

## LA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS: AVANCES Y LIMITACIONES

Pilar JIMÉNEZ BLANCO \*

SUMARIO: I. Función y alcance de la OERC. II. Ámbito de aplicación del Reglamento (UE) nº 655/2014: 1. Ámbito material. 2. Ámbito espacial: A) Asunto transfronterizo: la deficiente versión española; B) Presupuestos espaciales: subjetivos y objetivos. III. Aspectos esenciales de la concesión y ejecución de la OERC: 1. Tribunal competente: A) Concentración de la competencia sobre el fondo y sobre la OERC; B) Supuestos en los que no existe título ejecutivo; C) Supuestos en los que existe título ejecutivo. 2. Requisitos materiales de la OERC y discrecionalidad de los tribunales. 3. Problemas en la ejecución: A) Particularidad de las notificaciones; B) Cantidades exentas de retención; C) Liberación de las cantidades retenidas en exceso. 4. Duración de la retención: deficiencias en su configuración. IV. Instrumentos de defensa del deudor. 1. Posibilidades de impugnación: A) Impugnación de la OERC; B) Impugnación de la ejecución de la OERC. 2. Responsabilidad del acreedor. 3. Responsabilidad del banco. V. Defensa de derechos de terceros. 1. Competencia y ley aplicable. 2. Titulares de cuentas conjuntas y nominales. 3. Concurrencia de acreedores. VI. Conclusiones.

RESUMEN: La Orden Europea de Retención de Cuentas constituye un nuevo instrumento que permite la ejecución transfronteriza de una medida cautelar que se dicta sin audiencia del deudor. En este artículo se analizan sus aspectos esenciales relativos a su régimen jurídico: ámbito de aplicación, concesión y ejecución, así como la protección del deudor y de terceros. Se destacan especialmente las limitaciones más importantes del Reglamento, sobre todo, por la excesiva carga que asume el deudor sobre el control de la medida.

PALABRAS CLAVE: TUTELA DEL CRÉDITO – RETENCIÓN DE CUENTAS BANCARIAS – MEDIDAS CAUTELARES – MEDIDA *EX PARTE* – EJECUCIÓN.

### ***ABSTRACT: The European Account Preservation Order: Advances and Limitations***

*The European Account Preservation Order is a new tool that allows cross-border enforcement of a protective measure which is issued without hearing the debtor. This article discusses the essential aspects of its legal system: scope, award and execution, as well as the protection of the debtor and third parties. The article especially highlights the most important limitations of Regulation, especially by excessive burden that the debtor assumes in the control of the measure.*

---

\* Catedrática acreditada de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo.

**KEYWORDS:** CREDIT PROTECTION – PRESERVATION OF BANK ACCOUNTS – PROTECTIVE MEASURES – EX PARTE MEASURE – ENFORCEMENT.

## I. Función y alcance de la OERC

1. La finalidad esencial de la nueva Orden Europea de Retención de Cuentas (OERC) creada por el Reglamento (UE) n° 655/2014<sup>1</sup> es incorporar un nuevo instrumento de protección al acreedor, en este caso mediante una garantía de los créditos con una medida de naturaleza cautelar, alternativa a las medidas nacionales. El citado Reglamento permite las solicitudes de OERC que se presenten a partir del 18 enero 2017, al margen de la fecha del crédito que pretenda garantizar<sup>2</sup>. No tiene contenido ejecutivo, de modo que sirve como garantía pero no como medio de satisfacción del crédito del acreedor<sup>3</sup>. Puede adoptarse en cualquier momento: antes de un proceso sobre el fondo, durante la tramitación de este o, teniendo ya un título ejecutivo, como medio para garantizar la ejecución forzosa de este.

La principal novedad que introduce el Reglamento es el establecimiento de un régimen, simplificado y antiformalista<sup>4</sup>, que permite la ejecución transfronteriza de una medida cautelar que se dicta y se ejecuta sin audiencia previa del deudor (*inaudita parte*)<sup>5</sup>. Con ello se superan las limitaciones existentes hasta la fecha en el sistema vigente del RB I bis, que supedita la ejecución transfronteriza de la medida cautelar a que haya sido notificada al demandado y con posibilidades de impugnación por parte de este<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Reglamento (UE) n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 mayo 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil (DO L 189 de 27.6.2014; correc. errores *ibid.*, L 30 de 6.2.2015).

<sup>2</sup> Aunque no se hace constar expresamente, habrá que considerar, como fecha crítica, el momento de presentación de la solicitud de la OERC (aplicando por analogía la fecha prevista en el art. 3.2º para determinar el carácter transfronterizo de la relación).

<sup>3</sup> Cf. D. Vilas Álvarez, “El Reglamento por el que se crea una Orden Europea de Retención de Cuentas y Mercantiles: claves de su elaboración”, *La Ley mercantil*, n° 6, septiembre 2014, p. 4.

<sup>4</sup> Los procedimientos para la obtención de la OERC no requieren de abogado ni procurador y, en los procedimientos para interponer recursos solo resultará preceptiva dicha intervención si así lo prevé la *lex fori*.

<sup>5</sup> A pesar de que el art. 11 del Reglamento establece solo el procedimiento *inaudita parte* hasta que se haya dictado la orden, sin embargo, del régimen establecido en el mismo (y, en concreto, del art. 28) se deriva claramente que esa notificación al deudor solo se producirá después de la ejecución de la retención.

<sup>6</sup> Cf. B. Hess y K. Raffelsieper, “Die Europäische Kontenpfändungsverordnung: Eine überfällige Reform zur Effektivierung grenzüberschreitender Vollstreckung im Europäischen Justizraum”, *IPRax.*, 2015, pp. 46 ss, esp. p. 52. Desde la STJ en el asunto *Denilauer* (C-125/1979), de 21 mayo 1980, se había establecido que no podía utilizarse el Convenio de Bruselas de 1980 para instar el reconocimiento

También supone una novedad la posibilidad de averiguación de datos bancarios a través del proceso de solicitud de información a la autoridad de información del Estado de la ejecución establecido en el art. 14, cuyo resultado final dista sin embargo de las pretensiones iniciales más ambiciosas<sup>7</sup>.

Siendo estos los principales avances de la OERC, del análisis de sus características esenciales vamos a identificar algunas de sus limitaciones.

## II. Ámbito de aplicación del Reglamento (CE) n° 655/2014

### 1. Ámbito material

2. La OERC sirve para garantizar los créditos vinculados a deudas pecuniarias en materia civil y mercantil en asuntos transfronterizos. Su ámbito de aplicación material se delimita en función del tipo de crédito que cubre y del tipo de cuenta. Solo resultan afectadas por el Reglamento las cuentas en banca comercial, siempre que resulten embargables en el Estado donde esté localizada la cuenta<sup>8</sup>. Las exclusiones del ámbito material en relación con el tipo de crédito coinciden, sustancialmente, con el régimen del RB I bis, aunque deben realizarse algunas matizaciones.

3. Quedan incluidas en el Reglamento las OERC en relación con créditos vinculados a obligaciones alimenticias<sup>9</sup>. De hecho, este sector, junto con los créditos en el ámbito empresarial y con consumidores, constituirá probablemente el ámbito de mayor impacto del nuevo instrumento<sup>10</sup>. La exclusión de los deudores sometidos a procedimientos de insolvencia, o análogos pretende evitar una interferencia de la OERC en dichos procedimientos<sup>11</sup>. Por su parte, no será posible

---

de medidas cautelares dictadas sin audiencia del deudor. En realidad, el vigente RB I bis (Reglamento n° 1215/2012) sí puede aplicarse a las medidas cautelares adoptadas *inaudita parte*, pero a condición de que la medida haya sido notificada al demandado antes de su ejecución [*vid.* art. 2.a) en relación con el art. 42.2°.c) RB I bis].

<sup>7</sup> *Vid.* D. Vilas Álvarez, *loc. cit.*, pp. 11–12. En este sentido, el mecanismo de información exige unos requisitos que restringen su operatividad: es presupuesto que el acreedor ya tenga título ejecutivo o, si no tiene fuerza ejecutiva, el importe de la retención debe ser “sustancial” y debe acreditarse la urgencia de la necesidad de la información que pueda “ocasionar un deterioro considerable de la situación financiera del acreedor” (art. 14.1°), lo que excluye las pequeñas deudas comerciales. Además, debe destacarse la inconcreción de medios de averiguación establecidos en el art. 14.5°, especialmente en el ap. d).

<sup>8</sup> *Vid.* aps. 3 y 4 del art. 2. En general se aplican a cuentas mantenidas en entidades de crédito cuya actividad consista en tener depósitos del público y otros fondos reembolsables y conceder créditos por su propia cuenta. No se aplica a entidades que den financiación a proyectos de exportación e inversión en países en desarrollo o entidades que presten servicios en mercado financiero (ap. 9 Exposición de motivos).

<sup>9</sup> De hecho, el ap. 18 del Preámbulo cita expresamente este tipo de créditos.

<sup>10</sup> *Vid.* D. Vilas Fernández, *loc. cit.*, pp. 1 ss., esp. p. 3.

<sup>11</sup> *Vid. infra* n° 54.

dictar OERC como garantía de créditos sometidos a arbitraje. Esta exclusión funciona en la práctica de manera más amplia que en el Reglamento (UE) n° 1215/2012 (RB I bis), que sí podría aplicarse en tales supuestos<sup>12</sup>. En el ámbito de la OERC, el carácter “auxiliar” de la medida cautelar siempre se predica en relación con un proceso principal ante un tribunal nacional (si es *ante causam*) o ante un “título ejecutivo” cuya definición no incluye a los laudos arbitrales. Esta, por otra parte, una lógica consecuencia del régimen de la concentración de competencia para dictar la OERC ante los tribunales del Estado del título de fondo<sup>13</sup>. Finalmente, dada la vigencia del Reglamento (UE) n° 650/2012, no se comprende fácilmente la exclusión de los créditos vinculados al ámbito sucesorio, particularmente interesantes en relación con los alimentos *mortis causa*, expresamente excluidos del art. 2.2º.b) del Reglamento de la OERC<sup>14</sup>.

## 2. *Ámbito espacial*

### A) Asunto transfronterizo: la deficiente versión española

4. La definición de asunto transfronterizo en el art. 3 requiere que, en la fecha de la solicitud de la orden, se de alguna de estas dos circunstancias: la primera, que la cuenta bancaria se encuentre en un Estado miembro y la solicitud de OERC se realice ante los tribunales de otro Estado miembro; la segunda, que la cuenta bancaria se encuentre en un Estado miembro y el acreedor esté domiciliado en un Estado miembro diferente. Es irrelevante el domicilio del deudor, que por sí mismo no da al asunto un carácter transfronterizo, lo que sería consecuente con la idea de la orden de retención como medida *in rem*<sup>15</sup>. Estas dos situaciones son alternativas y no cumulativas, a pesar de la errónea literalidad de la versión española del art. 3, no corregida hasta la fecha<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> STJ en el asunto *Van Uden* (C-391/95, de 17 noviembre 1998) justificó la aplicación del art. 24 Convenio Bruselas (antecedente del art. 35 RB I bis) a la adopción de una medida cautelar en relación con un litigio principal sometido a arbitraje. *Vid.*, no obstante, las críticas a este planteamiento en R. Arenas García, “La inclusión progresiva el arbitraje en el Reglamento 44/2001: de Van Uden a West Tankers y sus consecuencias”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, n° 2, 2009, pp. 401 ss, esp. pp. 410–411.

<sup>13</sup> *Vid. infra* n° 9.

<sup>14</sup> Esta exclusión, junto con la relativa a los regímenes matrimoniales, no estaba inicialmente prevista en la Propuesta del Reglamento dado que se entendía que la previsible aprobación de Reglamentos en estas materias (regímenes matrimoniales, efectos patrimoniales uniones registradas y sucesiones) permitiría la extensión de la OERC a estos sectores [*vid.* Documento COM (2011) 445 final, art. 2 y p. 6].

<sup>15</sup> *Cf.* R. Miquel Sala, “La futura Orden Europea de Retención de Cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil”, *CDT*, vol. 4º, 2012, n° 2, pp. 217 ss., esp. p. 223.

<sup>16</sup> Esta alternatividad queda claramente establecida en el Considerando 10 del Reglamento y así consta en las otras versiones lingüísticas del Reglamento. En consecuencia, en los aps. a) y b) del art. 3 debería existir la partícula “ó”, en vez de la partícula “ni”. Así consta en las versiones inglesa

En consecuencia, no pueden coincidir acreedor, tribunal y cuenta en el mismo Estado. A partir de ahí podrían darse las siguientes situaciones:

i) Tribunal–cuenta en el mismo Estado, con acreedor domiciliado en otro Estado–. La solicitud de la OERC sería transfronteriza, pero no la ejecución<sup>17</sup>. La incidencia en los Derechos nacionales es, por tanto, notable cuando el acreedor esté domiciliado en otro Estado miembro, dado que la OERC supone la creación de una nueva medida cautelar que va a convivir con las medidas cautelares reguladas en los Derechos de los Estados miembros<sup>18</sup>.

ii) Acreedor–tribunal en el mismo Estado, con la cuenta en otro Estado miembro–. En este caso, la ejecución de la OERC asumirá un carácter transfronterizo.

iii) Acreedor–cuenta en el mismo Estado, con el tribunal en otro Estado miembro–, Este supuesto, que también conllevaría una ejecución transfronteriza, tendría especial interés para el acreedor si la solicitud de la OERC resulta para él más ventajosa, y es de más fácil obtención, que la medida nacional disponible.

El carácter transfronterizo es exigible en todos los supuestos, incluso tratándose de solicitudes de OERC frente a varias cuentas, en cuyo caso deberá examinarse el carácter transfronterizo en relación con cada cuenta. Si una de ellas no cumple tales condicionantes, solo podrá adoptarse respecto de ella una medida de retención nacional; para las restantes podrá dictarse la OERC<sup>19</sup>.

---

(“or”), francesa figura (“ou”) o alemana (“oder”). En el mismo sentido, apunta este error L. Domínguez Ruiz, “La Orden Europea de Retención de Cuentas”, *Rev. der. civ.*, vol. I, 2014, pp. 243 ss., esp. p. 248, nota 13. Cabe, por tanto, denunciar que tal error, crucial para la interpretación del ámbito de aplicación del instrumento, no fuera incluida en la lista de correcciones de la versión española publicada el 6 febrero 2015.

<sup>17</sup> La delimitación de asunto transfronterizo para la OERC presenta en este punto una importante diferencia con el título ejecutivo europeo relativo a créditos no impugnados, que se aplica para la ejecución transfronteriza de títulos emitidos en un Estado miembro diferente, sin más condicionantes [art. 5 del Reglamento (CE) nº 805/2004].

<sup>18</sup> En el Derecho español, la regla general es que las medidas cautelares se adoptan con audiencia del demandado, excepto en circunstancias de urgencia o que la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida (art. 733 LEC). Las medidas cautelares *ante causam* son excepcionales (*vid.* art. 730 LEC). *Vid.* análisis de Derecho comparado en B. Hess (“Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective measures”, 2004, [http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/enforcement\\_judicial\\_decisions\\_180204\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/enforcement_judicial_decisions_180204_en.pdf), pp. 128 ss.).

<sup>19</sup> *Cf.* ap. 10 del Preámbulo.

## B) Presupuestos espaciales: subjetivos y objetivos

5. En primer lugar, el acreedor tiene que estar domiciliado en un Estado miembro, en el momento de la solicitud de la OERC, conforme a la definición incluida en el art. 4.6º. Este condicionante constituye una singularidad frente al resto de la reglamentación comunitaria destinada a la protección del crédito, que se limita a exigir que una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto del tribunal, pudiendo ser tanto el del deudor como el del acreedor<sup>20</sup>. Esta exigencia excluye directamente a los acreedores domiciliados en el Reino Unido y Dinamarca, que quedan fuera del Reglamento. Un problema podría darse en relación con los créditos o préstamos sindicados en los que son acreedores bancos prestamistas en diversos Estados, pudiendo tener alguno de ellos su domicilio en un Estado no miembro<sup>21</sup>. Descartada una fragmentación del crédito en función de domicilio de cada banco, debido al carácter unitario de la operación, más bien podría pensarse en estos casos en el domicilio del denominado “Banco Agente” como presupuesto de aplicabilidad del Reglamento.

6. En segundo lugar, el deudor puede estar domiciliado en cualquier Estado (Estado miembro o no), dado que el art. 4.7º del Reglamento no incluye ninguna exigencia sobre su domicilio en un Estado miembro<sup>22</sup>.

7. En tercer lugar, la cuenta bancaria tiene que estar localizada en un Estado miembro, identificada partir del código IBAN (*Internacional Bank Account Number*); solo si carece de IBAN, se entiende localizada en el Estado miembro donde esté la sede central del banco o de la sucursal donde se mantenga la cuenta (art. 4.4º). Con este sistema de localización se impide una práctica, hasta ahora existente en varios Estados miembros, que permitían una “localización” de la cuenta en la sede principal del banco (que estaba en el propio territorio) aunque las cuentas estuvieran abiertas en sucursales en otros Estados<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Vid. arts. 3 de los Reglamentos (CE) nº 1896/2006, sobre el proceso monitorio europeo, y (CE) nº 861/2007, sobre el proceso europeo de escasa cuantía.

<sup>21</sup> Vid. Allen & Overy, “The New European Account Preservation Order – A Nightmare for Defendants and a Litigant’s Dream?”, <http://www.allenoverly.com>.

<sup>22</sup> Prueba además de que el deudor puede estar domiciliado en un tercer Estado, es lo que establece, para las notificaciones, el art. 28.4º del Reglamento.

<sup>23</sup> Cf. B. Hess, “Study...”, *loc. cit.*, p. 80. La solución establecida para la OERC es, en este sentido, más completa que la incluida en la Propuesta de Reglamento de procedimientos de insolvencia, que se basa exclusivamente en el código IBAN [art. 2.f.v), Documento COM (2012) 744 final].

No se exige que la entidad de crédito tenga su domicilio en un Estado miembro. A pesar de la falta de precisión técnica en este punto<sup>24</sup>, una interpretación funcional y coherente de los arts. 4.4º y 4.2º permitiría entender que es suficiente para ejecutar la OERC la localización de la cuenta en una sucursal en un Estado miembro, ya que permite la ejecución territorial de la retención en un Estado miembro. Los bancos establecidos en terceros Estados, pero con sucursales en Estados miembros, quedarán sometidos a las obligaciones y responsabilidades derivados del Reglamento<sup>25</sup>.

8. Finalmente, la OERC solo resulta accesoria a un título ejecutivo, ya dictado o que vaya a dictarse, en un Estado miembro. Más concretamente, la OERC sólo puede adoptarse en relación con títulos ejecutivos dictados en ese mismo Estado miembro.

### III. Aspectos esenciales de la concesión y ejecución de la OERC

#### 1. Tribunal competente

##### A) Concentración de la competencia sobre el fondo y sobre la OERC

9. Es relevante el dato de que la OERC solo puede adoptarse por un órgano jurisdiccional, frente al modelo presente en diferentes Estados miembros que atribuyen la competencia a autoridades no jurisdiccionales<sup>26</sup>. La competencia la asumen, en todo caso, tribunales del mismo Estado miembro al que pertenezca el título sobre el fondo (ya existente o futuro). Con ello se rompe el conocido esquema competencial sobre medidas cautelares establecido en los diferentes Reglamentos Bruselas, y que se recogía en la Propuesta de este Reglamento, que parte de una disociación en la competencia judicial de los tribunales de un Estado para la medida cautelar (con alcance territorial) y la competencia sobre el

---

<sup>24</sup> Se produce en el Reglamento una confusión entre filial y sucursal. A estos efectos, el art. 4.2º define al banco como una entidad de crédito con sede social en la UE o, si la tiene fuera, que la filial esté situada en la UE, remitiéndose para ello al art. 4, ap. 1, punto 17 de la Directiva 2013/36/UE relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito. Sin embargo, este último precepto se refiere a “sucursales”, quedando las “filiales” definidas en el punto 16 de esa misma disposición.

<sup>25</sup> Especialmente importantes son estas obligaciones en lo que se refiere a la divulgación de información sobre cuentas, sobre la base del art. 14 del Reglamento, y el papel que asumen en la ejecución de la OERC, conforme al art. 24.

<sup>26</sup> *Vid.* soluciones de Derecho comparado en B. Hess, “Study...”, *loc. cit.*, p. 63. En la Propuesta del Reglamento, se permitía, cuando el título ejecutivo fuera un documento público, que la orden de retención se dictara por una autoridad competente (art. 14.2º de la Propuesta), frente a los supuestos en los que el título fuera una resolución o transacción judicial (art. 14.1º).

fondo atribuida a los tribunales de otro Estado<sup>27</sup>. De este modo, si se desea solicitar una retención directamente ante los tribunales de la cuenta, si estos tribunales no son competentes sobre el fondo, deberá acudir al criterio de competencia del art. 35 RB I bis y solicitar una medida cautelar de Derecho nacional.

#### B) Supuestos en los que no existe título ejecutivo

10. La regla general sobre la competencia para dictar la OERC se establece en función de la competencia judicial internacional para conocer sobre el proceso de fondo (art. 6.1º); para los supuestos en los que el deudor sea consumidor, solo serán competentes los tribunales del domicilio del deudor (art. 6.2º)<sup>28</sup>. Se imponen aquí varias precisiones.

11. La primera es la irrelevancia de la fuente utilizada para la competencia judicial internacional sobre el fondo. Dado que, como se ha indicado, es irrelevante el lugar del domicilio del deudor para adoptar la OERC, esto supone que la competencia sobre el fondo puede fundamentarse en el RB I bis, en el Convenio de Lugano (si el demandado está domiciliado en un Estado parte de este Convenio no miembro de la UE), en el Reglamento (CE) nº 4/2009, sobre alimentos o, finalmente, sobre la base de los criterios de Derecho autónomo.

12. La segunda, consecuencia del ámbito de aplicación espacial del Reglamento, es que la regla especial de consumidores solo es operativa (en el sentido de excluir el funcionamiento del resto de los criterios de competencia) cuando el consumidor esté domiciliado en un Estado miembro del propio Reglamento (UE) nº 655/2014. Si el consumidor está domiciliado en un Estado miembro del RB I bis no parte del Reglamento 655/2014 (*v.gr.*, Reino Unido), a no ser que se diera un criterio de sumisión en el sentido del art. 19 RB I bis, no existiría un criterio válido de competencia a favor de ningún tribunal parte del Reglamento 655/2014. Lo mismo ocurriría si el consumidor está domiciliado en un Estado Lugano (*v.gr.*, Suiza). Desde esta perspectiva no existiría posibilidad por parte

---

<sup>27</sup> Esta competencia específica de los tribunales del Estado de la cuenta bancaria aparecía recogida en el art. 6.3º de la Propuesta.

<sup>28</sup> Este criterio de competencia funciona de manera más restringida que la sección de consumidores del RB I bis, ya que no se recoge para la OERC la posibilidad de plantear una solicitud de orden de retención vinculada a la competencia sobre el fondo con base en un acuerdo de sumisión válido conforme al art. 19 RB I bis. Se reproduce aquí el esquema del art. 6.1º.d) Reglamento (CE) nº 805/2004, en relación con el título ejecutivo europeo sobre créditos no impugnados. Por el contrario, el concepto de consumidor es en el Reglamento (CE) nº 655/2014 más amplio que en el RB I bis, ya que no se restringe a los supuestos del art. 17 de este último Reglamento (P. de Miguel Asensio, "Algunos aspectos de Derecho internacional privado del régimen de las órdenes europeas de retención de cuentas bancarias", <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2014/06/algunos-aspectos-de-derecho.html>).

de una empresa establecida en la UE de solicitar una OERC contra un consumidor domiciliado en el Reino Unido o en Suiza aunque este tuviera alguna cuenta en un Estado miembro del Reglamento (UE) n° 655/2014. Si el consumidor está domiciliado en un tercer Estado, habría que entender que no existiendo sumisión (ni expresa ni tácita) a un Estado miembro, serían aplicables los criterios de competencia del Derecho autónomo (*ex art. 6 RB I bis*) pudiendo, por tanto, justificarse la competencia de unos tribunales de un Estado miembro que dictarían una OERC que sería ejecutiva sobre una cuenta localizada en cualquier Estado miembro.

13. La tercera precisión es la valoración de las incidencias que la competencia sobre el fondo va a tener sobre la vida útil de la OERC. En este sentido, la vinculación entre competencia sobre el fondo y competencia sobre la medida cautelar conlleva que la suerte de esta será dependiente de las incidencias que la competencia sobre el fondo pueda presentar. De este modo, circunstancias tales como una eventual declaración de incompetencia por parte del órgano jurisdiccional (de oficio o a instancia de parte) o una inhibición como consecuencia de una litispendencia deberá incidir necesariamente en la vigencia de la OERC, para lo que se requiere la coordinación absoluta entre el tribunal del Estado de origen y la autoridad del Estado de ejecución, en los términos que indicaremos<sup>29</sup>.

14. La última precisión se refiere a la posibilidad de control de la competencia judicial internacional del tribunal que adopta la OERC, tanto de la competencia establecida para la propia OERC como, en su caso, la competencia para conocer del fondo del crédito. Dicha posibilidad se ubica en el contexto de la impugnación de la OERC y de su ejecución<sup>30</sup>.

### C) Supuestos en los que existe título ejecutivo

15. Solo podrán adoptar la OERC los tribunales del Estado donde se haya obtenido el título ejecutivo (dictado la resolución judicial, aprobada la transacción o formalizado el documento público). Ello supone que la OERC solo puede dictarse en relación con títulos ejecutivos obtenidos en Estados miembros del Reglamento y debe existir siempre una vinculación espacial entre el título sobre el fondo y la OERC.

Es irrelevante a tales efectos que la resolución judicial dictada por otro Estado estuviera dotada de ejecutividad inmediata en el Estado donde pretende solicitarse la OERC, incluso aunque no existieran posibilidades de impugnación en el

---

<sup>29</sup> F.J. Garcimartín Alférez, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 46 y 51.

<sup>30</sup> *Vid. infra* n°s 33 y 38.

Estado de la ejecución (*v.gr.*, en el caso de sentencias de alimentos del art. 17 del Reglamento n° 4/2009). Aún en esos supuestos, solo resultarían competentes para dictar la OERC los tribunales del Estado de origen de la resolución judicial.

Aunque la finalidad de asegurar la ejecución forzosa puede entenderse que ha perdido interés, dada la tendencia en los instrumentos europeos a la ejecutividad inmediata de las decisiones, sigue resultando conveniente en determinados supuestos: para los casos (ya residuales) en los que se requiera declaración de ejecutividad previa en el Estado de la ejecución<sup>31</sup>; en los casos de solicitud de denegación de la ejecución en el RB I bis<sup>32</sup> o de impugnación de un título ejecutivo europeo en el Estado de origen<sup>33</sup>; o para los casos en los que no sea posible instar en el Estado de la ejecución una medida ejecutiva a la vez que se solicita el despacho de ejecución del título<sup>34</sup>.

## 2. Requisitos materiales de la OERC y discrecionalidad de los tribunales

16. El art. 7 del Reglamento establece, con pretensiones de uniformidad y de manera autónoma, los criterios materiales que deben cumplirse para poder obtener la OERC: con carácter general, deberá exigirse la acreditación del *periculum in mora*, al margen de que el acreedor tenga ya título o no, y la apariencia de buen derecho *fumus boni iura*, cuando no exista un título ejecutivo previo<sup>35</sup>. Uno de los principales puntos de crítica, particularmente desde los sectores reticentes a este Reglamento, es el margen de discrecionalidad que tienen los tribunales a

<sup>31</sup> Esta ejecutividad inmediata se asegura en RB I bis y, para alimentos, en el régimen de la Sección 1ª del Capítulo IV del Reglamento (CE) n° 4/2009, que resultaría aplicable a los mismos Estados miembros en los que puede solicitarse la OERC (todos los Estados UE, menos Reino Unido y Dinamarca). Quedarían como supuestos en los que todavía resultaría necesaria la declaración previa de ejecutividad resoluciones sometidas, por razones temporales, al Reglamento (CE) n° 44/2001 (RB I).

<sup>32</sup> El art. 44.1º.a) RB I bis permite, en estos casos, limitar el procedimiento de ejecución a medidas cautelares, entre las que podría encontrarse la OERC; en todo caso, por la configuración de la competencia para su adopción, solo podría tratarse de una OERC dictada por los tribunales de origen de la decisión.

<sup>33</sup> En este caso también, la adopción de la OERC en el contexto del art. 23.a) del Reglamento n° 805/2004 solo resultaría posible respecto de órdenes dictadas por los tribunales de origen del título.

<sup>34</sup> En el Derecho procesal español, en la medida en que el despacho de ejecución conlleva la adopción de medidas ejecutivas (el embargo de la cuenta, conforme los arts. 549, 551 y 621 LEC) carecería de efectividad práctica solicitar la OERC como “medida cautelar” [*vid.* F.J. Cordón Moreno, “La Orden Europea de Retención de Cuentas (Reglamento 655/2014) desde la perspectiva de un proceso seguido en España, *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, julio 2014, <http://www.gomezacebo-pombo.com>, pp. 1–ss, esp. pp. 2–3). Sin embargo, esto no priva de interés a esta medida cuando se vaya a instar la ejecución de títulos procedentes de otros Estados miembros.

<sup>35</sup> Art. 7.2º en relación con el art. 8.2º.h) del Reglamento. si hay título ejecutivo deberá hacerse indicación de que aún no se ha ejecutado, conforme al art. 8.2º.i) del Reglamento.

la hora de apreciar estos requisitos, junto con un cierto riesgo a la protección del acreedor nacional<sup>36</sup>.

Respecto al Derecho de fondo, exige el Reglamento que el acreedor presente “pruebas suficientes” para convencer al tribunal de las probabilidades de que prospere su demanda sobre el crédito.

Más problemática, y donde mayores diferencias se advierten entre los Derechos nacionales, es la acreditación de la urgencia. En el sentido del Reglamento, tal requisito debe entenderse de manera restrictiva. El art. 7.1º se refiere a una “necesidad urgente”. A tales efectos, el ap. 14 del Preámbulo aporta diferentes criterios para valorar la existencia de un riesgo real que impida o haga “considerablemente” más difícil la ulterior ejecución del crédito y criterios, que de forma singular, no sirven para probar tal exigencia. No podrán considerarse, de forma aislada, circunstancias tales como el impago del crédito, la existencia de otros acreedores o las dificultades financieras del deudor<sup>37</sup>.

17. La interpretación estricta de las condiciones para la concesión de la OERC supondrá un elemento de equilibrio entre la protección del crédito y la protección del deudor. Los riesgos de esta discrecionalidad en la concesión poco rigurosa de la OERC, supone cargar sobre el deudor la vigilancia sobre el correcto funcionamiento del sistema lo que, con carácter general, no parece adecuado considerando que es una medida que se dicta *inaudita parte*. Este aspecto es especialmente importante si se considera el insuficiente régimen de responsabilidad del acreedor en el contexto del Reglamento. Ciertamente, el art. 12 del Reglamento exige, como presupuesto para dictar la OERC, la prestación de una caución por parte del acreedor. El tribunal debe exigir dicha caución de forma preceptiva cuando no hay título ejecutivo (admite dispensa según el caso concreto)<sup>38</sup>; es potestativa su exigencia cuando ya existe título ejecutivo. La función de

---

<sup>36</sup> Los riesgos han sido especialmente advertidos desde las posiciones reticentes al Reglamento, como la de los británicos (Allen & Overy, *loc. cit.*). Pero también se han manifestado las dudas sobre la interpretación de estos requisitos por los tribunales nacionales en el ámbito continental [B. Nunner-Krautgasser, “Der geplante Rechstact zur europäischen Kontenpfändung”, en B. Hess (Coord.), *Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht – Europäisches Vollstreckungsrecht*, Bielefeld, Gieseking, 2014, pp. 125 ss, esp. pp. 138–139; B. Hess y K. Raffelspieger, *loc. cit.*, p. 48]. Así se pusieron también de manifiesto en el Commission Staff Working Document [“Annex to the Green Paper on improving the efficiency of the enforcement of judgments in the European Union: the attachment of bank accounts {COM(2006) 618 final}”, SEC/2006/1341]. *Vid.* la importante divergencia en la interpretación en el ámbito de los Derechos nacionales en B. Hess (“Study...”, *loc. cit.*, p. 129).

<sup>37</sup> A este carácter restrictivo se refiere D. Vilas Álvarez (*loc. cit.*, pp. 9–10). Entre los criterios a valorar la conducta del deudor respecto al crédito, su historial crediticio, la naturaleza de sus activos y las actuaciones recientes en relación a estos.

<sup>38</sup> *V.gr.*, se entenderá dispensable por el tipo de crédito (como el de alimentos) o por un importe menor de la deuda, que no haga presumibles daños o perjuicios al deudor (ap. 18 del Preámbulo).

esta caución puede entenderse doble: una finalidad disuasoria para el acreedor, frente a tentativas de abuso en la utilización de la orden; y una finalidad resarcitoria, de los daños que la orden pueda causar al deudor si aquella resulta posteriormente revocada. La consecución de la primera finalidad es incierta, en la medida en que depende de la discrecionalidad de los tribunales nacionales la propia determinación del importe de la caución. La segunda finalidad solo podrá alcanzarse parcialmente. Lo habitual es la existencia de cierta compensación entre la flexibilidad en la obtención de una medida cautelar y el rigor en la exigencia de la caución: a mayor facilidad en la obtención de la medida, mayor rigor en la garantía del acreedor si aquella resulta infundada<sup>39</sup>. Sin embargo, ni el modelo uniforme de responsabilidad del acreedor establecido en el art. 13 está destinado a proteger al deudor frente a solicitudes de OERC infundadas<sup>40</sup> ni el propio régimen de la caución exigido al acreedor en el art. 12 garantiza la tutela del deudor en todos los supuestos. En concreto, el carácter residual de la caución cuando existe título, justificable en el Derecho nacional<sup>41</sup>, no lo es en el ámbito de una ejecución transfronteriza. En concreto, esta está sometida a determinadas vicisitudes que pueden dejar sin efecto, *a posteriori*, retenciones ya ejecutadas<sup>42</sup>. Es más, el propio Reglamento tipifica, en el art. 13, supuestos de responsabilidad del acreedor en casos de incumplimiento de obligaciones incluso en casos en los que existiera título ejecutivo previo<sup>43</sup>.

### 3. Problemas en la ejecución

#### A) Particularidad de las notificaciones

18. La OERC tiene, en el ámbito de la ejecución transfronteriza de títulos ejecutivos, una posición singular. Por una parte, está dotada de ejecutividad inmediata y el título solo resulta impugnabile ante los tribunales del Estado de origen, de modo similar a lo que se produce con otros títulos ejecutivos europeos. Pero, por otra parte, se establece un listado de causas de impugnación de la ejecución

---

<sup>39</sup> Así, en el Derecho alemán o austríaco, cuando se permite la solicitud de una medida cautelar sin acreditación de *fumus boni iuris* se exige en todo caso como presupuesto la prestación de la caución (cf. B. Hess, "Study...", *loc. cit.*, p. 129).

<sup>40</sup> *Vid. infra*, nº 41.

<sup>41</sup> Si ya existe título ejecutivo, el Derecho procesal español nada establece en relación con la necesidad de caución por parte del acreedor porque las medidas cautelares se configuran para supuestos en los que aún no se tiene dicho título (*vid.* art. 728 LEC).

<sup>42</sup> En este sentido, pueden existir recursos pendientes en el Estado de origen si la resolución todavía no es ejecutiva, como se indica en el ap. 18 del Preámbulo, o pueden existir las circunstancias ya analizadas que dificulten la ejecución transfronteriza de la decisión.

<sup>43</sup> *V.gr.*, la obligación de liberar las cantidades retenidas, a la que se refiere el art. 13.2º.b), debe cumplimentarse después de la ejecución de la medida; por tanto, no es consecuente con esta obligación la dispensa de la caución si el acreedor tenía título ejecutivo previo.

ante los órganos del Estado de la ejecución que, parcialmente, duplica los motivos de impugnación posibles en origen.

La ejecución deberá ser instada, conforme a lo que establezca el Derecho del Estado de origen, por el acreedor o por el órgano jurisdiccional de oficio. No se establece en el Reglamento el plazo de caducidad para la acción ejecutiva que deberá entenderse sometido al Derecho del Estado de origen<sup>44</sup>.

19. La ejecución será ordenada en todo caso por la “autoridad” competente del Estado de la ejecución, que no es imprescindible en este caso que se trate de un órgano jurisdiccional<sup>45</sup>. El carácter preceptivo de la intervención de esta autoridad, para ordenar en todo caso la ejecución de la retención en su territorio, explica el régimen específico de notificaciones transfronterizas de la OERC que siempre deberán realizarse a través de la autoridad competente del Estado requerido, aunque con flexibilidad en relación con los medios de notificación<sup>46</sup>. No resultan, por tanto, admisibles a estos efectos los medios de transmisión directa de actos judiciales permitidos por el art. 14 del Reglamento (CE) n° 1393/2007, que queda desplazado por el presente Reglamento<sup>47</sup>. Esta misma vía es la que se utiliza, conforme al art. 36.5º, para la notificación de las resoluciones judiciales del Estado de origen que revoquen o modifiquen la orden de retención.

El Estado miembro de ejecución se define en función de lugar de localización de la cuenta, no del banco afectado<sup>48</sup>. La autoridad del Estado de la ejecución puede encargarse de la comunicación sobre la retención de todas aquellas cuentas que se localicen en su Estado. La notificación debe realizarse a cada uno de los bancos afectados (es decir, al que pertenezcan las cuentas sobre las que se ha decretado la retención), debiendo enviarse a cada uno de ellos la parte A del for-

---

<sup>44</sup> Del art. 34.1º.b).iii), que regula la impugnación de la ejecución por privación de la fuerza ejecutiva de la resolución judicial sobre el fondo, se deriva que tal aspecto queda regido por el Derecho del Estado de origen y parece lógico que entre tales circunstancias que pueden privar de fuerza ejecutiva se encuentre la caducidad de la acción. En relación con el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, *vid.* F.J. Garcimartín Alférez, *El Título Ejecutivo Europeo*, Navarra, Aranzadi, 2006, pp. 119–120.

<sup>45</sup> El Reglamento se refiere a “autoridad competente” del Estado de la ejecución (art. 23) diferenciándolo del órgano jurisdiccional, que debe dictar la orden.

<sup>46</sup> Art. 23.2º y 6º en relación con el art. 29, que establece que la transmisión de documentos podrá realizarse “por cualquier medio adecuado siempre que el contenido del documento recibido sea verídico y fiel al del documento expedido y que toda la información que contenga sea legible sin dificultad”. Sobre las especiales características de la notificación internacional de medidas de embargo de créditos *vid.* M. Michinel Álvarez, *Embargo internacional de créditos*, Vigo, Serv. Publicaciones Univ. Vigo, 1999, pp. 38 ss.

<sup>47</sup> *Vid.* la cláusula de compatibilidad del art. 48.a), que excluye la aplicación del Reglamento (CE) n° 1393/2007, entre otras, a las notificaciones que deban realizarse a la autoridad competente del Estado miembro de ejecución.

<sup>48</sup> *Cf.* art. 4.12º del Reglamento.

mulario<sup>49</sup>. Si las cuentas están en diferentes Estados miembros, pertenezcan a no al mismo banco, la notificación deberá dirigirse a las diversas autoridades de ejecución que correspondan.

20. El banco asume la obligación de cumplimentar la OERC sin demora en cuanto la reciba, o, si así lo dispone el Derecho del Estado de la ejecución, en cuanto reciba instrucción de ejecutar la OERC (art. 24)<sup>50</sup>. Se ha dicho al respecto que el banco se convierte en un órgano auxiliar de ejecución<sup>51</sup>. Establece en este punto el Reglamento una regulación detallada del modo de cumplimentación de la medida, incluyendo, entre otros aspectos, el orden de prelación si son varias las cuentas afectadas del mismo deudor en el mismo banco. La OERC no asume la función de satisfacción directa del crédito del acreedor, sino que se limita a la retención de los fondos o, si así lo dispone el Derecho nacional, a su transferencia a una cuenta establecida al efecto.

Cumplimentada la orden, el banco emitirá la declaración del art. 25, que será remitida al tribunal o autoridad del propio Estado (ya sea el que dictó la OERC o a la autoridad de ejecución, si la OERC la dictó tribunal de otro Estado). Solo a partir de ese momento, el responsable de la notificación (el órgano jurisdiccional del Estado de origen o, si así lo establece la ley de ese Estado, el acreedor) procederá a la notificación al deudor en las condiciones del art. 28. El régimen del Reglamento (CE) n° 1393/2007 solo resultará aplicable a las notificaciones a deudores domiciliados en terceros Estados.

#### B) Cantidades exentas de retención

21. Dentro de los límites a la ejecución, merece una especial atención el límite derivado de las cantidades exentas de retención con arreglo al Derecho del Estado de la ejecución (art. 31). En la versión definitiva del Reglamento, se ha renunciado a establecer un sistema armonizado de exención de cantidades, frente al modelo de la Propuesta que establecía como límite el respeto a lo necesario para asegurar la subsistencia del deudor<sup>52</sup>. La solución actual evita los problemas interpretativos sobre “qué es necesario para la subsistencia”, sobre todo en su aplicación a perfiles diversos de deudores, que no solo son personas físicas, sino también personas jurídicas, para las que el criterio del mínimo exento más bien tendría que ser en relación con recursos suficientes para que la empresa pueda

<sup>49</sup> Cf. art. 19.4º, en relación con el art. 23.6º.

<sup>50</sup> En el caso del Derecho español, la ejecución se impulsará de oficio en los términos del art. 738 LEC.

<sup>51</sup> T. Domej, “Internationale Zwangsvollstreckung zwischen Territorialitätsprinzip, Gläubigerinteressen und Schuldnerschutz”, en B. Hess (coord.), *Die Anerkennung...*, op. cit., pp. 109 ss, esp. p. 119.

<sup>52</sup> Vid. la versión del art. 32 de la Propuesta.

continuar desarrollando su actividad<sup>53</sup>. La regla conflictual incluida en el art. 31, basada en la ley del Estado de la ejecución, se muestra además respetuosa con el criterio de la calificación procesal de la ejecución, pero puede generar algunos desajustes.

22. El primer desajuste se puede producir cuando la residencia habitual del deudor se encuentra en un Estado diferente al de la ejecución, lo que, por razones socio-económicas, puede incidir en la valoración sobre el nivel de “mínimo vital”. En atención a esta circunstancia, ya se habían manifestado posiciones a favor de aplicar la ley de la residencia habitual del deudor para determinar las cantidades exentas<sup>54</sup>. Tal posición se conciliaría mal con la visión general procesal de la ejecución y obligaría a las autoridades de la ejecución a consultar una ley “extraña” al procedimiento de ejecución, de carácter autónomo y sumario. La solución en estos casos pasaría por aplicar una solución material a modo de “segundo escalón”: si la ley del Estado de la ejecución establece como cantidades exentas las necesarias para atender a la subsistencia, tal circunstancia debería ser objeto de una valoración “material” de la situación real del deudor en el Estado en el que reside.

23. El segundo desajuste puede derivar de los eventuales problemas de “inadaptación” que derivarían de una ejecución múltiple en diversos Estados miembros y que podrían generar una multiplicación (innecesaria) de las cantidades exentas. La corrección aquí dependerá de las diversas situaciones posibles. Si las leyes del Estado de la ejecución (o alguna de ellas) establece una cantidad fija como cuantía exenta (*v.gr.*, 3.000 €), la aplicación eventual de las exenciones en otros Estados que superen esa cuantía, obligará a reducir o anular las exenciones sobre las cantidades que excedan el mínimo realizadas en otros Estados. Si la exención no es una cuantía fija, sino que una cantidad evaluable “en función de lo necesario para la subsistencia”, habría que hacer una evaluación en términos de segundo escalón (en los términos indicados) y anular la exención en lo que exceda. Si la exención se basa en conceptos de ingresos (salarios, pensiones, alimentos) entonces no se requerirá ninguna adaptación entre leyes en la medida en que no dependan de la cuantía.

---

<sup>53</sup> *Vid.* F. Martín Diz, “La orden europea de embargo de activos bancarios”, en C. Aragüena Fanego (coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Granada, Comares, 2011, pp. 133 ss, esp. p. 144.

<sup>54</sup> Frente a ello en algún momento se propuso una solución “conflictual” a partir del criterio basado en el domicilio o residencia habitual del deudor, con argumentos además del coste social que supondría para el Estado del domicilio tener que hacerse cargo de un deudor que quedara sin recursos suficientes en su Estado (*vid.* B. Hess, *loc. cit.*, p. 99; Max Planck Working Group, “Comments on the European Commission’s Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgments in the European Union: the Attachment of Bank Accounts”, [ec.europa.eu](http://ec.europa.eu), p. 30; T. Domej, *loc. cit.*, p. 120).

24. Las exenciones por conceptos de ingresos plantean el problema adicional, que también deberá resolverse conforme al Derecho del Estado de la ejecución, de su tratamiento cuando han sido ingresados en la cuenta bancaria cuya retención se pretende<sup>55</sup>. Los Derechos nacionales también presentan, en algunos casos, variaciones en el régimen de exención en función del tipo de crédito (por ejemplo, en relación con obligaciones alimenticias)<sup>56</sup>; existirán, no obstante, dificultades prácticas para aplicar tales criterios de oficio en la medida en que, entre la información que se notifica a la autoridad del Estado de la ejecución, y en consecuencia al banco, no constan los datos relativos al crédito<sup>57</sup>.

25. La exención puede funcionar de oficio o a solicitud del deudor, dependiendo de lo que establezca el Derecho del Estado de la ejecución: en el primer caso el juez o autoridad encargada de la ejecución o el banco (según quien corresponda) eximirá de la retención a las cantidades que correspondan; en el segundo caso, será el deudor quien deba reclamar para lograr liberar cantidades exentas utilizando el recurso del art. 34.1º.a). En contrapartida, en los casos de ejecución múltiple, cuando sea el acreedor el perjudicado por una aplicación cumulativa de exenciones (innecesarias), será este quien tenga la posibilidad de pedir a cualquiera de las autoridades de la ejecución la pertinente adaptación (art. 35.4º).

#### C) Liberación de las cantidades retenidas en exceso

26. Uno de los riesgos derivados de la ejecución de la OERC puede implicar una retención que exceda el importe fijado en la OERC. Dos son los supuestos en los que la situación de retención en exceso puede producirse: casos de ejecución múltiple por verse afectadas varias cuentas por la misma OERC; y casos de ejecución múltiple por acumulación de la OERC a medidas nacionales.

27. En casos de ejecución múltiple por diversidad de cuentas, la solución será diferente en función de que la orden afecte a varios bancos en el mismo Estado miembro o varias cuentas en Estados miembros diferentes.

i) Si las retenciones afectan a varias cuentas que pertenecen a distintos bancos (estén o no situados en mismo Estado miembro), la OERC se dictará por la cuantía correspondiente del crédito, debidamente acreditado (art. 17.4º), pero

---

<sup>55</sup> Las soluciones de Derecho comparado son variadas y van desde una exención total de tales ingresos, hasta la posibilidad de su retención una vez que han ingresado en una cuenta bancaria (*vid.* B. Hess, "Study...", *loc. cit.*, p. 67).

<sup>56</sup> *Vid.* B. Hess, *loc. cit.*, pp. 73-74.

<sup>57</sup> Tales datos sobre el crédito figuran en la parte B del formulario de la OERC, que solo se facilitan al acreedor y al deudor (art. 19 en relación con el art. 23).

cuando se trate de una OERC que afecte varios bancos, el formulario por el importe de la retención se notificará por separado a cada uno de ellos y, por tanto, existe riesgo de pluspetición. A tales efectos, es importante considerar que no se prevé un sistema de prorrateo del importe de la retención por cada entidad sino que puede reclamarse simultáneamente el importe total que figura en la parte A del formulario de la OERC a todos los bancos, con el consiguiente riesgo adicional que supone para el deudor.

ii) Si las retenciones afectan a varias cuentas del mismo banco, la solución puede ser diversa en función de que las cuentas se localicen en el mismo Estado miembro o en diversos Estados miembros. Si las cuentas están en el mismo Estado, será éste el responsable de retener sólo por el importe del crédito (art. 24.5º en relación con art. 26). Debe considerarse que en estos casos sólo se notificará un formulario A de la OERC que incluya el importe concreto a retener. Los riesgos de pluspetición (inevitable además para el banco) se darán en supuestos de varias cuentas en diferentes Estados, aunque pertenezcan a la misma entidad bancaria<sup>58</sup>. Aquí los riesgos pueden venir de que las notificaciones sobre ejecución son territoriales (lo que formalmente podría causar desajustes o inadaptación en la ejecución entre diferentes Estados), pero la parte A del formulario que se notifica es la misma (la diversidad de partes A solo está pensada para diversos bancos, art. 19.4º). En este caso, cabe entender que la entidad bancaria asume, aunque la ejecución sea diversa en diversos Estados, la obligación del art. 24.5º de controlar que no haya excesos. De ser esto así, ello repercutirá evidentemente en el régimen de responsabilidad exigible al banco (*infra* nº 46).

28. La ejecución múltiple por diversidad de medidas, se dará cuando se hayan dictado varias medidas contra el mismo deudor y el mismo crédito. Junto a las obligaciones derivadas del art. 16, que operan antes de la ejecución, el art. 27 introduce una obligación para el acreedor de solicitar la liberación de las cantidades retenidas en exceso que opera *ex post*, cuando ya se han ejecutado la OERC y las medidas nacionales.

#### 4. Duración de la retención: deficiencias en su configuración

29. Uno de los aspectos que cabe considerar más controvertidos del Reglamento es el relativo a la vigencia de la medida. En efecto, el 20 es una norma incompleta, que se limita a establecer la duración de la orden hasta su revocación, hasta que quede sin efecto su ejecución o hasta que surta efectos una medida de

---

<sup>58</sup> En este sentido en la versión del art. 28.1º de la Propuesta se dejaba claro que cuando la orden afectara a varias cuentas del mismo banco (sin mencionar si en un mismo Estado o en varios) era el banco el responsable de retener y cumplimentar la OERC hasta el importe especificado en la misma.

ejecución definitiva del título principal (resolución judicial, transacción o documento público) que reconoce el derecho de crédito. La imprecisión del precepto viene dada, por una parte, por no establecer un período temporal máximo de vigencia cuando esté destinada a ser sustituida por la ejecución de la decisión principal sobre el fondo cuya ejecución forzosa dependa de la voluntad del acreedor<sup>59</sup>. Pero, por otra parte, el art. 20 también es impreciso porque deben determinarse los supuestos de revocación de la orden o de dejar sin efecto su ejecución. Tales supuestos con claramente identificables a instancia de parte, a través de los recursos de los arts. 33 y 34, pero no sucede lo mismo con la posibilidad de actuación de oficio en esta materia.

El Reglamento solo recoge, como motivo expreso de revocación de oficio, la no presentación de la demanda en los términos del art. 10 si la OERC se adoptó *ante causam*. Ninguna otra previsión uniforme se establece en el Reglamento sobre este punto. La cuestión es especialmente relevante en relación con las vicisitudes del título sobre el fondo del crédito (una desestimación de la demanda, sobreseimiento o una declaración de incompetencia de los tribunales para conocer del proceso sobre el fondo). Las posibilidades de valoración de oficio de tales vicisitudes en relación con la (pérdida) de vigencia de la orden o de su ejecución habrá que entender que quedarán sometidas a los Derechos procesales nacionales<sup>60</sup>. De este modo, si así lo permite el Derecho del Estado de origen, el tribunal puede modificar o revocar la OERC por cambio de circunstancias (art. 35.2º), posibilidad de que, conforme a lo que venimos señalando, debería ser objeto de interpretación amplia. El resto de los supuestos posibles para revocar la orden o dejar sin efecto su ejecución de oficio deberán entenderse incluidos en la remisión general al Derecho procesal nacional establecida en el art. 46.1º del Reglamento. Dicha solución no se justifica fácilmente en el contexto del Reglamento: de hecho la concentración de competencia para dictar la OERC ante los tribunales del mismo Estado que dicta la resolución de fondo sobre el crédito justificaría una regulación autónoma y uniforme en el Reglamento sobre la incidencia esta resolución sobre la OERC<sup>61</sup>.

La pasividad del tribunal de origen también es criticable si se han incumplido los requisitos de notificación al deudor establecidos en el art. 28, siendo irrazonable que la carga frente a la indefensión la asuma en exclusiva el deudor a tra-

---

<sup>59</sup> El art. 21.7º de la Propuesta lo resolvía estableciendo un plazo de 30 días desde notificación o fuerza ejecutiva de la decisión (*vid.* al respecto R. Miquel Sala, *loc. cit.*, p. 238). En el ámbito del Derecho español, debe tenerse en cuenta el art. 731 en relación con el art. 548 LEC.

<sup>60</sup> Si tales pronunciamientos coinciden con el Estado de la ejecución, porque la OERC se haya dictado en ese Estado, la decisión sobre el fondo debería tener una eficacia inmediata sobre las medidas cautelares y, por tanto, debería ser privada de efecto de oficio. *Vid.* arts. 744 y 745 LEC.

<sup>61</sup> Esta incidencia de la sentencia de fondo sobre el alzamiento de oficio de las medidas cautelares suele venir regulada en los Derechos nacionales; *v.gr.*, para el Derecho español, los arts. 744 y 745 LEC.

vés de los recursos que tiene disponibles. El tribunal que concedió la OERC y que ya debido recibir la declaración del banco sobre su cumplimiento, debería asumir un papel de garantía para comprobar y garantizar que dicha notificación se ha producido, máxime en los supuestos en los que es responsabilidad suya la realización de dicha notificación. En estos casos, debería estar expresamente admitida la revocación de oficio si tal notificación no se ha realizado<sup>62</sup>.

30. A las deficiencias anteriores, debe añadirse uno de los principales déficits del Reglamento que es la ausencia de un sistema de coordinación entre autoridad de origen y autoridad de ejecución, particularmente necesaria en relación con la pérdida de vigencia de la OERC por cuestiones relativas al título de fondo<sup>63</sup>. Nuevamente, la única previsión sobre dicha comunicación está prevista para los supuestos de no presentación de la demanda en los términos del art. 10, que establece la remisión de un formulario de revocación a las autoridades del Estado de la ejecución. Este aspecto es especialmente criticable en aquellos supuestos en los que, conforme al Derecho del Estado de origen, sea precisamente el tribunal que dictó la OERC el encargado de instar la ejecución: el correlato lógico de esta función sería que también comunicara las incidencias posteriores que pudieran dejar sin efecto dicha ejecución.

#### IV. Instrumentos de defensa del deudor

##### 1. Posibilidades de impugnación

31. Producida la notificación al deudor, en los términos del art. 28, se abren diferentes opciones para el deudor. Además, de poder solicitar la presentación de caución sustitutoria prevista en el art. 38, el deudor tiene un sistema doble de impugnación: o bien recurrir la OERC ante los tribunales de origen (art. 33), o bien recurrir la ejecución ante los tribunales o autoridades del Estado de la ejecución (art. 34). La opción por uno u otro incidirá, en su caso, en el motivo del recurso: junto con los motivos comunes, otros son exclusivos del Estado de origen o del Estado de la ejecución. También es diversa la eficacia de la resolución judicial:

---

<sup>62</sup> Vid. al respecto la importante diferencia con los diferentes Reglamentos europeos en materia de competencia judicial internacional, que prevén siempre un sistema de suspensión de la continuación del proceso para garantizar la notificación de la demanda al demandado que no comparece (al respecto, el art. 28 RB I bis).

<sup>63</sup> Vid. B. Hess y K. Raffelsieper, *loc. cit.*, p. 52; ver también la necesidad de establecer este sistema de cooperación entre ejecuciones territoriales en T. Domej, *loc. cit.*, p. 121. Vid. en este punto la importante diferencia en relación con el Derecho concursal, *vid.* arts. 16 y 25 Reglamento (CE) n° 1646/2000. La versión de la Propuesta sí establecía un sistema de coordinación entre órgano del Estado de origen que dictó OERC y el tribunal del Estado miembro que conoce del proceso sobre el fondo (art. 20) para los supuestos en los que los tribunales pertenecían a diferentes Estados.

en el primer caso tiene un alcance transfronterizo hacia todos los Estados miembros donde haya sido ejecutada; en el segundo, simplemente deja sin efecto la ejecución de la retención en el ámbito territorial de ese Estado.

El elenco de motivos y las posibilidades de impugnación son amplios y puede entenderse que subyace en las mismas cierta compensación por el procedimiento *inaudita parte* de concesión de la medida. Con estas consideraciones, el deudor tiene, para los motivos comunes, una doble opción de recurso que utilizará valorando su conveniencia en cuanto a proximidad de los tribunales (y sus costes) y en cuanto al ámbito espacial de eficacia de la resolución, en función de que la ejecución se haya realizado en el ámbito de un Estado o en varios. Sin embargo, la contrapartida más evidente es que, al final, se carga al deudor con la obligación de controlar el rigor en la concesión y vigencia de la OERC, de una medida que ha ya sido ejecutada y que debe seguir soportando con su cuenta inmovilizada durante toda la tramitación del recurso hasta la obtención, en su caso, o de la revocación de la medida o del fin de la ejecución.

#### A) Impugnación de la OERC

32. Los motivos establecidos en el art. 33 pueden sistematizarse en tres grupos según estén basados en: las condiciones de concesión de la OERC y procedimiento establecido directamente en el Reglamento; el crédito garantizado; o hechos posteriores.

33. Dentro de los motivos basados en las condiciones de la OERC, la OERC puede impugnarse por no reunir las condiciones o requisitos establecidos en el Reglamento [art. 33.1º.a)]. Esta causa se configura como un *numerus apertus* incierto<sup>64</sup>. En todo caso, este control parece estar pensando en un control basado en una relación *forum-ius*: se trata de la posibilidad de que el tribunal del Estado de origen reexamine los requisitos para la concesión de la OERC que dependen, esencialmente, de lo establecido en el Reglamento y, subsidiariamente, del Derecho de aquel Estado. Esto excluiría la revisión de cuestiones dependientes del Derecho del Estado de la Ejecución tales como cuentas inembargables, cantidades exentas o cuentas conjuntas. El ap. 32 de la Exposición de motivos ofrece, a título ejemplificativo, causas que podrían quedar incluidos en dicha disposición: que el asunto no sea transfronterizo, falta de competencia del tribunal, falta de presentación de la demanda sobre el fondo en plazo (art. 10) (si la orden no se revocó de oficio o se dejó sin efecto automáticamente), ausencia de *periculum in mora* o

<sup>64</sup> La diferencia es notoria respecto al art. 34 de la Propuesta, que concretaba las causas en los siguientes incumplimientos: del ámbito material del Reglamento, de la competencia judicial, de los requisitos *fumus boni iuris* y *periculum in mora* y de la falta de presentación de la demanda sobre el fondo en plazo.

el establecimiento de caución no cumpla requisitos<sup>65</sup>. Quedaría, por tanto, incluido en el art. 33.1º.a) un control de la competencia para dictar la OERC<sup>66</sup>. También podría invocarse, conforme al art. 2.2º, el incumplimiento del ámbito material del Reglamento.

Particularmente importante es la posibilidad de fiscalizar a través de este recurso la falta de acreditación del *periculum in mora* y del *fumus bonus iura*. Dado el margen de discrecionalidad que tiene el tribunal de origen para la valoración de tales requisitos, la impugnación prevista en este art. 33.1º.a) tiene el riesgo de convertirse en la práctica en una inversión en la carga de la prueba y obligar al deudor a tener que demostrar el carácter infundado de la solicitud de la OERC del acreedor.

El incumplimiento de los requisitos de notificación y traducción establecidos en los arts. 28 y 49.1º aparecen como motivo de impugnación de la OERC en los aps. b) y c) del art. 33.1º. Ya se ha indicado lo inadecuado de que tal motivo no se haya establecido como una garantía procesal que también debería operar de oficio. Además cabe criticar ahora la inexplicable laxitud de plazos: el art. 33º.1º.b) no solo amplía notablemente los plazos de notificación del art. 28, sino que además otorga una posibilidad de subsanación por otros 14 días desde que se haya informado al acreedor de esta impugnación, a lo que debe sumársele el período para resolver el recurso. Desde la perspectiva del acreedor, la solución dada por el art. 33 tampoco es la más adecuada, en la medida en que hace recaer sobre él el régimen de subsanación de la notificación cuando, dependiendo de lo que establezca el Derecho del Estado de origen, puede no haber sido siquiera responsable de la misma<sup>67</sup>.

La falta de liberación de las cantidades retenidas en exceso, como motivo de revocación o modificación de la OERC, tendrá sentido cuando se hayan ejecutado medidas nacionales equivalentes en relación con el mismo crédito y deudor [art. 27.1º.b)]. Si la retención excesiva hubiera afectado a varias cuentas, el problema no está en la OERC en sí misma, sino en la ejecución simultánea en varias cuentas. En realidad, el motivo previsto en el art. 27.1º.b) nos lleva al tema de la inconciliabilidad de decisiones (dos ejecuciones misma deuda y mismo deudor) que también debería ser examinado de oficio, máxime cuando el acreedor haya podido informar al tribunal de origen de tales medidas con base en las obligaciones establecidas en el art. 16 del Reglamento<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> *Vid.*, en ese sentido, el ap. 32 del Preámbulo.

<sup>66</sup> *V.gr.*, una OERC dictada contra un deudor consumidor por unos tribunales diferentes al Estado del domicilio de este.

<sup>67</sup> *Vid.* también la crítica a este motivo en D. Vilas Álvarez, *loc. cit.*, p. 15.

<sup>68</sup> El art. 16 sólo se refiere a una obligación de información como presupuesto previo a la concesión de la OERC; sin embargo, dicha obligación debería hacerse extensiva a los supuestos en los que la OERC ya se hubiera concedido.

34. Los motivos de revocación basados en el crédito garantizado son el pago total o parcial de la deuda garantizada, la desestimación de fondo del crédito y la suspensión o anulación del título sobre el fondo cuya ejecución pretendía garantizarse media la orden [art. 33.1° aps. e), f) y g)]. Mientras que el pago por el deudor es razonable que deba invocarse por éste (o en su caso por el acreedor), dada la imposibilidad material de que el órgano judicial de oficio conozca tal circunstancia, no ocurre lo mismo con los dos motivos, particularmente porque la resolución de fondo ha tenido que dictarse por los mismos órganos jurisdiccionales que dictaron en su momento OERC. Que la revocación de la medida debiera ser automática en estos casos es evidente, sin que resulte justificado imponer la carga de la impugnación al deudor.

35. Finalmente, será motivo de solicitud de revocación un cambio de circunstancias desde que se dictó (art. 35.1°). A ello cabe añadir, con acuerdo con el acreedor, la posibilidad de invocar un acuerdo de liquidación de la deuda (art. 35.3°).

#### B) Impugnación de la ejecución de la OERC

36. Todos los motivos del art. 33, excepto las causas relativas a las condiciones de concesión de la OERC, pueden hacerse valer también contra la ejecución ante los tribunales de este Estado, tal y como recoge el art. 34. A estos, deben añadirse, causas vinculadas exclusivamente a la ejecución, incluyendo el orden público del Estado de la ejecución. Si partimos de la consideración de que no hay trámite de oposición a la ejecución (por cuanto es un procedimiento *inaudita parte* hasta que la retención ya se ha producido), los motivos que pueden hacerse valer frente a la OERC ya ejecutada solo serán los uniformemente establecidos en el Reglamento, sin que tenga cabida en este caso la invocación de motivos basados en el Derecho nacional<sup>69</sup>.

37. Entre los motivos basados en los requisitos y condiciones del Reglamento que pueden hacerse valer para limitar o revocar la OERC se encuentra la limitación de la ejecución por cantidades exentas de embargo, ya sea porque corresponda solicitar la exención al deudor ó, siendo de oficio, no hayan sido tenidas en cuenta o lo hayan sido incorrectamente. También se incluyen en este ámbito las cuentas que resulten inembargables conforme al Derecho del Estado de la ejecu-

---

<sup>69</sup> El alcance de la remisión del art. 23.1° del Reglamento a los procedimientos aplicables a las órdenes nacionales equivalentes en el Estado miembro de la ejecución sería aplicable a los aspectos no regulados en el Capítulo 3 del mismo, que incluye la enumeración del art. 34 de motivos para dejar sin efecto la ejecución de la OERC.

ción o las cuentas de bancos centrales excluidas del Reglamento<sup>70</sup>. Asimismo habría que entender incluidas las prohibiciones de retención a cuentas conjuntas o nominales que, conforme al art. 30, también podrían resultar “inmunes” a la retención si así lo dispone el Derecho del Estado de la ejecución, a pesar de que el art. 34 no recoge expresamente este supuesto<sup>71</sup>.

38. Los motivos basados en el título sobre el crédito garantizado, a los analizados en el marco del art. 33, deben añadirse como causas propias de la ejecución: la desestimación de la ejecución del título ejecutivo que se garantizaba con la retención y que el título sobre el fondo haya sido privado de fuerza ejecutiva en el Estado de origen. El primero puede derivar de una denegación de la ejecución del título con base en el procedimiento de los arts. 46 ss RB I bis, *v.gr.*, sobre la base de la vulneración de una competencia exclusiva del Estado de la ejecución<sup>72</sup>. El segundo se producirá, sobre todo, en aquellos casos en los que se hubiera resuelto un recurso pendiente en el Estado de origen o que hubiera transcurrido el plazo para solicitar la ejecución (caducidad de la acción ejecutiva), si esta es a instancia de parte. Finalmente, también sería posible invocar un acuerdo sobre la liquidación de la deuda entre acreedor y deudor para dejar sin efecto o limitar la ejecución (art. 35.3º).

## 2. Responsabilidad del acreedor

39. El Reglamento establece asimismo un sistema de responsabilidad extracontractual exigible al acreedor, cuya finalidad es compensar la desprotección inicial del deudor frente a la retención sorpresa que está soportando. Dicho régimen, de influencia anglosajona, puede servir, parcialmente, como elemento disuasorio de posiciones abusivas por parte del acreedor<sup>73</sup> y funciona de manera complementaria a los recursos que pueda interponer el deudor frente a la OERC y/o frente a la ejecución.

<sup>70</sup> Art. 34.1º.b).i) que se remite a los aps. 3 y 4 del art. 2. Esto afectaría, por ejemplo, a la *Pfändungsschutzkonto* del art. 850 de la ZPO alemana. Obsérvese que al amparo de este motivo no podría alegarse que la OERC queda fuera del ámbito material del Reglamento (ap. 2 del art. 2) que, como se ha indicado, solo podría invocarse ante los tribunales del Estado de origen al amparo del art. 33.

<sup>71</sup> Obsérvese, no obstante, que este supuesto no aparece expresamente recogido en el art. 34.

<sup>72</sup> *V.gr.*, una solicitud de OERC y una demanda ante un tribunal francés sobre un crédito de arrendamiento de un inmueble situado en España.

<sup>73</sup> Se ha visto este art. 13 como elemento de compensación frente al efecto sorpresa que supone para el deudor la adopción de la medida *inaudita parte* (B. Hess y K. Raffelsieper, *loc. cit.*, p. 52. Este régimen de responsabilidad viene, de este modo, a mitigar algunas de las críticas manifestadas desde posiciones británicas a la OERC por la desprotección que suponía para el deudor (*vid.* “The Brussels Update: the European account preservation order – friend or foe?”, <http://www.lawsociety.org.uk/communities/in-house-division/magazine/november-2014/european-account-preservation-order/>).

40. A falta de regulación específica en el Reglamento, la demanda de responsabilidad extracontractual del acreedor podrá presentarse ante los tribunales competentes conforme a las normas de competencia del RB I bis, dado que, como se ha indicado el acreedor (en este caso, demandado) deberá tener su domicilio en un Estado miembro. Al margen de supuestos (improbables) de sumisión, junto al criterio general del domicilio del demandado (art. 4), operará el criterio de la competencia especial del art. 7.2º) del Reglamento. Existiendo supuestos de plurilocalización entre el lugar del hecho (Estado donde se solicitó y dictó la OERC) y el lugar del daño (Estado de la ejecución), resultarán competentes alternativamente los tribunales de los Estados de origen o de ejecución de la retención. Particularmente conveniente puede resultar el criterio de competencia del Estado de origen: permite al deudor acumular ante los tribunales de ese Estado tanto la impugnación de la OERC (sobre la base del art. 33) y, además, la decisión podría ejecutarse directamente sobre la caución que al acreedor haya depositado en dicho Estado sobre la base del art. 12 del Reglamento.

41. El sistema de Derecho aplicable a la responsabilidad del acreedor se asienta sobre dos criterios: por una parte, una regulación autónoma de supuestos y tipos de responsabilidad; por otra parte, la determinación de la ley estatal aplicable que actúa de manera complementaria y subsidiaria a la regulación propia del Reglamento.

De los supuestos de responsabilidad regulados de manera autónoma, llama la atención que, frente al modelo establecido en algunos Derechos nacionales, no se establece en el Reglamento un régimen general de responsabilidad del acreedor por revocación de la OERC, lo que hubiera sido particularmente interesante si dicha revocación se produce por no cumplimiento de los requisitos y condiciones de concesión regulados en el mismo [art. 33.1º.a)]. Esto, por sí mismo, ya limita la finalidad disuasoria de la responsabilidad del acreedor frente a solicitudes de OERC abusivas o infundadas, cuya revocación en sí misma no compensa el daño (injustamente) sufrido por el deudor. Sin embargo, paradójicamente, son estos últimos los supuestos de responsabilidad del acreedor, y no los establecidos *ad hoc* en el art. 13, los que subyacen en el régimen de la caución exigible al acreedor.

Los supuestos tipificados de responsabilidad en el Reglamento, en los que además se presume la culpa del acreedor, aparecen vinculados a obligaciones claras que el Reglamento atribuye al acreedor y que pueden derivar o bien de la revocación de la OERC por no presentar la demanda sobre el fondo (a menos que hubiera mediado pago o acuerdo con el deudor) o por defectos de notificación o traducción cuando tales circunstancias dependan (conforme al Derecho del Estado de origen) del acreedor. No obstante, el supuesto de hecho generador de res-

ponsabilidad no es estrictamente un incumplimiento de dichas obligaciones (*v.gr.*, el plazo de notificación) sino la revocación de la OERC o que la ejecución haya quedado sin efecto, lo que incluye el plazo adicional de la subsanación que otorgan los arts. 33 y 34 del Reglamento. Por tanto, por esta vía se flexibilizan la obligación de notificación del acreedor y se limita la responsabilidad del mismo en el incumplimiento inicial del plazo fijado en el art. 28. Junto a ello, la tipificación autónoma de supuestos de responsabilidad refuerza las obligaciones del acreedor derivadas supuestos de ejecución múltiple de medidas de retención, tanto para comunicar *ex ante* las solicitudes paralelas (art. 16) como *ex post*, para solicitar la liberación de las cantidades retenidas en exceso (art. 27).

42. Junto a estos supuestos establecidos de manera autónoma, el art. 13 del Reglamento establece una norma de conflicto específica para determinar la ley aplicable a la responsabilidad del acreedor que, además, desplaza al RR II<sup>74</sup>, y que parte de la aplicación de la ley del Estado miembro de ejecución; en caso de ejecución en diversos Estados, se aplicará la ley del Estado de ejecución que coincida con la residencia habitual del deudor; en su defecto, la ley del Estado ejecución que tenga la conexión más estrecha. El ap. 19 de la Exposición de motivos indica, a estos efectos, la ley más vinculada podrá determinarse en función de la cuantía retenida. No obstante, dependiendo el motivo de responsabilidad, también podría operar como conexión más estrecha la del Estado de la ejecución donde debiera haberse solicitado la liberación de cantidades retenidas en exceso (*v.gr.*, por ejecución previa de una medida nacional).

Aunque formalmente la aplicación de la ley del Estado de la ejecución desplaza al RR II, en la práctica sería poco probable una solución divergente con el resultado al que llevaría la aplicación de este<sup>75</sup>. En este sentido, frente a la alternativa propuesta de algún sector de aplicar la ley del Estado de origen de la OERC<sup>76</sup>, parece justificada la aplicación de la ley Estado ejecución como idónea, porque está en sintonía con el régimen general de responsabilidad extracontractual del RR II y es, además, acorde con la visión “procesalista” del Reglamento OERC<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Cf. la cláusula de compatibilidad del art. 48.f).

<sup>75</sup> Una solución divergente de Derecho aplicable conforme al RR II (art. 4.2º) podría darse en el caso de residencia habitual común del acreedor y deudor en un Estado diferente al Estado de la ejecución, aunque esta circunstancia será poco probable a la vista del ámbito espacial del Reglamento (UE) 655/2014; además, generalmente, la residencia habitual del deudor coincidirá con el lugar de la cuenta.

<sup>76</sup> Vid. D. Solomon, “Haftung, Sicherheitsleistung und Unertakings im Internationalen Vollstreckungsrecht”, en B. Hess (coord.), *Die Anerkennung...*, *op. cit.*, pp. 190 ss, p. 212.

<sup>77</sup> No obstante, debe considerarse que, en algunos supuestos, aunque el régimen de responsabilidad del acreedor quede sujeto al Derecho del Estado de la ejecución, el hecho generador de la responsabilidad

La ley del Estado miembro de la ejecución funciona, por una parte, como norma complementaria a los supuestos tipificados en el Reglamento para regir aquellos aspectos no regulados por este, tales como la cuantificación del daño, la transmisibilidad de la legitimación pasiva. Pero dicha ley también funciona, por otra parte, para determinar de manera subsidiaria otros supuestos y tipos de responsabilidad no contemplados directamente en el art. 13. Así, podría tener cabida un sistema general de responsabilidad vinculada a los daños producidos por cualquier OERC que posteriormente haya sido revocada<sup>78</sup>, siempre que no resulten inconciliables con los supuestos regulados por el Reglamento<sup>79</sup>. Del Derecho nacional de la ejecución también depende el establecimiento de tipos de responsabilidad (responsabilidad por culpa, responsabilidad por riesgo, responsabilidad objetiva), dependiendo de las soluciones establecidas en el Derecho de los Estados miembros<sup>80</sup>.

43. En todo caso, el art. 13 solo rige el régimen de responsabilidad del acreedor frente al deudor, pero no frente a terceros que pudieran verse perjudicados por la retención. El caso más claro: el cotitular de una cuenta conjunta que se haya visto afectada por la retención. Dejando al margen una eventual retención ilegal de una cuenta de este tipo (que se hubiera saltado la prohibición establecida en el Derecho del Estado de la ejecución), aun en los supuestos de retención legal (en los márgenes permitidos en el Derecho del Estado de la ejecución, el cotitular de la cuenta debería tener las mismas posibilidades de resarcimiento por daño que el deudor en la medida en que se le ha causado perjuicio antijurídico<sup>81</sup>.

### 3. Responsabilidad del banco

44. La demanda de responsabilidad del banco podrá interponerse ante los tribunales competentes conforme a los criterios del RB I bis. Si es un contrato de

---

puede partir de la ley del Estado de origen: así ocurre, *v.gr.*, en relación con las obligaciones que corresponden al acreedor en relación con la notificación al deudor [art. 13.1º.d) en relación con el art. 28].

<sup>78</sup> En este sentido, *vid.* el art. 742 LEC, los arts. 708–717 de la ZPO alemana o el art. 96.2 del *Codice procedura civile* italiano. En la medida en que los Derechos nacionales establezcan una responsabilidad basada en la revocación de la medida, podrían incluirse aquí cualquier motivo de revocación de la misma, más allá de los supuestos tipificados en el art. 13 del Reglamento.

<sup>79</sup> Cabría entender como inconciliable con el Reglamento el establecimiento de la responsabilidad del acreedor en el caso de revocación de la OERC por no haber presentado sobre el fondo, aunque esto se hubiera debido al pago por el deudor, en contra la regulación del art. 13.2º.a) del Reglamento.

<sup>80</sup> Así, *v.gr.*, los §§ 708–717 de la ZPO, recogerían un sistema de responsabilidad por riesgo; el art. 96.2º del *Codice procedura civile*, se basaría en la responsabilidad por culpa (B. Hess y K. Raffelsieper, *loc. cit.*, p. 51).

<sup>81</sup> Tener en cuenta a estos efectos que el cónyuge podría disponer de los mismas posibilidades impugnación y recursos que el ejecutado frente al embargo de medios gananciales (*vid.* art. 541.4º LEC).

consumidores, podrá el deudor interponer la demanda en su domicilio o en el de la sucursal de la entidad; si no es contrato de consumidores, estaremos al criterio del domicilio de la entidad (si cumple alguna de las condiciones del art. 63) o el lugar de la cuenta y ejecución [conforme al art. 7.1º.b)].

45. La responsabilidad del banco se regirá por el Derecho del Estado miembro de ejecución (art. 26)<sup>82</sup>. En todo caso, al igual que se indicaba en relación con la responsabilidad del acreedor, parece poco probable una solución de Derecho aplicable divergente al resultado al que nos llevaría al RR II, quizá con la excepción de valorar la accesoriedad derivada de una eventual diferente ley rectora del contrato bancario (entre deudor y banco) (art. 4.3º RR II). Aun así, parece subyacente en el Reglamento una fragmentación de responsabilidades en función de la fuente de las obligaciones de la entidad bancaria: si derivan del contrato, se someterían al régimen de responsabilidad contractual o extracontractual correspondiente al incumplimiento de dichas obligaciones; si las obligaciones derivan del Reglamento (en relación con el régimen de cumplimiento de la OERC), la responsabilidad se determinará “exclusivamente” conforme a la ley rectora del Estado miembro de la ejecución. Esto no obstaría, para que el resto de los aspectos sobre responsabilidad extracontractual (cuantificación del daño, la transmisibilidad del derecho a reclamar por daños...) quedaran sometidos al régimen conflictual del RR II.

46. Unos supuestos de responsabilidad son los que se derivarían del incumplimiento de los límites establecidos en el Derecho del Estado de ejecución en relación con las cuentas. Así, si el Derecho del Estado de la ejecución obliga al banco a limitar el cumplimiento de la OERC si hay cantidades exentas (art. 24.2º, que introduce expresamente la salvedad “a reserva de lo dispuesto en el art. 31”), un incumplimiento de esta obligación determinará la responsabilidad del banco.

También cabrá entender que el banco asume ciertas obligaciones en relación con las cuentas inembargables con arreglo al Derecho del Estado de la ejecución<sup>83</sup>. El banco asume la obligación de cumplimiento de la OERC conforme a las normas imperativas de la ley del Estado de la ejecución, debiendo tener, por tanto, la posibilidad de rechazar su ejecución en estos supuestos. Además, cabe entender que el banco está en mejor situación para conocer las reglas sobre

---

<sup>82</sup> A pesar de que, a diferencia de la responsabilidad del acreedor del art. 13, la cláusula de compatibilidad del art. 48.f) no menciona que el art. 26 desplace al RR II, lo cierto es que cabe entender, aplicando la cláusula de compatibilidad del RR II (art. 27), que en todo caso prevalece la regla conflictual específica introducida en el Reglamento OERC.

<sup>83</sup> Debe hacerse notar que las cuentas inembargables solo están previstas en el Reglamento como supuestos que podría invocar el deudor frente a la ejecución de la OERC [art. 34.1º.b.i)].

inembargabilidad del Estado de la ejecución; resulta inviable que un juez que dicte OERC que afecte a cuentas en varios Estados pueda conocer todas las legislaciones estatales sobre cuentas inembargables.

Asimismo cabrá considerar la responsabilidad que asume el banco de retener las cuentas hasta el importe fijado en la OERC (art. 24.5º en relación con art. 26), lo que si bien es sencillo cuando solo es una la cuenta afectada, puede resultar más complicado cuando son varias las cuentas afectadas, particularmente si se entiende que tal obligación puede alcanzar a cuentas localizadas en diferentes Estados miembros (*vid. supra* nº 27). En este último caso, habrá que considerar que, en todo caso, la responsabilidad del banco queda matizada por las vicisitudes que pueden producirse en la ejecución en la medida en que esta depende de diversas autoridades por cada uno de los Estados de ejecución.

Finalmente, resultaría exigible responsabilidad al banco por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en materia de notificación de la declaración de cumplimiento de la OERC conforme al art. 25. Dicha notificación debería haberse realizado de forma “oficiosa” si así lo había requerido el deudor (art. 25.4º), lo que habrá de entenderse, en su caso, como un pacto en el marco del contrato bancario que une al deudor con la entidad. Pero también habrá de realizarse de forma oficial, al tribunal de origen o autoridad de ejecución (según los casos), cuyo incumplimiento puede llegar a determinar la revocación de la OERC (art. 33.1º.b) o a que quede sin efecto su ejecución [art. 33.1º.b.iv)].

## V. Defensa de derechos de terceros

### 1. Competencia y ley aplicable

47. La OERC también puede perjudicar los derechos de terceros. Aquí son varias las situaciones posibles: cotitulares de cuentas conjuntas, titulares del dinero retenido en el caso de cuentas nominales u otros acreedores del deudor. A tales efectos, el art. 39 establece un sistema de competencia judicial y de ley aplicable.

48. Para la competencia judicial, establece el art. 39.3º la posibilidad de que los terceros impugnen la OERC o su ejecución ante los tribunales del Estado de origen o los tribunales del Estado de la ejecución. Tales criterios se establecen “sin perjuicio de otras normas de competencia establecidas en el Derecho de la Unión o el Derecho nacional”. En realidad, esta compatibilidad con otros criterios de competencia debe entenderse en relación con las demandas que puedan interponerse que no sean ni las de impugnación de la OERC ni la impugnación de su ejecución, para las que resultarían “exclusivamente” competentes los tribunales de origen o de ejecución, respectivamente. De este modo, para otro tipo de acciones,

como las relativas a la responsabilidad extracontractual o al ejercicio de las acciones reivindicatorias, seguirán siendo aplicables los criterios generales de competencia basados en el RB I bis.

49. Esta misma interpretación sirve en relación con la solución de Derecho aplicable. El art. 39 establece que el derecho a impugnar una OERC se registrará por el Derecho del Estado miembro de origen y el derecho a impugnar su ejecución se registrará por el Derecho del Estado de ejecución. Se está pensando en una correlación *forum-ius*, análoga en su funcionamiento al régimen previsto en los arts. 33 y 34, en relación con los recursos disponibles para el deudor. El ámbito de aplicación de esta ley se limitará a establecer la posibilidad de interponer esta acción por el tercero en el procedimiento concreto. Se limita a un tratamiento como cuestión procesal a través de los incidentes en el Derecho nacional, para impugnar una retención, como sería el caso de tercerías de dominio o tercerías de mejor derecho, lo que se ha visto como una limitación a la eficacia de la medida<sup>84</sup>. Será ese Derecho el que determine la posición en la que un tercero puede colocarse para impugnar la retención. Nada se deriva de esta remisión del art. 39.1º y 2º en relación con la ley aplicable al fondo, sobre la determinación del derecho de propiedad del dinero, circunstancia en la que podrán influir, entre otros aspectos, el régimen económico matrimonial a la hora de fijar el carácter ganancial o privativo, o el derecho rector del contrato entre el deudor y el tercero, a los efectos de determinar el derecho de crédito de éste.

## 2. Titulares de cuentas conjuntas y nominales

50. La incidencia de los derechos de terceros puede manifestarse particularmente en relación con la retención de cuentas conjuntas y nominales, cuya retención solo será posible si así lo permite el Derecho Estado de ejecución (art. 30)<sup>85</sup>. En estos casos, si la retención se ha ejecutado ilícitamente, el Derecho del Estado de la ejecución establecerá las posibilidades de impugnación de la ejecución de la OERC por parte del cotitular de la cuenta<sup>86</sup>. Si la retención se ha practicado

<sup>84</sup> D. Vilas Álvarez, *loc. cit.*, p. 16 Tales derechos pueden ser tercerías de dominio (si el tercero reclama la propiedad) o de mejor derecho (otro acreedor en otro proceso contra el mismo deudor). En el caso del Derecho español, el art. 729 LEC limita la posibilidad de plantear una tercería de mejor derecho para evitar posibles pactos fraudulentos entre el deudor y el segundo acreedor (*vid.* en R. Miquel Sala, *loc. cit.*, p. 233).

<sup>85</sup> Existen notables diferencias en este punto en el Derecho comparado de modo que, mientras que Alemania lo permite, el Reino Unido no, a menos que todos los titulares sean deudores. En el Derecho español la cuestión parece controvertida: la jurisprudencia española parece inclinarse por posibilidad de embargo, sin perjuicio de acción posterior de los titulares para demostrar titularidad dominical del dinero (*vid.* art. 541 LEC); otros piensan, por analogía con el art. 171.2º Ley 58/2003 Ley General Tributaria, que solo procedería el embargo de la parte alícuota de la cuenta (*vid.* R. Miquel Sala, *loc. cit.*, p. 232).

<sup>86</sup> Recordando que el art. 34 del Reglamento no contempla expresamente este supuesto.

lícitamente (porque así lo permitía la ley del Estado de la ejecución) la impugnación se realizará sobre la base de la reivindicación de la titularidad del dinero. En muchos casos, tratándose de cuentas conjuntas entre cónyuges, dicha titularidad estará condicionada por la ley aplicable al régimen económico matrimonial, expresamente excluido del ámbito material del Reglamento.

51. Un problema concreto podría presentarse en el caso de las cuentas nominales (*Treuhandkonto* o *compte de mandataire*)<sup>87</sup>: el deudor es titular de la cuenta pero los fondos pertenecen a un tercero; o al revés, un tercero aparece como titular pero los fondos son del deudor. En la medida en que la OERC deba hacerse constar la titularidad formal de la cuenta, resultará difícil que el banco justifique la no cumplimiento basándose en que el titular de la cuenta no se corresponde por el titular de los fondos; o viceversa, identificado un deudor como titular de los fondos, el banco podrá decir que no se corresponde con el titular formal de la cuenta. Las garantías del Reglamento van orientadas siempre a identificar una cuenta “a nombre del deudor”, ya que entrar en el debate de quién es titular del dinero lleva a una cuestión de fondo que no puede considerar ni el juez cuando dicta OERC ni el banco cuando la cumplimenta, a menos que en la cuenta caracterizada como nominal se identifique claramente quién es el titular del dinero. Al igual que en las cuentas conjuntas, la ley del Estado de la ejecución determinará el régimen de impugnaciones de la ejecución de la OERC alegando la titularidad del dinero retenido.

### 3. Concurrencia de acreedores

52. Uno de los elementos más controvertidos del Reglamento es precisamente considerar el impacto que la OERC puede tener sobre la economía y la protección de la viabilidad empresarial a largo plazo, en lo que incide directamente la posición que vaya a ocupar la OERC en casos de concurrencia de acreedores. Para ello es necesario conocer la posición de la OERC en el conjunto o en relación con otros acreedores, considerando los diversos modelos nacionales en presencia que parten o bien del criterio de la prioridad temporal o de la posición igualitaria entre todos. Y también es necesario determinar la incidencia de la OERC en relación con la protección general de los acreedores colectivos, en relación con procedimientos de insolvencia o similar<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> En Derecho alemán, sólo pueden embargarse por acreedores de quien aparece como titular de la cuenta (no de los fondos (R. Miquel Sala, *loc. cit.*, p. 232).

<sup>88</sup> En este sentido, otra de las preocupaciones manifestadas desde sectores británicos es de evitar que se priorice la OERC, como garantía de un acreedor individual, respecto a los acreedores colectivos ([https://www.r3.org.uk/media/documents/working\\_in\\_parliament/R3\\_consultation\\_response\\_EAPO\\_FINAL.pdf](https://www.r3.org.uk/media/documents/working_in_parliament/R3_consultation_response_EAPO_FINAL.pdf), p. 5).

En este contexto, el Reglamento parte de una idea de máximo respecto a los modelos nacionales y a los procedimientos colectivos de protección de acreedores. Esto explica que la OERC, conforme al art. 32, pasa a ocupar la misma posición que tenga una medida nacional equivalente en el Estado de ejecución y que trata de no incidir en los procedimientos de ejecución colectiva de acreedores.

53. Con vistas a una prelación de créditos, un acreedor individual podrá, de este modo, hacer valer su derecho y las medidas que tenga a su favor frente a la OERC, considerando la misma posición de esta a la medida nacional equivalente del Derecho del Estado de la ejecución. El mismo tratamiento habría de darse en el caso de que se tratara de varias solicitudes de OERC presentadas por diferentes acreedores en relación con el mismo deudor y la misma cuenta, situación posible dado que la prohibición de solicitudes paralelas del art. 16 solo afecta a las que sean instadas por el mismo acreedor y crédito. La prelación será, por tanto, la marcada por el Derecho nacional (división igualitaria, prioridad temporal) y las consecuencias que procedan para garantizar las cantidades exentas de retención. La fecha de la eficacia misma de la OERC queda en el ámbito de los Derechos nacionales. Habrá de valorarse en todo caso la especial posición que podrían tener determinados acreedores (*v.gr.*, en relación a créditos de alimentos) que inmunitizan retenciones posteriores<sup>89</sup>.

54. En relación con los procedimientos de insolvencia, el ámbito material del Reglamento limita su aplicación respecto a los deudores que estén incursos en un procedimiento de insolvencia o procedimientos análogos. Se parte, de este modo, de la perspectiva amplia que permitiría incluir aquí procedimientos en situaciones de preinsolvencia y otros procedimientos híbridos previstos en los Derechos nacionales<sup>90</sup>.

Si el procedimiento de insolvencia se inicia después de la solicitud de la OERC, conforme al art. 46.2º, su incidencia sobre las ejecuciones individuales iniciadas dependerá del Derecho del Estado miembro en el que se haya iniciado el procedimiento de insolvencia<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> En este sentido, los Derechos nacionales pueden establecer fechas diferentes para determinar dicha eficacia: la fecha de su adopción, la de su notificación al banco, la de la declaración del banco o la de la notificación al deudor (*vid.* D. Vilas Álvarez, *loc. cit.*, p. 14).

<sup>90</sup> Esta misma perspectiva amplia es que la se incluye en la nueva Propuesta de Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, Documento COM (2012) 744 final, pp. 2 y 3.

<sup>91</sup> Tal remisión reitera la regla establecida en el art. 15 Reglamento (CE) nº 1346/2000 de insolvencia. Tener en cuenta en ese sentido la posible eficacia retroactiva que podría tener el procedimiento de insolvencia frente a créditos anteriores (*vid.* B. Hess, "Study...", *loc. cit.*, p. 73, nota 395, en relación con el Derecho alemán).

## VI. Conclusiones

55. El avance más significativo de la OERC consiste en establecer un régimen que permite la ejecución transfronteriza de una medida cautelar sin audiencia del demandado. Por su configuración espacial, también introduce una medida alternativa en los Derechos nacionales como garantía de ejecución de títulos nacionales, siempre que el acreedor tenga su domicilio en otro Estado miembro. Finalmente, se configura un sistema, aunque menos ambicioso que el inicialmente pretendido, para la cooperación en el sistema de averiguación de datos bancarios.

56. Las limitaciones más importantes derivan de la carga excesiva que tiene el deudor la vigilancia sobre el correcto funcionamiento del sistema. La sobreprotección del acreedor puede tener el efecto contrario al pretendido, pudiendo implicar un freno a las operaciones transfronterizas por los riesgos para el deudor y la incertidumbre que para otros acreedores podría suponer tal medida. En este contexto, se identifican las principales deficiencias del Reglamento:

– Los amplios márgenes de discrecionalidad de los tribunales nacionales para la concesión de la OERC.

– La falta de simetría entre la regulación de la caución (art. 12) con el régimen de responsabilidad del acreedor (art. 13), cuyas configuraciones no están adaptadas al carácter transfronterizo de la medida y a las contingencias derivadas de la responsabilidad conforme al Derecho del Estado de la ejecución.

– La excesiva flexibilidad temporal para la notificación *ex post* de la medida y la falta de previsión de control por los tribunales de origen.

– El inexplicable silencio sobre el control de oficio de los tribunales para la vigilancia de la duración de la OERC. En particular, el Reglamento debería estar prevista la revocación de oficio por desestimación de la resolución sobre el fondo, en los supuestos de incumplimiento de las normas sobre notificación y en caso de cantidades retenidas en exceso en el Estado de la ejecución.

– La falta de coordinación entre tribunales del Estado de origen y del Estado de la ejecución, imprescindible cuando el sistema se basa en la concesión de una medida *inaudita parte*.

## Bibliografía

- Allen & Overy: “The New European Account Preservation order – A Nightmare for Defendants and a Litigant’s Dream?”, <http://www.allenoverly.com>.
- Arenas García, R.: “La inclusión progresiva el arbitraje en el Reglamento 44/2001: de Van Uden a West Tankers y sus consecuencias”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, 2009, nº 2, pp. 401 ss.
- Cordón Moreno, F.J.: “La Orden Europea de Retención de Cuentas (Reglamento 655/2014) desde la perspectiva de un proceso seguido en España”, *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, julio 2014, <http://www.gomezacebo-pombo.com>, pp. 1–ss.
- Domej, T.: “Internationale Zwangsvollstreckung zwischen Territorialitätsprinzip, Gläubigerinteressen und Schuldnerschutz”, en B. Hess (Coord.) *Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht – Europäisches Vollstreckungsrecht*, Bielefeld, Gieseking, 2014, pp. 109 y ss.
- Domínguez Ruiz, L.: “La Orden Europea de retención de cuentas”, *Rev. Derecho civil*, vol. I, 2014, pp. 243 ss.
- Garcimartín Alférez, F.J.: *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw–Hill, 1996.
- Garcimartín Alférez, F.J.: *El título ejecutivo europeo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006.
- Hess, B.: “Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective measures”, 2004, [http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/enforcement\\_judicial\\_decisions\\_180204\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/enforcement_judicial_decisions_180204_en.pdf)
- Hess, B. y Raffelsieper, K.: “Die Europäische Kontenpfändungsverordnung: Eine überfällige Reform zur Effektivierung grenzüberschreitender Vollstreckung im Europäischen Justizraum”, *IPRax*, 2015, pp. 46 ss.
- Michinel Álvarez, M.: *Embargo internacional de créditos*, Vigo, Serv. Publicaciones Univ. Vigo, 1999.
- Miguel Asensio, P.A. de: “Algunos aspectos de Derecho internacional privado del régimen de las órdenes europeas de retención de cuentas bancarias”, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2014/06/algunos-aspectos-de-derecho.html>.
- Miquel Sala, R.: “La futura Orden Europea de Retención de Cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil”, *CDT*, vol. 4º, 2012, nº 2, pp. 217 ss.
- Nunner–Krautgasser, B.: “Der geplante Rechstackt zur europäischen Kontenpfändung”, en B. Hess (Coord.), *Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht – Europäisches Vollstreckungsrecht*, Bielefeld, Gieseking, 2014, pp. 125 y ss.
- Solomon, D.: “Haftung, Sicherheitsleistung und Unertakings im Internationalen Vollstreckungsrecht”, en B. Hess (Coord.), *Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht – Europäisches Vollstreckungsrecht*, Bielefeld, Gieseking, 2014, pp. 190 y ss.
- Vilas Álvarez, D.: “El Reglamento por el que se crea una Orden Europea de Retención de Cuentas y Mercantiles: claves de su elaboración”, *La Ley mercantil*, nº 6, septiembre 2014.