sistema de la OERC contempla finalmente las cuestiones de la responsabilidad de las entidades bancarias, las garantías genéricas del deudor y el sistema de recursos que *a posteriori* se arbitran al deudor, acreedor y terceros por posibles excesos en el manejo del mecanismo.

3.1. Responsabilidad de las entidades bancarias

En el contexto propio de la aplicación del Reglamento, el no acatamiento de las obligaciones que les correspondan conocerá las sanciones previstas en el Estado miembro de ejecución de la OERC (art. 26). Ante la falta de especificación, hay que sobreentender que el Reglamento confía por entero a los ordenamientos nacionales el desarrollo y contenido de tales sanciones.

3.2. Garantías genéricas en favor del deudor

Apreciamos que el Reglamento no deja al margen la protección al deudor con carácter previo a fin de no prevenirlo. Existen sin embargo algunas garantías a favor del deudor pese a que esté ignorante de la OERC en sus primeros compases. Éstas son, aparte de en las presunciones de falta de diligencia que juegan contra el acreedor arriba comentadas, en otras diversas manifestaciones. Cabe así citar:

1ª- obligación de traducción de los documentos, que deberán ser transmitidos al deudor en la lengua oficial que exista en el país donde viva (art. 49);

2ª- posibilidad de instituir una garantía sustitutoria en vez de la intervención de cuentas (art. 38).

4. SISTEMA DE RECURSOS

En cuanto al sistema de recursos contemplados por el Reglamento, éstos son complejos desde el punto de vista procesal y atañen a acreedor, deudor y terceros (D'Alessandro, 2015: 87-89). El interés del acreedor para recurrir se da en caso de desestimaciones parciales o totales de su pretensión con respecto a la OERC, mientras que el del deudor y los terceros será opuesto, es decir, frente a las condiciones y contenidos con los que la



OERC haya sido acordada en favor del acreedor. Hay recursos ordinarios y una vía de carácter extraordinario.

4.1. Recursos del acreedor

Con la filosofía que motiva a éstos arriba indicada, pueden suscitarse en diversos contextos. El primero se daría cuando su demanda para la OERC se rechazase en todo o en parte. En tal caso el acreedor dispone de una posibilidad de interponer apelación frente a tal decisión negativa, la cual deberá operarse en el plazo de treinta días a contar de la fecha en la que el acreedor tuvo conocimiento de tal revés. Esta apelación carece de carácter contradictorio cuando su solicitud hubiese sido enteramente rechazada. En cambio, caso de que el rechazo fuese sólo parcial la apelación sí tendrá en cambio carácter contradictorio, dado que el recurso se comunicará al deudor para que éste manifieste lo que mejor entienda en su defensa. La apelación se interpondrá ante el órgano jurisdiccional que cada Estado miembro hubiere designado a estos efectos, y comunicado a la Comisión (arts. 21 y 50.1 letra d).

101

El acreedor puede también interponer un recurso cuando considere preciso oponerse a las modalidades de ejecución que se hayan previsto para la OERC. Podrá por lo tanto cuestionar por esta vía las medidas relativas a la fijación de montantes en diversos Estados, a tenor de lo dispuesto, un tanto confusamente, por el art. 35.4: “El acreedor podrá solicitar al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de ejecución o, en caso de que así lo disponga el Derecho nacional, a la autoridad de ejecución competente de dicho Estado miembro, la modificación de la ejecución de la orden de retención a fin de adaptar la exención aplicada en dicho Estado miembro con arreglo al artículo 31 por haberse aplicado ya otras exenciones a una o varias cuentas mantenidas en otro u otros Estados miembros, por un importe tal que justifique la adaptación”. El acreedor por lo tanto reclamará un ajuste de la exención aplicada en otro Estado miembro de ejecución cuando aprecie que otros montantes de igual índole se han aplicado en otros Estados miembros. Se trata de un recurso de naturaleza contradictoria, teniendo el acreedor posibilidad de interponer apelación cuando su primera oposición hubiese sido rechazada, para lo cual deberá emplear el formulario contenido en el Anexo VII del Reglamento de ejecución 2016/1823.

4.2. Recursos del deudor

Éstos pueden revestir dos formas. Así se podrá interponer contra la resolución misma que acuerda la OERC (art. 33) o contra la ejecución de ésta (art. 34). Cuando opte por oponerse al mandamiento, el deudor deberá formalizar su recurso ante el órgano judicial del Estado miembro que expidió la OERC. El Reglamento enumera una lista limitativa de los motivos que pueden esgrimirse para fundamentar dicho recurso; la OERC será revocada cuando no se hubieran satisfecho las condiciones o exigencias recogidas en el Reglamento, cuando los documentos exigidos en su totalidad no hubiesen sido notificados dentro de los catorce días siguientes a contar de la inmovilización de la cuenta del deudor, o en todo caso, cuando dichos documentos no le hubiesen sido hechos llegar traducidos en la lengua oficial del Estado en el que el deudor esté domiciliado.

102

En segundo término, el mandamiento puede ser objeto de recurso en el caso de que la deuda de la que se vale el demandante haya sido pagada o que los montantes que forman parte del objeto de la retención de cuentas y que excedan a las cantidades no hayan sido liberados. Por añadidura, también podrá ser recurrida en el caso en que la resolución sobre el fondo o sentencia cuyo aseguramiento se pretende con la OERC haya resultado al final desestimada o anulada. Y a mayor abundamiento, el Reglamento prevé que el deudor pueda instar un reexamen del mandamiento cuando la garantía necesaria para obtener la OERC no haya sido debidamente diligenciada por parte del acreedor; sin embargo, a este último respecto se prevé que ciertos motivos de revocación alzados por el deudor pueden decaer si el acreedor procede a regular la situación tocante a la fianza o garantía defectuosa o insuficiente.

El deudor puede interponer otro tipo de recursos, esta vez frente a la ejecución del mandamiento que recoge la OERC. En tal contexto, el órgano jurisdiccional competente para entender tal recurso será la del Estado miembro de ejecución o destino de la OERC. Aquí el Reglamento vuelve a enumerar exhaustivamente los motivos que pueden limitar o dejar sin efecto la ejecución del mandamiento, entre las que figura que con ello se vulnere el orden público del país en donde se pretenda la retención.

El procedimiento respecto del cual se llevarán a cabo los eventuales recursos que introduzca el deudor se detalla en el art. 36. Se trata de un procedimiento contradictorio,



que comenzará mediante el recurso introducido mediante el formulario tipo contenido en el Anexo VII del Reglamento 1823/2016. A dicho recurso deberá darse traslado a la parte contraria (esto es, al acreedor). La resolución del recurso deberá pronunciarse en un plazo de 21 días, para cuyo incumplimiento en cambio el Reglamento no recoge sanciones específicas (con lo cual una vez más, el aspecto se confiará a las normativas nacionales correspondientes). En caso de desestimación del recurso, el deudor puede intentar una apelación, utilizando el formulario contenido esta vez en el Anexo VIII del Reglamento 1823/2016.

4.3. Recursos previstos para terceros interesados

El art. 39 precepto prevé que ciertos interesados tienen la posibilidad de oponerse al mandamiento mismo o a su ejecución. En el primer caso, la jurisdicción y normativa aplicables serán las del Estado miembro de origen, mientras que en el segundo supuesto corresponderán a las del Estado miembro de ejecución.

103

4.4. Otras modalidades extraordinarias de recurso confiadas indistintamente a acreedor y deudor

Es en el art. 35 donde se prevé que uno u otro podrán instar ante el órgano jurisdiccional que expide el mandamiento que contiene la OERC que se modifique o revoque ésta si cambiaron las circunstancias que determinaron tal expedición. Dicho precepto ofrece igualmente la posibilidad a ambas partes de exigir conjuntamente la revocación o modificación del mandamiento, caso de que la deuda hubiera sido total o parcialmente satisfecha. Una desestimación de tales iniciativas procesales podrá ser objeto de la correspondiente apelación, para lo cual se empleará el formulario sito en el Anexo VII del Reglamento 1823/2016.

5. POSICIONAMIENTOS DEL TJUE; UNA JURISPRUDENCIA A LA VEZ FRAGMENTARIA Y PIONERA

La jurisprudencia del TJUE a este respecto puede decirse que ha conocido tres fases, que sintetizamos del modo siguiente.

5.1. Fase inicial (vigencia de la Convención de Bruselas de 1968)

En la primera figurarían algunos ejemplos aislados que planteaban, en determinados supuestos prácticos concretos, la garantía ejecutoria de los fallos pendientes de ejecución entre los diversos Estados miembros en el marco de la Convención de Bruselas de 1968. Presentarían vistos desde hoy un cierto sentido que podemos tildar de precursor del sentido cautelar que imbuye, no sólo los Reglamentos de DPPUE en sentido genérico, sino muy en concreto a la actual OERC. Un remoto precedente de esta fase inicial lo encontramos en 1985, en el cual, aunque se trataba de un contexto de embargo cautelar sobre bienes inmuebles, la doctrina sería válida para la misma filosofía de la OERC, concebida para cuando precisamente lo deseado es no poner en riesgo la liquidez ubicada en las cuentas del deudor ¹⁴. Se percibe ya la idea, con respecto a la cual, a partir del *periculum in mora*, éste debe materializarse en el riesgo para el acreedor de no poder ver satisfecho su crédito (o al menos, de tener que afrontar con mayor dificultad su realización) debido al tiempo necesario. poder iniciar una acción de ejecución contra el deudor, quien, mientras tanto, puede realizar actos de desvío de sus bienes de tal manera que la ejecución futura sea infructuosa, si no imposible.

Seguidamente en 1994 ¹⁵, En consecuencia, cuanto más rápido sea posible iniciar la ejecución, más se reducirá la capacidad del acreedor para aprovechar la existencia del *periculum* para obtener la medida solicitada. El juez, en efecto, evaluará la existencia del riesgo también en relación con las circunstancias que, a nivel temporal, se interponen entre el acreedor y el inicio de la ejecución, para determinar si son o no adecuadas para poner en peligro la satisfacción del crédito al acreedor. Y si, por un lado, es cierto que el tiempo necesario para emprender una acción de ejecución en otro Estado miembro será significativamente mayor que el necesario para iniciar una ejecución nacional, por otro, es necesario tener en cuenta las conclusiones del TJUE, que en este punto tienden a reducir el alcance del elemento temporal respecto del citado peligro. La alta judicatura europea observa que el embargo cautelar garantiza al acreedor la posibilidad de dar ejecución efectiva y oportuna a una sentencia posterior que condene al deudor y que por lo tanto es razonable otorgar la medida cautelar si "existe duda razonable de que, en ausencia de esta disposición, la ejecución de la decisión final resulta imposible o esencialmente más onerosa". Sin embargo, también subraya que la exigencia cautelar está



ciertamente justificada si la ejecución de la sentencia posterior debe realizarse en el territorio de terceros Estados, mientras que ya no está justificada cuando la resolución judicial debe ejecutarse en el territorio de los Estados miembros de la Comunidad. Por tanto, el elemento temporal, aunque importante, no es en sí mismo fundamental a los efectos del otorgamiento de una medida cautelar (en nuestro caso la OCES), pues es necesario que el *periculum* se acredite también con base en otros elementos. Es esta noción la que habría acabado informando el espíritu que informa el considerando núm. 14 del actual Reglamento que gobierna la OERC, donde que exponen indicadores que revelan la presencia de riesgo que el juez puede utilizar para realizar sus propias valoraciones. Éstos además constituyen una base común sobre la que es posible articular una interpretación uniforme, a nivel europeo, del supuesto en cuestión ¹⁶.

Y en la antesala misma previa a la asunción por la propia UE de su sistema de DIPr, en las puertas del nuevo siglo, llegamos al año 1998, en donde el TJUE reconoce que los tribunales que tienen competencia (internacional directa) para conocer del fondo de la controversia también pueden tener competencia (internacional directa) para emitir cualquier autorización de embargo preventivo que se lleve a cabo en el extranjero ¹⁷. Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia define el concepto de medidas provisionales y cautelares en el marco del Convenio de Bruselas, esta definición parece válida sólo a los efectos de esta disposición, es decir, para decidir sobre la competencia internacional directa del juez del Estado donde se toma una medida provisional o cautelar (cuando este juez no tenga competencia sobre el fondo) para pronunciar dicha medida. Por otro lado, una doctrina unánime admite que en el derecho europeo no existe una definición de “medidas provisionales o cautelares” que entren dentro de la jurisdicción internacional directa del juez de primera instancia.

105

5.2. Fase intermedia (referencia tangencial a la OERC)

Aquí el TJUE responde a las dudas planteadas por la jurisdicción de reenvío sometidas con respecto del capítulo de las medidas cautelares genéricas del Reglamento Bruselas I entonces vigente ¹⁸, limitándose el Tribunal de Justicia a hacer una breve recalada en forma de cita de la OERC. En este caso, el Tribunal de Justicia se pronuncia en el contexto de una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal Federal alemán sobre una medida cautelar nacional iniciada por una sociedad italiana en Italia, declarada con fuerza

ejecutiva en Alemania. El objetivo era pronunciarse sobre la aplicación de una norma italiana que fijaba un plazo para la ejecución de la orden nacional de embargo cautelar. Esta ejecución tiene lugar en Alemania.

Las orientaciones remitidas a la jurisdicción nacional de reenvío se limitan únicamente al anteriormente vigente Reglamento Bruselas I 44/2001, estableciendo que el art. 38 del citado precepto debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que se aplique una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que establece la observancia de un plazo para la ejecución de un mandamiento de embargo preventivo, cuando se trate de una resolución de esta índole adoptada en otro Estado miembro y que tenga carácter ejecutivo en el Estado miembro requerido. Pero no deja de llamar la atención la cita completamente autónoma y por su propia iniciativa (característica debe decirse en el marco de la cuestión prejudicial), que el TJUE dedica a la OERC. Así refieren que “Desde un punto de vista sistemático más amplio, debe señalarse que dicha interpretación resulta confirmada también por el artículo 23 del Reglamento 655/2014 (...) por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil (...), según el cual la orden de retención se ejecutará con arreglo a los procedimientos aplicables a la ejecución de órdenes nacionales equivalentes en el Estado miembro de ejecución ¹⁹.

De este pronunciamiento se pueden sacar sin embargo un cierto número de conclusiones muy interesantes, cuya extrapolación al régimen de la OERC no alberga dudas. En primer lugar, esta decisión aclara la relación entre la doctrina de los efectos ampliados y la de los efectos equivalentes; en segundo lugar, subraya la función central del principio de seguridad jurídica; y, por último, aborda las cuestiones relativas a los plazos para la ejecución de una medida provisional dictada en un Estado miembro distinto de aquel en el que se solicita la ejecución. Más precisamente, Al Bosco se adoptó en el contexto del Reglamento Bruselas I, pero los términos principales de la cuestión no se modifican en el régimen del Reglamento Bruselas I bis. Así, en tal contexto se trata de la libre circulación de sentencias en materia civil y comercial.



5.3. La jurisprudencia del TJUE con la OERC como protagonista

Llegamos a esta última fase con sólo dos pronunciamientos existentes en la fecha, y de los que la doctrina se ha hecho el debido eco, y que resumiremos pormenorizadamente:

5.3.1. STJUE de 7 de noviembre de 2019 KHK y otros As 555/18

Gracias a esta su primera interpretación del Reglamento relativo a la OERC, de la cual se hizo eco respecto a su significativa trascendencia la doctrina española más acreditada (Villamarín López, 2020: 249), el TJUE aclara la línea divisoria entre los dos supuestos de apertura del procedimiento para la obtención de una orden europea de conservación y precisa las nociones de procedimiento en circunstancias de fondo y excepcionales. Más precisamente, el art. 5 prevé como ya anticipábamos dos supuestos de apertura de este procedimiento: por un lado, “antes de que el acreedor inicie un procedimiento sobre el fondo en un Estado miembro contra el deudor, o en cualquier momento durante este procedimiento hasta que se dicte la resolución o hasta la aprobación o celebración de un acuerdo judicial” y, por otra parte, después de que el acreedor haya obtenido, en un Estado miembro, una decisión, un acuerdo judicial o un acto auténtico obligando al deudor a pagar su deuda. En esta sentencia el TJUE proporciona algunas aclaraciones bienvenidas sobre la distinción entre estas dos situaciones.

107

En el caso planteado un acreedor solicitaba ante un tribunal de primera instancia búlgaro (tribunal remitente) un requerimiento de pago contra los deudores solidariamente obligados a pagarle una determinada suma. Una vez obtenida la orden, habría intentado notificar las copias a sus deudores. Al no poder contactar con ellos, utilizó los medios de notificación presuntos previstos por la legislación búlgara (en este caso, colocando los documentos en la puerta o en el buzón de los destinatarios). Después de cierto plazo, a falta de reacción de los deudores, el demandante fue autorizado judicialmente a interponer una acción para establecer su deuda contra sus deudores. Al mismo tiempo, este acreedor solicitó al tribunal remitente búlgaro que le dictara una orden europea de embargo de las cuentas bancarias de sus deudores en Suecia, por considerar que en adelante residirían en ese Estado. Esta solicitud fue comunicada a otro tribunal búlgaro, con vistas a la apertura de un procedimiento separado sobre el fondo y el posterior nombramiento de un juez

ponente. Sin embargo, este juez ponente devolvió el asunto al órgano jurisdiccional remitente ordenándole que se pronunciara, alegando que el requerimiento de pago dictado anteriormente constituía un “acto auténtico”, en el sentido del artículo 4, punto 10, del Reglamento y que, en consecuencia, no era necesario incoar un procedimiento separado. Al no estar de acuerdo con este análisis, el órgano jurisdiccional remitente decidió suspender su sentencia y plantear diversas cuestiones prejudiciales al TJUE.

La primera de ellas tiene que ver con la oponibilidad o carácter ejecutorio del título en el Estado miembro de origen. El Tribunal de Justicia responde negativamente a la cuestión de si un requerimiento de pago, como el controvertido en el litigio principal, aún no ejecutable en el Estado miembro de origen, está incluido en el concepto de “acto auténtico”, en el sentido del artículo 4, apartado 10, del Reglamento. Como recordatorio, de esta disposición se desprende que este concepto significa un “acto redactado o registrado formalmente como instrumento público en un Estado miembro y cuya autenticidad: a) se refiere a la firma y al contenido del acto; y (b) haya sido establecido por una autoridad o cualquier otra autoridad facultada para ello”. En realidad, el interés de la solución adoptada no reside en el contenido de esta definición. Se encuentra en la condición, destacada por el Tribunal de Justicia, según la cual este título debe tener fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, de modo que se puedan extraer enseñanzas de él a la hora de designar el tribunal competente para expedir una OERC.

En este sentido, cabe señalar que el legislador de la Unión Europea ha hecho una distinción importante, en el artículo 6 del reglamento, según si el acreedor es o no titular de un “título auténtico”, en el momento de la solicitud OERC. Así, cuando haya obtenido tal título, los tribunales designados a tal efecto en el Estado miembro en el que se haya otorgado este documento público serán competentes para dictar una orden de embargo europea sobre la deuda a que se refiere este documento. En cambio, cuando aún no haya obtenido este título, serán competentes para dictar la orden de embargo los tribunales del Estado miembro que sean competentes para pronunciarse sobre el fondo, de conformidad con las normas de competencia aplicables. Por lo tanto, debe entenderse que estas disposiciones se refieren a un acto público “con fuerza ejecutiva” en el Estado miembro de origen.



La segunda cuestión remitida desde la jurisdicción de reenvío que resulta contestada por el TJUE afecta a la noción de “procedimiento en cuanto al fondo”. Como se ha indicado, de conformidad con el art. 5(a) del Reglamento, el solicitante puede solicitar una OREC antes de haber iniciado “un procedimiento sobre el fondo en un Estado miembro contra el deudor, o en cualquier momento durante este procedimiento hasta que se adopte la decisión solicitada o hasta la aprobación o celebración de un acuerdo judicial”. La segunda cuestión prejudicial llevó al Tribunal de Justicia a analizar el concepto de “procedimiento de fondo”, utilizado en este artículo, y a afirmar que un proceso monitorio en curso, como el controvertido en el litigio principal, podría ser calificado como tal. En el presente caso, se deduce que no debe exigirse al acreedor que interponga una acción separada, distinta del proceso monitorio pendiente entonces ante el tribunal remitente, para ser considerado “involucrado” en un “procedimiento sobre el fondo” ²⁰.

La tercera y última duda aclarada versa sobre la noción de “circunstancias excepcionales” que justifican el incumplimiento de determinados plazos. A este respecto, conviene recordar que el procedimiento de la OERC está marcado por diferentes plazos que deben respetarse para alcanzar el objetivo general de celeridad procesal. Así, se fijan determinados plazos para pronunciarse sobre la solicitud de la OERC. A este respecto, del artículo 18, párrafo primero, del Reglamento se desprende que, en caso de que “el acreedor no haya obtenido aún una resolución, una transacción judicial o un documento público, el tribunal dictará su decisión a más tardar en el final del décimo día hábil siguiente al día en que el acreedor presentó su solicitud o, en su caso, al día en que la completó. Sin embargo, el alcance de esta disposición se ve algo atenuado por el art. 45 del mismo reglamento, según el cual, “cuando, en circunstancias excepcionales, resulte imposible al tribunal o autoridad interesada respetar los plazos previstos [...] en el artículo 18, [...] el tribunal o autoridad deberá tomar, a la mayor brevedad posible, las medidas requeridas por estas disposiciones”. En respuesta a la tercera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia dictamina que “las vacaciones judiciales no entran dentro del concepto de “circunstancias excepcionales” en el sentido de esta disposición” (Antón Juárez, 2019: 453).

109

Por tanto, se puede considerar que esta interpretación del concepto de “circunstancias excepcionales” se aplica a todos los plazos previstos en el art. 45 del Reglamento, es decir, no sólo a los del art. 18 (plazos de sobre la solicitud de la OERC) sino también las

previstas, más o menos precisamente, en el apartado 7 del art14 (relativo a la obtención de información relativa a las cuentas bancarias y a la liberación de todos los garantía aportada por el acreedor), art23, apartado 2 (en lo que respecta a la ejecución de la OERC), art25, apartado 3, párrafo segundo (en lo que respecta a la transmisión de la declaración por el banco sobre el embargo de fondos como medida cautelar), art. 28, párrafos 2, 3 y 6 (sobre notificación al deudor de la OESC y actos procesales), art. 33, párrafo 3 (sobre el recurso del deudor contra la OERC y la posible regularización de la falta de notificación del auto y/o de los escritos procesales), y en el art. 36, apartados 4 y 5 (relativos al procedimiento de los recursos interpuestos en virtud de los arts. 33 a 35 del Reglamento).

5.3.2. STJUE de 20 de abril de 2023 Starkinvest As 291/21

Comenzando por los antecedentes del caso, el tema tiene sus raíces en una sentencia de 2016 dictada por el Tribunal de Apelaciones de Lieja a favor de Starkinvest SRL ordenando a Soft Paris y a las partes de Soft Paris “cesar todas las ventas de sus bienes y servicios bajo la marca denominativa SOFT PARIS en los países del Benelux” ²¹. La sentencia estableció una multa coercitiva en caso de que no se respetara la orden de cese de ventas. En 2021, Starkinvest SRL solicitó una OERC para embargar las cuentas bancarias francesas de Soft Paris por un importe de 86.694,22 euros. De esa cantidad, 85.000 euros correspondían a las multas coercitivas derivadas del incumplimiento por parte de Soft Paris de la orden de cese de venta de bienes. Starkinvest utilizó la referida sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de Lieja como título para obtener la OERC.

En este punto cabe señalar que el régimen para obtener una OERC varía en función de si el acreedor tiene sentencia ejecutoriada o no. Todos los acreedores deben demostrar que existe un riesgo real de que, sin tal medida, la posterior ejecución del crédito del acreedor contra el deudor se vea impedida o se haga sustancialmente más difícil, de conformidad con el art. 7, apartado 1, del Reglamento. Este primer requisito previo corresponde al *periculum in mora*. Los acreedores que no tengan una sentencia ejecutoriada 'deberán presentar también pruebas suficientes para convencer al tribunal de que es probable que prospere en cuanto al fondo de su crédito contra el deudor, según el art. 7, apartado 2, del



Reglamento. Esta segunda condición corresponde a otro requisito previo común para obtener una medida provisional nacional, cual es el *fumus boni iuris*.

Para el Tribunal de Apelación de Lieja no estaba claro si la sentencia que establecía la multa coercitiva pero no especificaba el importe del crédito resultante de dicha multa era válida y eximía a los acreedores del cumplimiento del *fumus boni iuris*. A este respecto, la legislación belga no exige la cuantificación previa del crédito derivado de una multa coercitiva para solicitar una orden de retención “siempre que la resolución que ordena la multa coercitiva sea ejecutable y esté en vigor” ²². Por el contrario, el tribunal belga también reconoce que el artículo 55 del Reglamento Bruselas I bis establece que una sentencia que ordene el pago de una multa sólo podrá acogerse al régimen simplificado de ejecución una vez que el importe del pago haya sido determinado definitivamente por el tribunal de origen.

Entrando ahora en las respuestas del TJUE, en esencia, se preguntaba si la sentencia que estableció la multa coercitiva era una sentencia válida que eximiría al acreedor de probar el *fumus boni iuris*. Más concretamente, si el importe de la reclamación debía especificarse o no en la sentencia como condición para considerarla como un título válido. A este respecto, ni el artículo 4(5), que contiene la definición de sentencia, ni el art. 7. 2, la disposición sobre el *fumus boni iuris*, dicen nada sobre la cuantificación de la demanda en la sentencia ²³. Sin embargo, otras disposiciones lo hacen. El art. 6 se refiere a la “cuantía especificada en la sentencia”, mientras que el artículo 8.2 g) establece que los acreedores pueden solicitar un OERC por “la cuantía del crédito principal especificada en la sentencia” ²⁴. Por lo tanto, una interpretación sistemática sugiere que la sentencia debería contener el importe exacto de la reclamación.

111

El TJUE concluyó que la especificación del importe de la reclamación es también una garantía para mantener un equilibrio adecuado entre los intereses del acreedor y del deudor en el procedimiento OERC ²⁵. Si una sentencia que establece la multa coercitiva sin haber especificado el monto del crédito se considera un título válido para eludir el *fumus boni iuris*, ello perjudicaría la posición del deudor. El examen judicial del *fumus boni iuris* es a la vez una condición para que el acreedor acceda a la OERC y una garantía para el deudor contra solicitudes abusivas cuando no existe un título que reconozca el crédito. Cuando el monto de la multa no está cuantificado, los tribunales deben tener la

discreción de evaluar si existe una base para el monto que el acreedor solicitó a la OERC. Los acreedores podrían utilizarlo, junto con “documentos proporcionados por un funcionario judicial en los que el funcionario judicial declare las violaciones de la orden prohibitiva”, para probar el *fumus boni iuris*. Los acreedores que deseen obtener una multa a través de un OERC pueden encontrar aquí un consejo práctico ²⁶.

A renglón seguido, el TJUE abordó el régimen de ejecución de las sentencias que ordenan multas coercitivas con arreglo al Reglamento Bruselas I bis. A este respecto, el Tribunal aclaró que incluso si la OERC no tiene una disposición equivalente, eso no implica que la “intención del legislador de la UE fuera excluir las multas coercitivas del ámbito de aplicación de ese reglamento” ²⁷. Por lo tanto, la OERC podría utilizarse para garantizar el pago de multas. Sin embargo, la sentencia que ordena la multa coercitiva sin cuantificar la pretensión resulta insuficiente para superar el *fumus boni iuris*.

112

Como valoración global de la sentencia, se puede afirmar que la principal aportación de esta sentencia es que demuestra que la OERC puede utilizarse para garantizar multas coercitivas. En este sentido, alineó el Reglamento OERC con el Reglamento Bruselas I bis, que reconoce expresamente la posibilidad de reconocer y ejecutar sentencias de multas coercitivas. Los acreedores pueden combinar ambos instrumentos. Si bien utilizan el Reglamento Bruselas I bis para hacer cumplir la multa coercitiva, pueden confiar en la OERC para garantizar su ejecución. Para muchos puede parecer bastante obvio si el OERC puede utilizarse para obtener una multa coercitiva, pero el Tribunal Regional Superior de Colonia (*Oberlandesgericht Köln*) rechazó una vez una solicitud de OERC basada en una multa coercitiva según el derecho alemán (*Zwangsgeld*), porque consideró que este tipo de reclamación quedaba fuera del ámbito de aplicación del Reglamento OERC. El acreedor solicitó que se presentara una cuestión prejudicial ante el TJUE, pero el tribunal alemán rechazó tal posibilidad.

Esta decisión también arroja luz sobre la noción autónoma de sentencia según el Reglamento OERC, más concretamente en lo que respecta al requisito previo de que la reclamación debe ser cuantificada. Como en el caso KHK antes tratado, el razonamiento del Tribunal en esta segunda sentencia gira nuevamente en la necesidad de “lograr un equilibrio adecuado entre el interés del acreedor en obtener una Orden y el interés del deudor en evitar el abuso de la OERC” ²⁸. Se trata de una herramienta hermenéutica



recurrente utilizada por el TJUE a la hora de interpretar el régimen de la OERC. Parece que el enfoque del TJUE es contrarrestar el espíritu favorable al acreedor que sustenta la creación del instrumento OERC, es decir, reforzando un tanto la posición del deudor a modo de compensación, aspectos que habrían sido anticipados por algunos doctrinarios, inclusive antes de la promulgación del propio Reglamento de la OERC (Leandro, 2013).

6. CONCLUSIONES

La Comisión publica informes anuales sobre la aplicación de diversas normativas, en ellas resulta imposible detectar datos precisos que instruyan acerca del grado real de empleo del Reglamento 655/2014 en la actualidad. Estos informes a lo sumo hacen cita de éste, pero en medio de un análisis general de la implementación en los Estados miembros del conjunto de normativas tendentes a asegurar la ejecutoriedad de las deudas, dentro del marco del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, junto con ciertas y recomendaciones para mejorar la efectividad. Por lo tanto, resulta muy difícil aseverar si la falta de cuestiones prejudiciales se debe al desinterés o al desuso, o bien al contrario porque el instrumento quede realmente claro en su integridad para su empleo por parte de las judicaturas nacionales.

113

Deben en cualquier caso operarse diversas mejoras operativas, aún pendientes, y respecto de las cuales la escasa jurisprudencia existente aún no ha tenido la ocasión de profundizar del modo que sería deseable. Una primera versaría alrededor de la posición del deudor. A este tenor el régimen contenido en los arts. 12 y 13 en unión a las normas sobre impugnación de la orden y de su ejecución previstas en los arts. 33 y siguientes, ofrecen al deudor unos mecanismos en principio adecuados y suficientes de reacción y de protección frente a posibles abusos de los acreedores que insten órdenes de retención de sus cuentas carentes razón bastante. El deudor puede impugnar la decisión sobre la no prestación de caución si estima que ésta debería haberse acordado, caso de que se hubiera acordado, pero por un importe que considera bajo. De este modo no parecen del todo definidos los parámetros que han de regir a la hora de exigir responsabilidades por daños y perjuicios al acreedor. En cualquier caso, gozaría de una protección mínima de acuerdo con el régimen del art. 13, que con frecuencia se encuentra reforzada por las normas nacionales, mientras que por añadidura la norma de conflicto le permitiría conocer de forma anticipada qué norma material se va a aplicar en el proceso por daños y perjuicios.

Una segunda mejora operativa deseable afectaría, en contraste con la anterior, a la posición del acreedor. Bien es cierto que en una primera aproximación es fácil afirmar que el Reglamento apuesta por favorecer la posición del acreedor que solicita una orden de retención de cuentas ya que, si consigue demostrar que la medida está justificada, ésta se adopta sin dar audiencia al deudor. Pero, a la vista del contenido de los arts. 12 y 13 del Reglamento, debe estimarse que el acreedor no ocupa una posición tan privilegiada como aparenta, sino que dos inquietantes parámetros caracterizan su situación, consistentes tanto en su inseguridad como ante la complejidad procesal a la que se enfrenta.

Lo que sí hemos podido aseverar en el presente estudio es que del análisis detallado de sus mecanismo de funcionamiento, así como de las preguntas y respuestas suscitadas en los hasta ahora dos casos específicamente dedicados al mecanismo de la OERC parecen haberse tocado de modo suficiente los aspectos más llamativos, y que pasan por la conciliación entre el *fumus boni iuris* del acreedor, el efecto sorpresa o inaudita parte que rige en las primeras fases, y la compensación o elementos de defensa que tienen tanto el deudor como terceros para evitar manejos excesivos o irresponsables de esta herramienta propia del DPPUE. Tal vez en un futuro aparezcan nuevos pronunciamientos, que suplan quizás lo que queda más desdibujado, como son precisamente esas cuestiones de reducción de los montantes excesivos de la inmovilización de cuenta, o así algún supuesto donde, en el caso planteado, se adviertan claras notas de lesividad excesiva padecidas por el deudor, al cual se le podrían haber dirigido mecanismos menos contundentes.

114

BIBLIOGRAFÍA

ANTON JUAREZ, I., CALVO CARAVACA, A. L. (2018) *La orden europea de retención de cuentas*, Javier Carrascosa González (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2018.



- ANTON JUAREZ, I. (2020): “La protección del crédito transfronterizo mediante la orden europea de retención de cuentas. En torno a la STJUE C-555/18 de 7 de noviembre de 2019”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, N° 1, pg. 444-455.
- BERAUDO, J. P. (2015) “Injonction de payer europeenne et procedure europeenne de reglement des petits litiges”, *J.-Cl. Dr. Int.*, Fasc. 660, pg.-33-56.
- CUNIBERTI, G., S. MIGLIORINI, S. (2018) “La procedure d’ordonnance de saisie conservatoire des comptes bancaires etablie par le reglement UE n° 655/2014”, *Rev. Crit. DIP*, pg. 31-62.
- D’ALESSANDRO E. (2015), “*I mezzi di ricorso e la protezione dei terzi*”, en FRANZINA P., LEANDRO A. (dirs.), *Il sequestro europeo di conti bancari – Regolamento (UE) n. 655/2014 del 15 maggio 2014*, Giuffrè, Milán, pg. 87-102.
- FRANZINA P. (2015), “L’ordinanza europea di sequestro conservativo dei conti bancari: rilievi generali”, en FRANZINA P., LEANDRO A. (dirs.), *Il sequestro europeo di conti bancari – Regolamento (UE) n. 655/2014 del 15 maggio 2014*, Giuffrè, Milán, pg. 1-40.
- HÖK, G. S. (2006), “Saisie de compte et de creance transfrontaliere, Plaidoyer pour le rattachement au pouvoir de disposition du debiteur”, *Rev. crit. DIP*, pg. 301-336.
- JIMENEZ BLANCO, P. (2014) “La Orden Europea de Retención de Cuentas: avances y limitaciones”, Pilar Jiménez Blanco, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, N.º 14-15, 2014-2015, pg. 243-275.
- LEANDRO A. (2013), “Verso il sequestro europeo su conti bancari nel bilanciamento tra tutela del creditore e tutela dei diritti fondamentali del debitore”, en S. CARBONE (dir.), *L’Unione Europea a vent’anni da Maastricht verso le nuove regole*, Editoriale Scientifica, 2013, pg. 1-33.

PAYAN, G. (2017): “Entrée en application du règlement (UE) n° 655/2014: La nouvelle procédure européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires est arrivée!”, *L’Huissier de justice – Revue de la chambre nationale des huissiers de justice de Belgique*, Knops Publishing, pg. 14-18.

SENES MOTILLA, C. (2017): “La orden europea de retención de cuentas; una apuesta decidida para la tutela cautelar del crédito en asuntos transfronterizos”, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 69, N° 2, pg. 309-316.

SOLIS SANTOS, M. (2015): “Cross border creditor's protection: the impact of the European account preservation order”, in BERGÉ, J., FRANCO, S. et GARDENES SANTIAGO, M., (eds), *Boundaries of European Private International Law*, Bruylant, 1er édition, Primento, pg. 199-212.

116

VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L. (2020) “La orden europea de retención de cuentas y sus requisitos de acceso. A propósito de la reciente sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2019”, en *Ejecución de las decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea: experiencia española y adopción de decisiones informadas*, Carmen Otero García-Castrillón (Dir.), 2020, ISBN 978-84-1324-440-2, págs. 249-268.

REFERENCIAS

¹ Reglamento (UE) no 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, DOUE núm. 351, de 20 de diciembre de 2012. El grueso de estos aspectos por lo que concierne al ámbito propio de la Unión Europea lo encontramos en el art. 35 del Reglamento Bruselas I bis, a cuyo tenor: “Podrán solicitarse a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de dicho Estado miembro, incluso si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro es competente para conocer del fondo del asunto”. Se deduce que tal precepto concibe la medida cautelar como comprensiva de todas aquellas actuaciones destinadas a la conservación de una situación de hecho o de Derecho para cuya consecución es competente el Juez que resulte inicialmente llamado a entender de la causa, parecer también reconocido por la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 17 de noviembre de 1998 Van Uden As 391/95).

El referido art. 35 no establece criterios de competencia jurisdiccional *ad hoc* para los procedimientos cautelares, pero prevé la posibilidad de solicitar medidas provisionales y cautelares previstas por la Ley de un Estado miembro, aun cuando la competencia a título principal corresponde al Juez de otro Estado



miembro para el reconocimiento de tales actuaciones judiciales preventivas. Por lo tanto, mientras la competencia en lo que respecta a la causa principal incluye también la facultad de dictar resoluciones cautelares que resulten instrumentales con respecto de la primera, la posibilidad de que medidas cautelares puedan ser adoptadas por un Juez no inicialmente competente a título principal queda sometida a las normas procesales nacionales, siendo estas mismas normas internas las que también regulan las clases de actuaciones que pueden ser solicitadas.

² Diario Oficial C 027 de 26/01/1998. Concretamente, el tenor del extinguido art. 220 TCEE rezaba así: “Los Estados miembros entablarán en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales:

- la protección de las personas, así como el disfrute y la tutela de los derechos, en las condiciones reconocidas por cada Estado a sus propios nacionales;
- la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad;
- el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 58, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes;
- la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales”.

117

Como se aprecia, con excepción de la cuestión de la doble imposición, el resto de los aspectos contemplados, si bien asimismo tocantes a otras cuestiones como las del Derecho mercantil societario, resultaba directamente asimilables a los elementos característicos del DIPr. Así las cosas, con independencia de su mayor o menor protagonismo en el ámbito del DIPr de los Estados miembros, y perviviendo incluso hasta la actualidad la polémica de su actual pervivencia con un sentido residual, lo cierto es que el tiempo confirmó la paulatina sustitución de estas convenciones por actos del Derecho derivado, muy concretamente, Reglamentos, en lo que concierne a las materias propias del DIPr. Las convenciones comunitarias no es que necesariamente hubieran de ser suscritas entre los diversos Estados miembros, pues de hecho muchas de las consideradas de tal naturaleza provenían tanto del sistema de Conferencias de La Haya como de otros entornos; lo que bastaba para considerarlas como convenciones comunitarias es que entrasen en la filosofía que informaba al referido precepto del antiguo TCE. No obstante, algunas de ellas (aunque no propiamente dentro del DIPr) sí que tuvieron un funcionamiento prácticamente limitado entre los Estados miembros (caso de las de naturaleza fiscal para la prevención de la doble imposición), estando reconocido para éstas el rol del Tribunal de Justicia comunitario en cuanto a supremo intérprete jurisdiccional, siempre en estrecha vinculación con las jurisdicciones nacionales.

De cualquier modo, y aun en el contexto propio del momento, vendrían contraposición los siguientes argumentos en contra acerca de su matiz propio de fuente del Derecho de la Unión Europea en sentido estricto:

— La fuerza obligatoria de estas convenciones se encontraba en el hecho de que eran firmadas por los representantes de los Estados, y en que su ratificación era llevada a cabo por las instancias nacionales competentes, no siendo éste el caso del Derecho europeo derivado, el cual tiene como base un acto de las instituciones comunes.

— Las fuentes del Derecho de la Unión Europea, enumeradas con carácter limitativo en el Derecho originario, nunca hizo mención a tales convenciones (su reconocimiento como fuente del Derecho europeo fue pues obra exclusiva de la doctrina).

— La pertenencia al Derecho de la Unión Europea hubiera implicado en todo caso la posibilidad de acudir al Tribunal de Justicia a través de un recurso en interpretación sobre la base la técnica de la cuestión prejudicial para que éste se pronuncie; sin embargo, la interpretación de los Convenios a que hacemos referencia nunca pudo ser sometida al Judicial de la Unión Europea. Con todo, la escasa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE denegó a dichos Convenios un posible efecto directo a favor de los particulares (SSTJUE de 1985 Mutsch As 137/84, de 1994 Mund & Fester As 398/92, y de 1998 Gilly As 336/96).

³ El modo en que el Reglamento ejecutorio sirve a su Reglamento de base pone cierre definitivo a una controversia planteada desde hace mucho tiempo en Europa, y sobre la cual el Juez de Luxemburgo ya tuvo ocasión de pronunciarse en el ámbito concreto de las inmovilizaciones de cuentas bancarias en una época primitiva, anterior a los Reglamentos de la UE sobre DIPr, y en donde tal espacio era suplido por el precitado Convenio de Bruselas 27 de septiembre de 1968. Tal fue el marco planteado en la STJUE de 21 de mayo de 1980 Denilauler As 125/79. El criterio del alto Tribunal europeo se inclinó entonces a rechazar que una orden de inmovilización de cuentas acordada en un Estado miembro fuese ejecutable en el exterior porque los derechos de defensa del deudor no serían respetados. En consideración a esta posibilidad, y tal como se advierte en el art. 1 y en el Considerando 6 del Reglamento 655/2014, “el procedimiento que establece el presente Reglamento debe constituir un medio complementario y opcional para el acreedor, que conserva plena libertad de recurrir a cualquier otro procedimiento establecido en el Derecho nacional para la obtención de una medida equivalente”. En consecuencia, y en el contexto planteado, “Las resoluciones judiciales por las que se adoptan medidas provisionales y cautelares, dictadas sin que la parte contra la que vayan dirigidas haya sido citada para comparecer y destinadas a ejecutarse sin haber sido previamente notificadas a esta última parte, no pueden acogerse al régimen de reconocimiento y de ejecución previsto por el Título III” del citado Convenio de Bruselas, antecedente remoto del actual Reglamento conocido como Bruselas I bis 1215/2012 (esto es, el principal referente genérico del DPPUE en materia de obligaciones civiles y mercantiles, y por ende, de todo el sistema privatista auspiciado desde la Europa integrada).

⁴ Así reza en el art. 2.2. Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento:

- a) los derechos de propiedad derivados del régimen matrimonial o de una relación a la que la ley aplicable atribuya efectos comparables al matrimonio;
- b) los testamentos y sucesiones, incluidas las obligaciones de alimentos por causa de muerte;
- c) los créditos frente a un deudor respecto del cual se hayan iniciado procedimientos de insolvencia, procedimientos de liquidación de sociedades u otras personas jurídicas insolventes, procedimientos cuyo objeto sea alcanzar un acuerdo judicial o un convenio de acreedores, u otros procedimientos análogos;
- d) la seguridad social;
- e) el arbitraje.

3. El presente Reglamento no se aplicará a las cuentas bancarias que, con arreglo al Derecho del Estado miembro en que se tenga la cuenta, gocen de inmunidad frente al embargo, ni a las cuentas mantenidas en relación con el funcionamiento de cualquier sistema acorde con la definición del artículo 2, letra a), de la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo / Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores

4. El presente Reglamento no se aplicará a las cuentas bancarias de los bancos centrales ni a las cuentas mantenidas en ellos, cuando actúen en su calidad de autoridades monetarias.



⁵ Art. 3.1.

⁶ Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, DOUE núm. 399, de 30 de diciembre de 2006.

⁷ Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, DOUE núm. 199, de 31 de julio de 2007.

⁸ Según dicho precepto: “1. El acreedor será responsable de cualquier daño o perjuicio que la orden de retención cause por su culpa al deudor. La carga de la prueba corresponderá al deudor.

2. Salvo prueba en contrario, la culpa del acreedor se presumirá en los siguientes supuestos:

- a) si la orden se revoca porque el acreedor no ha incoado el procedimiento sobre el fondo del asunto, salvo que dicha omisión se haya debido al pago de la deuda por parte del deudor o a otra forma de transacción entre las partes;
- b) si el acreedor no ha liberado los importes retenidos en exceso con arreglo al artículo 27;
- c) si se determina ulteriormente que, debido al incumplimiento por el acreedor de sus obligaciones previstas en el artículo 16, era improcedente dictar una orden, o solo procedía dictarla por un importe inferior;
- d) si se revoca la orden o su ejecución se deja sin efecto debido al incumplimiento por el acreedor sus obligaciones en virtud del presente Reglamento en materia de notificación o traducción de documentos, o en materia de subsanación de la falta de notificación o de traducción.

3. Sin obstáculo de lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán mantener o introducir en su Derecho nacional otros motivos o tipos de responsabilidad, o normas sobre la carga de la prueba. Todos los otros aspectos relativos a la responsabilidad del acreedor frente al deudor no contemplados expresamente en los apartados 1 o 2 se regirán por el Derecho nacional.

4. La ley aplicable a la responsabilidad del acreedor será la del Estado miembro de ejecución. Si se retienen cuentas en más de un Estado miembro, la ley aplicable a la responsabilidad del acreedor será la del Estado miembro de ejecución

- a) en el que el deudor tenga su residencia habitual conforme a la definición del artículo 23 del Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo o, en su defecto,
- b) con el que el asunto tenga la conexión más estrecha.

5. El presente artículo no se aplicará a la eventual responsabilidad del acreedor frente al banco o a terceras partes”.

⁹ En concreto leemos: “Cuando, en circunstancias excepcionales, el órgano jurisdiccional o la autoridad correspondiente no puedan cumplir los plazos fijados en el artículo 14, apartado 7, el artículo 18, el artículo 23, apartado 2, el artículo 25, apartado 3, párrafo segundo, el artículo 28, apartados 2, 3 y 6, el artículo 33, apartado 3, y el artículo 36, apartados 4 y 5, adoptarán con la mayor brevedad las medidas previstas en esas disposiciones”.

¹⁰ Quien no estará obligado a conocerlas, y menos aún por razón de las normas relativas a la protección de datos personales recogidas en el homónimo Reglamento General europeo 2016/679.

¹¹ Que se expresa en los términos siguientes: “1. El órgano jurisdiccional al que se solicite una orden de retención examinará si reúne las condiciones y los requisitos establecidos en el presente Reglamento.

2. El órgano jurisdiccional resolverá sin demora sobre la solicitud, y en todo caso antes de que venzan los plazos fijados en el artículo 18.
3. En caso de que el acreedor no haya aportado toda la información requerida de acuerdo con el artículo 8, el órgano jurisdiccional podrá ofrecer al acreedor, a no ser que la solicitud sea manifiestamente inadmisibile o infundada, la posibilidad de completar o rectificar la solicitud dentro del plazo que señale. Cuando el acreedor no complete o rectifique la solicitud dentro de ese plazo se desestimará su solicitud.
4. La orden de retención se dictará por la cuantía acreditada mediante las pruebas a que se refiere el artículo 9 y determinada de acuerdo con la ley aplicable a la deuda subyacente e incluirá, en su caso, los intereses y/o costes con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15.

La orden no podrá dictarse bajo ninguna circunstancia por un importe que supere el indicado por el acreedor en su solicitud.

5. La resolución sobre la solicitud se pondrá en conocimiento del acreedor con arreglo al procedimiento establecido en el Derecho del Estado miembro de origen por lo que respecta a órdenes nacionales equivalentes”.

¹² En concreto el precepto expresa: “Los fondos retenidos mediante la orden de retención lo serán de conformidad con la orden o con cualquier modificación o limitación ulterior de la misma de conformidad con el capítulo 4:

- a) hasta que se revoque la orden;
- b) hasta que se deje sin efecto la ejecución de la orden, o;
- c) hasta que surta efecto, respecto de los fondos retenidos, una medida destinada a ejecutar una resolución judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva obtenido por el acreedor en relación con el crédito que se pretendía garantizar mediante la orden de retención”. Esta OERC en uno de los Estados miembros queda automáticamente reconocida en los demás, sin que se requiera ningún otro procedimiento especial; posee una fuerza equivalente a cualquier mandamiento del mismo tipo de los que se den a nivel nacional, y es directamente ejecutiva sin que sea preciso ninguna declaración tipo *exequatur* que haga constar dicho carácter (en la línea reflejada en el art. 22).

¹³ Al respecto leemos: “El acreedor tendrá la obligación de tomar las medidas necesarias para garantizar que se liberen las cantidades que, una vez cumplimentada la orden de retención, excedan de la cantidad indicada en esta,

- a) cuando la orden afecte a varias cuentas en el mismo Estado miembro o en Estados miembros diferentes, o;
- b) cuando se haya dictado la orden después de haberse ejecutado una o varias órdenes nacionales equivalentes contra el mismo deudor para garantizar la misma deuda”. Para ello deberá emplear el formulario recogido en el Anexo V del Reglamento de ejecución 2016/1823.

¹⁴ STJUE de 3 de octubre de 1985 Capelloni As 119/84, en cuyo Considerando 19 leemos: La finalidad perseguida por esta disposición (art. 39 del Convenio de Bruselas de 1968) es evidentemente ofrecer a la



parte que ha obtenido la autorización para la ejecución, pero que aún no puede practicar medidas de ejecución, un instrumento que le permita evitar que la parte contra la que se solicita la ejecución disponga entre tanto de sus bienes, de forma que convierta en infructuosa, si no imposible, la ejecución futura”. En consecuencia, su fallo expresa: “La parte que hubiere solicitado y obtenido que se le otorgare la ejecución puede, durante el plazo indicado en dicho artículo, pedir que se proceda directamente a adoptar medidas cautelares sobre los bienes de la parte contra la que se hubiere solicitado la ejecución, sin estar obligada a obtener una autorización específica.

La parte que haya obtenido que se le otorgue la ejecución puede adoptar las medidas cautelares contempladas por el artículo 39, hasta que concluya el plazo de recurso previsto en el artículo 36 y, si tal recurso hubiere sido interpuesto, hasta que recayere la resolución sobre éste.

La parte que haya procedido a la adopción de las medidas cautelares contempladas por el artículo 39 del Convenio no precisa obtener, para tales medidas, una resolución de ratificación, como prevé el Derecho nacional del Tribunal requerido”.

¹⁵ STJUE de 10 de febrero de 1994 Mund & Fester As 398/92, cuyo considerando reza: “A este respecto, procede recordar que el embargo preventivo garantiza al acreedor la posibilidad de disponer que se ejecute efectivamente y a su debido tiempo una sentencia posterior por la que se condene al deudor. Conforme al (Derecho procesal nacional alemán), esta medida cautelar debe ser decretada cuando sea razonable temer, teniendo en cuenta las circunstancias del caso de autos, que, si la misma no se adopta, la ejecución de la posterior sentencia será imposible o fundamentalmente más difícil. De conformidad con (la misma normativa nacional) tales dificultades se presumen por el mero hecho de que la ejecución deba tener lugar en un Estado distinto de la República Federal de Alemania.

121

¹⁶ Reproducimos por su interés la integridad de dicho Considerando: “Los requisitos para dictar la orden de retención deben procurar un equilibrio adecuado entre el interés del acreedor en obtener una orden y el interés del deudor en evitar que se abuse de esta. En consecuencia, si el acreedor solicita una orden de retención antes de obtener una resolución judicial, ha de acreditar al órgano jurisdiccional ante el que se solicite, mediante la presentación de las correspondientes pruebas, que tiene probabilidades de que prospere su pretensión sobre el fondo del asunto contra el deudor.

Además, debe exigirse al acreedor en todas las situaciones, incluso cuando ya haya obtenido una resolución judicial, que demuestre al órgano jurisdiccional que su pretensión necesita urgentemente protección judicial y que, sin la orden, la ejecución de la resolución judicial existente o futura puede verse impedida o resultar considerablemente más difícil por existir un riesgo real de que, cuando el acreedor logre que se ejecute dicha resolución, el deudor haya dilapidado, ocultado o destruido sus bienes, o los haya enajenado por un valor inferior

al real, en una proporción inusual o por un medio no habitual.

El órgano jurisdiccional debe valorar las pruebas aportadas por el acreedor para acreditar la existencia de ese riesgo. Esta valoración podría tener por objeto, por ejemplo, la conducta del deudor respecto de la reclamación del acreedor o en un litigio anterior entre las partes, el historial crediticio del deudor, la naturaleza de los activos del deudor y cualquier actuación reciente de este en relación con sus activos. Al valorar las pruebas, el órgano jurisdiccional puede considerar que los movimientos para retirar fondos de cuentas y los gastos que realice el deudor en el ejercicio normal de su actividad o sus gastos familiares recurrentes no son, en sí mismos, inusuales. El solo impago o impugnación del crédito, o el mero hecho de que el deudor tenga más de un acreedor, no deben, por sí mismos, considerarse prueba suficiente que justifique que se dicte una orden. Tampoco debe considerarse motivo suficiente para dictar una orden el mero hecho de que el deudor padezca dificultades financieras o sufra un deterioro de su situación financiera.

No obstante, el órgano jurisdiccional puede tener en cuenta estos factores en la valoración general de la existencia del riesgo.

¹⁷ STJUE de 17 de noviembre de 1998 Van Uden As 391/95, en donde particularmente leemos en su Considerando 37 lo siguiente: “A este respecto, debe recordarse que procede considerar «medidas provisionales o cautelares» a efectos del artículo 24 las medidas que, en las materias incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio, están destinadas a mantener una situación de hecho o de Derecho para salvaguardar derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al Juez que conoce del fondo del asunto”.

¹⁸ STJUE de 4 de octubre de 2018 al Bosco As 379/17.

¹⁹ Considerando núm. 38.

²⁰ Considerando núm. 51.

²¹ Considerando núm. 18.

²² Considerando núm. 23.

²³ Considerandos núm. 42 y 43.

²⁴ Considerandos núm. 46 y 47.

²⁵ Considerando núm. 50.

²⁶ Considerandos núm. 82 y 83, que apuntan el parecer previamente recalcado por el Abogado General Szpunar, para quien, si bien la sentencia que establece la multa coercitiva no constituiría un título válido, no “carece de sentido para el acreedor”.

²⁷ Considerando núm. 55.

²⁸ Considerando Núm. 14.

