

PROTECCIÓN PROCESAL DEL CRÉDITO TRANSFRONTERIZO EN LA UNIÓN EUROPEA: PROPUESTA DE ORDEN DE EMBARGO DE ACTIVOS BANCARIOS

FERNANDO MARTÍN DIZ*

- I. INTRODUCCIÓN GENERAL.
- II. LA PROTECCIÓN PROCESAL DEL CRÉDITO TRANSFRONTERIZO EN LA UNIÓN EUROPEA.
- III. UN NUEVO INSTRUMENTO: LA ORDEN EUROPEA DE EMBARGO DE ACTIVOS BANCARIOS.
- IV. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y NATURALEZA JURÍDICA.
- V. PROCEDIMIENTO DE OBTENCIÓN DE UNA ORDEN EUROPEA DE EMBARGO:
 1. CIRCUNSTANCIAS Y REQUISITOS.
 2. SOLICITUD DE LA ORDEN DE EMBARGO.
 3. COMPETENCIA.
 4. POSICIÓN DEL DEUDOR.
 - A) *Antes de la emisión de la orden de embargo.*
 - B) *Después de la emisión de la orden de embargo.*
 5. IMPORTE Y EXTENSIÓN.
 6. EFECTOS.
 7. «CONVERSIÓN» EN EMBARGO EJECUTIVO.
- VI. RECAPITULACIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN GENERAL

El presente estudio se enmarca dentro de la perspectiva general de la política comunitaria en materia de derecho procesal civil, y en particular en la implementación de instrumentos de protección judicial del crédito.

* Profesor Titular de Derecho Procesal, Universidad de Salamanca.

Pretendemos dar a conocer un estudio científico, de carácter fundamentalmente procesal comunitario, sobre la conveniencia y adecuación de la instauración de una medida cautelar, como es el caso de la orden de embargo de saldos bancarios, que refuerce la tutela de las deudas transfronterizas y que engrose y enriquezca el acervo normativo comunitario ya disponible a través de mecanismos como el título ejecutivo europeo, el proceso monitorio europeo o el más reciente proceso europeo de escasa cuantía.

La cooperación judicial civil¹ que propugna la Unión Europea en la última década pretende garantizar la protección adecuada de los derechos e intereses de los ciudadanos europeos, dispensando una correcta y eficaz tutela judicial efectiva respecto a sus derechos y obligaciones en estrecha vinculación con el funcionamiento de un mercado único y el desenvolvimiento de las libertades de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales.

La consecución del espacio de libertad, seguridad y justicia², hacia el cual nos conducen todas las iniciativas comunitarias en materia de derecho procesal, ha de conjugarse, no lo olvidemos, con el respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros, tal y como proclama a día de hoy el art. 61.1 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (versión de Lisboa, 2007) y verse incluso complementada, en su aspecto más cercano a la realidad procesal civil, con una estructura de cooperación en red³ entre las diversas autoridades judiciales y centrales de cada Estado miembro.

El sistema comunitario en materia de cooperación judicial civil descansa inexcusablemente sobre un sostén: la confianza mutua entre los dis-

¹ Apunta acertadamente FERREIRO BAAMONDE que se «pretende conseguir no sólo la libre circulación de resoluciones judiciales, sino garantizar un alto nivel de tutela judicial y acceso a la justicia ... en lo referente a la cooperación judicial civil incide en la aproximación legislativa mediante la adopción de normas que garanticen un alto grado de protección a las personas con objeto de crear una confianza mutua y de reforzar el reconocimiento recíproco que sigue siendo el elemento clave de la cooperación judicial». Cfr., FERREIRO BAAMONDE, X., «La justicia civil en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia», en *Constitución Europea: aspectos históricos, administrativos y procesales*, coord., MARTÍN DIZ, F., Ed. Tórculo, Santiago de Compostela, 2006, pág. 162.

² Véase también los trabajos de DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Europa como espacio de libertad, seguridad y justicia. Las previsiones del Tratado Constitucional», *El derecho de la Unión Europea: 20 años después de la adhesión de España* (BOU FRANCH y otros, coords.), 2007, pp. 143-178, y VARELA AGRELO, J.A., «El espacio judicial europeo en materia civil y mercantil: foto comentada 2007», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num. 726, 2007, pp. 1 y ss.

³ Vid., DEL POZO PÉREZ, M., «Reflexiones sobre la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil e Iber-Red», *Diario La Ley*, núm. 6717, 2007, pp. 1 y ss.

tintos Estados, principio capital que se viene estableciendo ya desde el Tratado de Maastricht y que refrenda contemporáneamente el Tratado de Lisboa⁴ en el art. 69 D.

Si al panorama anteriormente descrito unimos otra serie de objetivos comunitarios como la aproximación progresiva de los sistemas judiciales de los Estados miembros, la potenciación de su conocimiento recíproco, la información pública sobre acceso a la justicia o la constante búsqueda y creación de mecanismos de cooperación judicial civil, es innegable el ahínco de la Unión Europea en superar el obstáculo que de facto supone para la consecución de un área económica única e integrada condicionantes como los anteriormente descritos. La Unión en todo caso ha de evitar que el componente transfronterizo de las relaciones comerciales sea un freno, por el posible temor a un litigio en un Estado diferente al de origen o residencia, para realizar operaciones civiles y mercantiles transnacionales⁵ e intracomunitarias.

Queda incluso por despejar una incógnita que podría resolver el jergológico que en cierto modo es el fenómeno de aproximación procesal civil en el marco comunitario. ¿Hay base suficiente para realizar una apuesta de mayor envergadura y trascendencia como podría ser la creación de un verdadero «derecho procesal civil comunitario», elaborado y promulgado por la Unión Europea? Como punto de partida contamos con un fallido antecedente, de producción doctrinal⁶, mediante el cual se plasmaba el

⁴ Apartado 1: «La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros».

⁵ Consúltese la Resolución del Parlamento europeo sobre las perspectivas para la aproximación del Derecho Procesal Civil en la Unión Europea, referencia COM(2002) 654 + COM(2002) 746 – C5-0201/2003 – 2003/2087(INI), *DOUE* de 22 de abril de 2004.

⁶ A cargo del Profesor STORME un grupo de expertos trabajó, desde 1987 a 1992 con el apoyo de la Comisión Europea, en la elaboración de un informe de situación que reflejase las dificultades de una eventual unificación y pusiese de manifiesto que las disparidades de los sistemas procesales civiles de los Estados empecen el buen funcionamiento del mercado único, así como igualmente sugerir soluciones para remediar estas disfunciones. A consecuencia de esta iniciativa cuajó un «Proyecto de Código Procesal civil europeo» presentado en 1993, pero que quedó abortado y sin continuidad por parte de las instituciones comunitarias. El conocido como «Proyecto Storme» fracasó en aquel momento, entre otras razones, por la carencia de competencias comunitarias respecto a las materias de proceso civil a nivel comunitario, situación que tras el Tratado de Amsterdam cambió radicalmente puesto que el desarrollo del «espacio de libertad, de seguridad y de justicia», que desde entonces se ha instaurado en la Unión, sí faculta a ésta para adoptar

intento de elaboración de un Código procesal civil comunitario. El riesgo de la iniciativa, en aquel momento, estribaba, y aún perdura, en la radical oposición de los Estados miembros a desprenderse de los elementos nucleares de sus arraigados procesos civiles internos.

El anhelo comunitario de aproximación normativa de los sistemas judiciales de sus Estados miembros, basado fundamentalmente en la armonización⁷ dirigida desde la Unión Europea a través de sus diversas iniciativas legislativas, quizá vire, llegado el momento en que las condiciones sean óptimas, hacia un modelo de unificación dentro del ámbito geográfico de la Unión. Es más, probablemente se haga imprescindible a medida que el mercado interior de la Unión demande más y mejores soluciones judiciales a los problemas que afecten, entre otros asuntos, a la protección del crédito transfronterizo.

Para lograr este nuevo hito de homogeneización procesal civil⁸ en la Unión Europea haría falta la concurrencia de una serie de circunstancias. La primera y principal, tiempo y paciencia. Un reto de esta envergadura conlleva el asentamiento de una cultura jurídica común de dimensión comunitaria. En segundo lugar, el eventual cuerpo de Derecho Procesal civil comunitario debería dirigirse en exclusiva a regular los asuntos con repercusión y naturaleza transfronteriza, manteniendo una clara y nítida separación respecto de los asuntos estrictamente nacionales que se regirían por las normas procesales internas de cada Estado miembro. En tercer y último lugar «todo proyecto de codificación procesal europeo que realmente quiera prosperar, deberá tener en cuenta el fenómeno de la historicidad del propio Derecho procesal, tratando de reconstruir las etapas de la dialéctica pasada, para que una vez haya sido comprendido el devenir de las instituciones procesales a lo largo del tiempo, estemos en condiciones de entender cuál será su futuro»⁹.

normas comunitarias en materia de proceso civil. Véase los trabajos de STORME, M., «Perorazione per un Diritto giudiziario europeo», *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XLI (II Serie), 1986, pp. 293 y ss., y la obra colectiva en la cual se recogen los resultados finales de su Informe *Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht, 1994 y FAZZALARI, E., «Per un processo comune europeo», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1994, pp. 666 y ss.

⁷ TARZIA, G., «Transnational Harmonization or Unification of Civil Procedure Rules», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 2001, pp. 869-884.

⁸ Vid., FREUDENTHAL, M., «The Future of European Civil Procedure», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 7.5, 2003, disponible en www.ejcl.org.

⁹ Cfr., ALISTE SANTOS, T. J., «Un Código Procesal Civil para Europa: el Derecho Romano como elemento para la construcción de un proceso europeo común», *Diario La Ley*, núm. 6966, 2008, pp. 1 y ss.

II. LA PROTECCIÓN PROCESAL DEL CRÉDITO TRANSFRONTERIZO EN LA UNIÓN EUROPEA

Uno de los principios capitales sobre los cuales se asienta la actual Unión Europea, ya desde sus más remotos orígenes, ha sido, y continua siendo, el de la libertad de circulación de capitales, mercancías, servicios y personas. Este sustento de la construcción europea, unido al fomento y crecimiento exponencial de las relaciones comerciales transfronterizas entre los ciudadanos residentes y las empresas ubicadas en los Estados que conforman el espacio común europeo, ha consolidado un sólido entramado de transacciones económicas en las cuales el cumplimiento de las obligaciones contractuales correspondientes ha de ser pieza relevante para su mantenimiento y desarrollo futuro.

Evidentemente uno de los elementos críticos de toda relación civil o mercantil entre particulares, en el amplio abanico de obligaciones recíprocas que implica, es atender el pago que corresponde al intercambio de servicios prestados o de bienes adquiridos. En el caso de las relaciones comerciales transnacionales, y únicamente en referencia a las producidas entre particulares o empresas domiciliadas en Estados miembros de la Unión Europea, un componente de riesgo se suma a las posibles reticencias de los contratantes: la dificultad añadida de reclamar el cobro de una deuda frente a un deudor cuya residencia, centro de operaciones, o bienes sobre los cuales ejecutar forzosamente la obligación, no se encuentra en nuestro mismo Estado.

El factor transfronterizo conlleva además otra serie de obstáculos que se suman a la dificultad anteriormente indicada. Entre otros, el desconocimiento del sistema judicial del Estado miembro en el cual han de llevarse a efecto las actuaciones judiciales y posibles diferencias sustanciales respecto del sistema propio, el problema idiomático, la asistencia letrada, los costes en desplazamientos, el coste temporal, etc.

El presente trabajo trata de valorar la conveniencia y adecuación, más si cabe de actualidad por la crisis económica que padecemos, de una original propuesta comunitaria cuyo objetivo directo es la protección del crédito en las relaciones civiles y mercantiles comunitarias. Nos referimos en particular a la «orden europea de embargo de activos bancarios»¹⁰ que

¹⁰ Libro Verde sobre una mayor eficacia en la ejecución de resoluciones judiciales en la Unión Europea: embargo de activos bancarios, presentado por la Comisión, de 24 de

vendría a completar el abanico de soluciones legales comunitarias en materia de protección del crédito transfronterizo que ya han sido introducidas como son el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, el proceso monitorio europeo y el proceso para el cobro de deudas de escasa cuantía, o con carácter más general el Reglamento 44/2201, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

La primera iniciativa comunitaria específica en la materia fue la creación, mediante Reglamento 805/2004 de 21 de abril de 2004, del denominado «título ejecutivo europeo para créditos no impugnados»¹¹. Este instrumento, sin necesidad de ningún tipo de reconocimiento judicial posterior, conlleva automáticamente que la resolución judicial de un Estado miembro respecto a un crédito no impugnado que sea certificada como título ejecutivo europeo (cumpliéndose a tal efecto los requisitos y procedimiento establecidos en el Reglamento de referencia, fundamentalmente en lo relativo a una serie de condiciones) sea ejecutada en aquel otro Estado miembro de la Unión donde sea precisa su aplicación y eficacia.

El sistema introducido por el Reglamento 805/2004 exige que se lleve a efecto un procedimiento judicial sobre la base de una serie de disposiciones de obligado cumplimiento en el Estado miembro donde se libre el «título ejecutivo europeo», o para ser más exactos el certificado del mismo. Se trata en definitiva de garantizar especialmente los derechos del deudor en cuanto se le notifique la incoación del procedimiento para la obtención del título ejecutivo europeo y con ello tome conocimiento de toda la información sobre el crédito reclamado (partes, importe, intereses, duración) y las consecuencias procesales del procedimiento (posible impugnación, consecuencias de la no oposición). De este modo, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro haya dictado una resolución sobre un crédito no impugnado en ausencia del deudor en el procedimiento, la supresión de los controles en el Estado miembro de ejecución debe estar inseparablemente vinculada y sujeta a la existencia de una garantía suficiente de que se observen los derechos de la defensa en el procedimiento de obtención del título ejecutivo europeo.

La decisión judicial por la cual un crédito no impugnado obtiene el certificado de título ejecutivo europeo le confiere automáticamente su re-

octubre de 2006, referencia COM(2006) 618 final. Es de interés también la información que aportan el Anexo explicativo al mismo, referencia SEC(2006) 1341, y en segundo término el documento JAI/A3/2002/02 titulado «Making More Efficient the Enforcement of Judicial Decisions within the European Union», elaborado bajo la dirección del Profesor B. Hess.

conocimiento a nivel comunitario y la posibilidad de demandar su ejecución forzosa en cualquier otro Estado de la Unión, siguiendo a tal efecto, ahora sí, los procedimientos de ejecución forzosa internos regulados en cada uno de los países, siempre a instancia del acreedor y salvo que los órganos judiciales competentes del Estado de ejecución no rechacen dicha ejecución por concurrencia de alguna de las causas de incompatibilidad, suspensión o limitación de la ejecución que el propio Reglamento establece.

En definitiva, nos encontramos con un mecanismo comunitario que permite la creación de un título de ejecución en igualdad de condiciones y eficacia que un título de ejecución interno (nacional), que el acreedor puede hacer valer en cualquier Estado de la Unión Europea.

En segundo lugar la Unión ha puesto a disposición de sus ciudadanos el denominado «proceso monitorio europeo», instaurado mediante Reglamento 1896/2006 de 12 de diciembre¹². Sus coordenadas se asientan en idénticos parámetros y finalidades, al menos de partida, que el caso anteriormente reseñado del título ejecutivo europeo. Ofrece un procedimiento de dimensión comunitaria para resolver la adecuada tutela del acreedor ante el crédito no atendido, pero en este caso, a diferencia del anterior, conformando una suerte de «proceso europeo»¹³ de naturaleza monitorio-do-

¹¹ *DOUE* de 30 de abril de 2004. Además ha de tenerse presente la modificación que ha operado en dicho Reglamento el posterior 1869/2005 (*DOUE* de 17 de noviembre de 2005). Consúltese las obras de GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *El título ejecutivo europeo*, Pamplona, 2006; GASTÓN INCHAUSTI, F., *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Pamplona, 2005; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., «El encaje del título ejecutivo europeo en el derecho procesal español», *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, coords., ANDROHER BIOSCA, S., y CAMPUZANO DÍAZ, B., Sevilla, 2006, pp. 193-217; IBARRA BORES, A., «Del título ejecutivo europeo al reconocimiento mutuo en el ámbito de la sanciones pecuniarias», *Hacia la supresión del exequátur*, *op. cit.*, pp. 279-290, y RAMOS ROMEU, F., *El título ejecutivo europeo*, Ed. Thomson Cívitas, Madrid, 2006.

¹² Publicado en el *DOUE* de 30 de diciembre de 2006. Pueden consultarse al respecto los trabajos de PORCELLI, G., «La nuova proposta di procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento», *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006, núm. 60-4, pp. 1259-1289; CORREA DELCASSO, J. P., «La proposition de règlement instituant une procédure européenne d'injonction de payer», *Revue internationale de Droit comparé*, núm. 1, 2005; y AGUILAR GREIDER, H., «El proceso monitorio europeo en un contexto de creciente comunitarización», *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, coords., ANDROHER BIOSCA, S., y CAMPUZANO DÍAZ, B., Sevilla, 2006, pp. 219-236.

¹³ Son muy interesantes las reflexiones presentadas por FERREIRO BAAMONDE, X., *op. cit.*, pp. 185 a 191, respecto a la creación de estos tipos de procesos europeos.

cumental¹⁴, simplificado, e independiente de los procesos monitorios nacionales de aquellos Estados miembros que los regulan internamente.

El proceso monitorio comunitario está concebido para conferir eficacia en asuntos transfronterizos y compensar la posible ineficiencia de los medios procesales nacionales en estos casos, evitando con ello el riesgo de una posible colisión con los procesos monitorios nacionales. Es por tanto un medio alternativo, no obligatorio y complementario al procedimiento interno de cada Estado miembro al que «no sustituye ni armoniza», pero especialmente adecuado, eso sí, en el caso de litigios para el cobro de deudas transfronterizas¹⁵.

Por tanto el genuino instrumento procesal que conferirá, de obtenerse, una protección transfronteriza del crédito al acreedor será la consecución a través del proceso monitorio europeo del «requerimiento europeo de pago». Para lograr el requerimiento europeo de pago, el demandante (acreedor) deberá aportar en su petición la información suficiente sobre la deuda y el deudor, y conferir con ello las indispensables posibilidades procesales de defensa al mismo. La tramitación transcurre básicamente sobre la información aportada por una serie de formularios estandarizados que dan lugar a un procedimiento judicial en el cual se examinarán *prima facie* los fundamentos de la petición y, entre otras cosas, se procederá a excluir peticiones manifiestamente infundadas o inadmisibles.

Obtenido, según el procedimiento establecido en el Reglamento comunitario, un «requerimiento europeo de pago» este permitirá su ejecución en cualquier otro Estado miembro como si se hubiera expedido en él, no en vano es una aplicación más del principio de reconocimiento automático

¹⁴ No en vano el art. 7.1 apartado e) del Reglamento determina que en la petición de requerimiento europeo de pago deberá indicarse «una descripción de los medios de prueba que acrediten la deuda». *Vid.*, CALAMANDREI, P., *El procedimiento monitorio*, Buenos Aires, 1953 (Trad. de SENTÍS MELENDO), pp. 19 y 20.

¹⁵ Hemos de entender por dimensión transfronteriza de un asunto, según el art. 3 del Reglamento 1896/2006, «aquellos en los que al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la petición». Según dispone el apartado segundo del mencionado art. 3: «El domicilio se determinará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil». Además, temporalmente se determinará el carácter transfronterizo del asunto, según estipula el apartado tercero del citado precepto comunitario, en el momento de «presentar la petición de requerimiento europeo de pago de conformidad con el presente Reglamento».

de resoluciones judiciales que la Unión Europea ha proclamado, rigiéndose a partir de ese momento, y en cuanto a su ejecución forzosa, por las normas procesales internas del Estado miembro en cuyo territorio se quiere obtener el cumplimiento de la obligación.

En último lugar, como instrumento comunitario destinado a la protección del crédito transfronterizo, se ha introducido el denominado «proceso europeo de escasa cuantía»¹⁶. La orientación jurídico procesal de este llamante proceso europeo se centra en aportar unas normas procedimentales comunes para la tramitación acelerada y simplificada de litigios transfronterizos relativos a demandas de cuantía inferior a 2000 euros, con una marcada orientación a las reclamaciones en materia de consumo o de índole mercantil.

Con mayor precisión se fija su ámbito de utilización en el art. 2 del Reglamento 861/2007 al establecer que «se aplicará a los asuntos transfronterizos en materia civil y mercantil, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, cuando el valor de una demanda, excluidos los intereses, gastos y costas, no rebase los 2000 euros en el momento en que el órgano jurisdiccional competente reciba el formulario de demanda», quedando excluidas expresamente las reclamaciones de cantidad que versen sobre: materia fiscal, aduanera y administrativa; los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad; así como los asuntos relativos al estado y capacidad jurídica de las personas físicas, los derechos de propiedad derivados de los regímenes matrimoniales, obligaciones de alimentos, testamentos y sucesiones, la quiebra, los procedimientos de liquidación de empresas o de otras personas jurídicas insolventes, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos, la seguridad social, el arbitraje, el derecho laboral, los arrendamientos de bienes inmuebles, excepto las acciones sobre derechos pecuniarios, o las violaciones del derecho a la intimidad y de otros derechos de la personalidad, incluida la difamación.

Pretende la Unión Europea que con este instrumento de protección del crédito se puedan paliar los obstáculos (en coste temporal y económico)

¹⁶ Reglamento 861/2007, de 11 de julio de 2007, *DOUE* de 31 de julio de 2007. Pueden consultarse los trabajos de LOREDO COLUNGA, M., ¿Hacia un derecho procesal europeo?. Reflexiones en torno al proyecto de procedimiento europeo de escasa cuantía. *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 1/2006, pp. 2-24, disponible electrónicamente en la web www.indret.com; y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «Aceleración de la justicia civil en la Unión Europea», en «Juicios rápidos civiles», *Estudios Jurídicos*, Ministerio de Justicia, 2004, pp. 5278-5298.

que implica la litigiosidad para pequeñas deudas «de comercio» de carácter transfronterizo. A cambio ofrece un procedimiento expeditivo que permite la obtención de una sentencia rápida y con el valor añadido de que, al procurarse bajo este Reglamento, goza de fuerza ejecutiva en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, todo ello en consonancia con los principios de simplicidad, rapidez, proporcionalidad y economía procesal que la reclamación para el cobro de deuda, de escasa entidad requiere.

Mantiene la nota de ser un también un proceso alternativo a las posibilidades nacionales de protección del crédito, nunca sustitutivo ni excluyente de las mismas. La estructura, en cuanto a la tramitación procedimental del denominado «proceso europeo de escasa cuantía», gira en torno a dos importantes ejes: uno es su cumplimentación estandarizada a través de formularios predeterminados —al estilo del proceso monitorio europeo—. En segundo lugar, su forma: escrita¹⁷, jurisdiccional y con pleno respeto a las garantías y derechos de defensa del deudor.

Subrayamos como característica peculiar de este novedoso proceso europeo en materia de protección del crédito el que dispone expresamente la no obligatoriedad de que las partes intervinientes estén representadas por abogado¹⁸ u otro profesional del Derecho (art. 10 del Reglamento), pero sí amparando que los Estados (art. 11) garanticen asistencia práctica a las partes para cumplimentar los formularios.

En definitiva, mediante el «proceso europeo de escasa cuantía» se pretende obtener una sentencia cuyo reconocimiento y ejecución sea automático, en cuanto a la tutela del crédito no atendido, en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración de ejecutabilidad y sin posibilidad de oponerse a su reconocimiento.

III. UN NUEVO INSTRUMENTO: LA ORDEN EUROPEA DE EMBARGO DE ACTIVOS BANCARIOS

La eficacia del cobro de una deuda depende en la mayoría de las ocasiones de la previa diligencia del acreedor en cuanto a la retención pre-

¹⁷ A menos que el órgano jurisdiccional considere necesario celebrar una vista oral o una de las partes así lo solicite (véase los arts. 5, 7 y 8 del Reglamento).

¹⁸ En este sentido recuérdese que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil dispone en el art. 31.2 la ausencia de necesidad de intervención del abogado en los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 900 euros (en el mismo sentido respecto a la representación por procurador, art. 23.2).

venta de bienes del patrimonio del deudor. Debe ser por tanto precavido para evitar que éste oculte posibles activos de su haber personal e impida con ello el objetivo del acreedor¹⁹.

Los instrumentos comunitarios en materia de protección del crédito transfronterizo que hasta ahora ha pergeñado la Unión Europea adolecen de este importante defecto: para que éstos sean eficaces ha de existir un patrimonio del deudor sobre el cual repercutir el cobro de la deuda. En este puzzle nos queda una pieza por encajar, y en su acoplamiento ya trabaja la Unión Europea. La figura proyectada es la denominada «orden europea de embargo de activos bancarios», en preparación mediante un Libro Verde²⁰.

Entendemos, al igual que la Unión Europea, que es imprescindible regular una medida cautelar, no ejecutiva, que inmovilice fondos del deudor sin transferencia de los mismos a la cuenta del acreedor, garantizando *a priori* la existencia de una cantidad económica sobre la cual repercutir la deuda no atendida. De llegar a buen puerto la iniciativa comunitaria solventará el vacío que ha quedado al descubierto tras las primeras experiencias con los instrumentos ya vigentes en materia de protección transfronteriza del crédito.

Hemos de ser conscientes de que existe de inicio una desventaja añadida. Actualmente, en el marco de la legislación comunitaria, no es posible obtener un embargo bancario con fuerza ejecutiva en el conjunto de la Unión Europea. Sirva la referencia ilustrativa del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mer-

¹⁹ Caracteriza magníficamente la dimensión de una medida cautelar ejercitándose una obligación de entrega de dinero o de especie computable a metálico (embargo preventivo) GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., en el trabajo «Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares», *El sistema de medidas cautelares (IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal)*, Navarra, 1974, pp. 19 a 23, definiéndola como «medida cautelar que la ley concede al acreedor cuando concurren unas circunstancias que ponen en peligro el cobro de su crédito dinerario».

²⁰ La Comisión Europea consulta a las partes interesadas sobre la necesidad de establecer un embargo europeo de activos bancarios, y por otro lado si tal instrumento debería limitarse a órdenes cautelares que impidan la retirada y la transferencia de cantidades a otras cuentas bancarias. Además la Comisión plantea cuestiones sobre el procedimiento de obtención de un orden de embargo y sobre los importes, límites y efectos de tal orden, *cfr.*, pág. 2 del Libro Verde. Véase el trabajo de ANDREWS, N., «Towards a European Protective Order in civil matters», *Procedural Laws in Europe towards harmonisation* (Ed., STORME, M), Antwerpen/Apeldoorn, 2003, pp. 267 y ss.

cantil, el cual no contempla expresamente, y ni siquiera garantiza que se reconozca y ejecute, una medida cautelar de dimensión comunitaria como es el caso planteado en la actualidad mediante el Libro Verde de 2006 a través del embargo bancario, por tanto una medida cautelar obtenida en un Estado miembro distinto del aquél en que se ha de llevar a efecto. Se plantea entonces la duda de si sería posible obtener el mismo resultado, o un resultado de efectos similares, mediante la adaptación de los artículos 31 y 47 del Reglamento Bruselas I extendiendo su aplicación a este nuevo supuesto y mantener el sistema establecido²¹. A nuestro juicio el nuevo instrumento que comprende la orden europea de embargo de activos bancarios es necesario y conveniente como verdadera e independiente medida cautelar con aplicación directa, efecto propio y dimensión comunitaria, cumpliendo con el objetivo pretendido como es la protección procesal del crédito transfronterizo.

La medida cautelar de embargo de activos bancarios corta de raíz las maniobras de los deudores para excluir y ocultar de su haber sumas de dinero hacia otros «escondites» patrimoniales de cuya existencia quede ajeno el acreedor.

En ningún caso debe perderse de vista otro factor clave: los derechos del deudor. Este instrumento no podrá obtenerse vulnerando los inherentes y fundamentales derechos de defensa del deudor, al menos en un estándar mínimo que debe comprender la notificación efectiva, que no formalista, del inicio de actuaciones para la obtención de la orden europea de embargo (y con ello garantizar el conocimiento del asunto) y la posibilidad de contradicción antes de la adopción de la medida, evitando la artikulación de la orden de embargo *inaudita parte debitoris*.

Para situar totalmente al lector en el contexto en el cual se está promoviendo esta iniciativa comunitaria es de obligado cumplimiento dar respuesta a dos cuestiones preliminares que sugerimos en los párrafos contiguos.

²¹ Véase Sentencia de 21 de mayo de 1980, *Denilauer vs. Couchet Frères*, C-125/79, Rec. p. 1553. En concreto respecto de las condiciones de verificación de los dos presupuestos de toda medida cautelar como son: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, u otros elementos relevantes en el desenvolvimiento de la medida cautelar como: la caducidad, su reconocimiento automático, los medios y las garantías de defensa y los importes o exenciones de los embargos. En esta línea entiende el Consejo Económico y Social Europeo (en adelante CESE) en su Dictamen sobre el Libro Verde (*DOUE* de 15 de enero de 2008) que bastaría con la reforma de los artículos 31 y 47 del Reglamento Bruselas I, ampliando su alcance al caso estudiado, y con ello cumplir con los objetivos de la propuesta de la Comisión. Vid., GASCÓN INCHAUSTI, F., *Medidas cautelares de proceso civil extranjero (artículo 24 del Convenio de Bruselas)*, Ed. Comares, Granada, 1998.

¿Cuál es el objetivo pretendido? Sencillo en su planteamiento, más complejo en su realización efectiva: el establecimiento de una medida cautelar que permita al acreedor poder solicitar y obtener, si procede, el embargo preventivo²² de las cantidades debidas e impagadas antes de que el deudor las transfiriera. La «orden europea de embargo de activos bancarios» implica un cambio de escenario. De fructificar el proyecto abriría la puerta a una nueva dimensión transnacional, comunitaria, de la eficacia de las medidas cautelares, puesto que en este caso sus efectos se desplegarían automáticamente en otros Estados miembros, diferentes a aquel en que se ha adoptado, sin necesidad de un reconocimiento expreso ni su conversión, traslación, o adaptación a una medida cautelar nacional de parecidas características y efectos.

¿Cómo va a implementar la Comisión esta «orden europea de embargo de activos bancarios» de forma autónoma y adicional a las medidas cautelares que se le asemejan en los ordenamientos procesales nacionales?. Espinosa y conflictiva es la posición que se adopte al respecto puesto que de salir adelante la propuesta habría de convivir, y no reemplazarse, en ámbitos adyacentes a la legislación interna en materia de medidas cautelares. La respuesta nos la ofrece la propia Comisión planteando una alternativa por la cual ha de decantarse finalmente. Una primera opción pasa por establecer un procedimiento europeo específico (en la línea seguida con la implantación del título ejecutivo europeo, el proceso monitorio europeo, o más recientemente el proceso europeo de escasa cuantía) regulado mediante reglamento. Como segunda posibilidad se baraja la opción de armonizar, mediante directiva, las legislaciones nacionales de los Estados miembros en lo concerniente al embargo de activos bancarios, en cuyo caso la Comisión considera que es necesario adoptar disposiciones complementarias que garanticen el reconocimiento y la ejecución en toda la Unión Europea (entendamos de forma más precisa, en sus Estados miembros) de una orden de embargo emitida en cualquiera de los Estados miembros.

Personalmente me decanto por la primera de las opciones anteriormente expuestas. Entiendo que encaja mucho mejor la opción de regular la figura mediante un procedimiento europeo específico a través de un regla-

²² Se apuesta incluso por introducir junto a la «orden europea de embargo de activos bancarios» la posible creación de un verdadero «título europeo de medidas cautelares», tal y como ha expuesto el Gobierno de España en el documento en el cual procede a contestar a las preguntas que formula la propuesta de Libro Verde. Documento que puede obtenerse y consultarse en www.ec.europa.eu/justice_home.

mento²³ comunitario. Como argumento a favor de esta postura está su mayor coherencia con el planteamiento general de la Unión Europea en materia de cooperación judicial civil, y en particular en materia de protección transfronteriza del crédito, por cuanto la mayoría de los instrumentos que ha creado se han introducido mediante normativa comunitaria vinculante para los Estados miembros en vez de la opción de la armonización mediante directiva.

Además, en consonancia con la razón esgrimida anteriormente, arbitrar un procedimiento específico europeo asegura un resultado cierto en cuanto a la eficacia de la actuación normativa comunitaria y conlleva, en principio, una idéntica y única aplicación de la «orden europea de embargo de activos bancarios» en todo el territorio de la Unión Europea, frente a la otra opción que puede derivar en divergencias y sustanciales diferencias en cuanto a la forma y contenido de la transposición por los distintos Estados miembros, mermando sensiblemente la efectividad pretendida y conduciendo, en el peor de los casos, a soluciones dispares con procedencia de un tronco común (la directiva comunitaria que regulase la «orden europea»).

En último lugar concurren otros motivos como la seguridad jurídica, único procedimiento para todos los Estados con lo cual se permite una certeza al Estado y al ciudadano en cuanto a la trascendencia de la orden y su aplicación, o una mayor facilidad en su aplicación por todos los ciudadanos y sectores implicados al conocer también de antemano su dimensión, procedimiento, consecuencias, obligaciones y responsabilidades (por ejemplo en el caso de los Bancos y entidades de ahorro). Finalmente podemos aludir a otra ventaja como es la rapidez en su implementación y puesta en funcionamiento. Mediante reglamento comunitario la puesta en marcha de un «procedimiento europeo de orden de embargo preventivo de activos bancarios» sería mucho más sencilla, uniforme y exacta desde el punto de vista temporal de su entrada en vigor y aplicación.

²³ Postura que sostiene el CESE, p. 7 de su Dictamen, indicando textualmente que teniendo en cuenta «los objetivos que se pretenden alcanzar y a fin de garantizar la igualdad de trato en los distintos Estados miembros, y a semejanza además de lo que ocurre con otros instrumentos de este tipo en el ámbito del espacio judicial europeo, el CESE considera que el instrumento deberá adoptar la forma de reglamento».

IV. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y NATURALEZA JURÍDICA

Consideramos conveniente que, con carácter previo al análisis del contenido de la propuesta que supone el Libro Verde sobre embargo de activos bancarios, aparezca perfectamente delimitado tanto el aspecto conceptual como el de la naturaleza jurídica en cuanto a circunscribir qué ha de entenderse por «embargo», arrojando luz a ciertas sombras y a posibles incertidumbres técnico jurídicas.

Conceptualmente el término «embargo», a secas, traducción al español de la versión comunitaria original del Libro Verde en inglés, *attachment*²⁴, es insuficiente puesto que debería completarse en su referencia al sistema español con el término «preventivo». Como señalaremos de inmediato, nos encontramos ante una auténtica medida cautelar, no ejecutiva. Con ello se establece la diferencia nítida, existente en el marco procesal español, entre el embargo como actuación propia del proceso de ejecución forzosa, en su vía de apremio, y la figura del «embargo preventivo» que hermana con lo que internamente en nuestro sistema procesal civil dispone el art. 727.1^a LEC como medida cautelar específica para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero.

En idéntico sentido ha de matizarse el término empleado por el Libro Verde en cuanto a su naturaleza jurídica, tomando como primer elemento

²⁴ El Libro Verde advierte expresamente en nota a pie (p. 3) que «el término embargo se refiere al procedimiento de embargo o retención de bienes muebles del deudor que se encuentran en manos de un tercero; este procedimiento también evita que el tercero renuncie a la posesión de los bienes», delimitando de forma poco clara, y bastante mejorable, su referencia al embargo preventivo, y por tanto a una medida cautelar.

Apercibe el Dictamen del CESE de los posibles equívocos que el término puede generar en otros sistemas judiciales de Estados miembros de la Unión. Consúltese para ello la página 5, nota núm. 10, que dispone textualmente: «En efecto, el término «*attachment*», incluso en su sentido técnico-jurídico, es ambiguo y puede designar el concepto que en portugués se denomina *penhora* o arresto. Incluso en inglés, dada la naturaleza jurídica de la medida prevista, hubiera sido mejor utilizar el término *arrestment* o *freezing order*, para distinguirlo bien de la figura del *garnishment*. Por otro lado, sólo la versión italiana *sequestro conservativo* traduce correctamente el carácter preventivo y conservador de la medida; el término *saisie* francés, y su explicación adicional *délivrée* par un tribunal *siégeant en référé*, cumple el objetivo; el término español embargo es insuficiente para describir la finalidad de la medida. De cualquier modo, la traducción portuguesa *penhora* es errónea y debe ser sustituida por arresto».

determinante el precitado carácter indiscutiblemente cautelar²⁵. El régimen jurídico establecido para la propuesta de «orden europea de embargo de activos bancarios» incuestionablemente asienta su operatividad sobre los dos requisitos típicos de la adopción de una medida cautelar, esto es: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Además deja claramente marcadas, en su concepción y diseño, algunas de las características propias de las medidas cautelares, de forma muy acusada en este caso en cuanto a la temporalidad de la medida y su instrumentalidad, así como su finalidad, «congelar o bloquear» cantidades dinerarias existentes en cuentas bancarias a nombre del deudor hasta la ejecución forzosa de la sentencia condenatoria al pago de créditos pecuniarios de carácter civil y comercial (nunca en el caso de los derivados de procesos penales en los cuales se haya establecido una responsabilidad civil *ex delicto*).

Otra precisión tanto terminológica como material. La extensión de esta eventual «orden europea de embargo» (preventivo) únicamente está prevista para la retención de activos bancarios dinerarios. La propia Comisión somete a consideración la posibilidad de ampliarla a otro tipo de activos y bienes diferentes de los saldos bancarios a nombre del deudor. Hay opiniones encontradas entre todos aquellos que se han pronunciado (instituciones, Estados, expertos). Nosotros únicamente queremos contribuir con una opinión franca: el embargo preventivo de otra serie de bienes diferentes al saldo dinerario depositado en cuentas bancarias topa con mayores dificultades y obstáculos, alguno quizá insalvable, que el caso planteado. Nos parece una iniciativa muy oportuna, adecuada y, lo que es más interesante, que puede llegar a ser realizable²⁶ en los términos actualmente planteados.

²⁵ Vid., SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Teoría general de las medidas cautelares», *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974; RAMOS MÉNDEZ, F., «Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil», *Revista Justicia*, 1985, pp. 75 a 90; ORTELLS RAMOS, M., *La tutela cautelar en el Derecho español*, Granada, 1996; y PÉREZ DAUDÍ, V., «Las medidas cautelares», *Instituciones del nuevo proceso civil*, coord. ALONSO-CUEVILLA SAYROL, J., Vol. III, Barcelona, 2000, pp. 537 a 685.

²⁶ Suscribimos en este sentido la opinión que ha evacuado el CESE al pronunciarse indicando que «...una disposición cautelar como la anunciada podría tener por objeto otros bienes del deudor susceptibles de embargo, incluidos los títulos de crédito, las acciones, las obligaciones y otros derechos y créditos sobre terceros, y no solo el dinero depositado en determinadas cuentas bancarias u otras instituciones financieras, puesto que se considera que no sería demasiado complicado ampliar su ámbito de aplicación por lo menos a los bienes muebles no inscritos y a los derechos de crédito del deudor (incluidas acciones, obligaciones, rentas, créditos sobre terceros, etc.), es decir, a los bienes muebles directa-

Finalmente, y en cuanto a su dimensión y eficacia territorial, la orden europea se concibe como instrumento de protección del crédito transfronterizo, por tanto aplicable a los casos en que la situación de partida de la obligación de pago y los efectos de la medida cautelar comunitaria solicitada se extiendan y generen en dos o más de un Estados miembros de la Unión. En caso de que la relación obligacional y la eficacia de la medida se localicen exclusivamente en territorio de un Estado miembro no tendría razón de ser la aplicación de la orden europea de embargo ya que por definición se seguiría, en ese caso, la *lex fori*.

V. PROCEDIMIENTO DE OBTENCIÓN DE UNA ORDEN EUROPEA DE EMBARGO

1. CIRCUNSTANCIAS Y REQUISITOS

Los trazos someros que avanza el Libro Verde sobre la orden europea de embargo respecto del procedimiento para su solicitud, examen, concesión y efectos sirven para articular una serie de reflexiones que pasamos a exponer. No obstante hacemos la advertencia expresa de que la mayoría de estas cuestiones deberán ser mucho más desarrolladas y explícitas cara a la presentación de un verdadero proyecto normativo.

El primer elemento que destaca la propuesta comunitaria es la elección de un procedimiento, en cuanto a su forma, rápido y urgente, y en el cual la única finalidad pretendida sea la emisión, cuando proceda, de una orden europea de embargo de activos bancarios frente a un deudor con motivo de la inmediata presentación de una demanda reclamando un crédito impagado, o bien la tramitación ya iniciada de un proceso declarativo con dicha pretensión, o bien la ejecución forzosa de una resolución judicial firme condenatoria al pago de una cantidad económica, como medida cautelar que garantice al acreedor demandante la protección, y expectativas, en el cobro de la deuda impagada. Se erige en este sentido como argumento fundamental la acreditación por parte del acreedor de que si no se adopta la orden podría dificultarse gravemente la efectividad de la obligación inatendida.

mente vinculados a una cuenta bancaria... Por consiguiente, la Comisión deberá sopesar adecuadamente y justificar la utilidad y el coste de una medida de estas características, limitada exclusivamente a un embargo preventivo del dinero depositado en las cuentas bancarias del deudor». *Cfr.*, Dictamen, *cit.*, p. 5.

En segundo lugar la medida se acordará siempre a instancia del acreedor y con carácter subsidiario²⁷.

La petición se efectuará por escrito, utilizando al efecto los formularios correspondientes, quedando pendiente y por dilucidar el contenido mínimo que deberá abarcar la solicitud de parte. A nuestro juicio la única carga que deberá soportar el acreedor en este punto es la de identificar clara y suficientemente al deudor (por tanto la persona frente a cuyos bienes recaerá la medida cautelar) y junto a ello aportar todos los datos de que disponga de la forma más completa y correcta posible, con una especial incidencia en cuanto al domicilio del deudor. Lógicamente damos por descontado la necesidad de que también consten en la solicitud los datos identificativos del propio acreedor y solicitante de la orden de embargo.

Por el propio cariz de la medida cautelar sería interesante, pero no requisito imprescindible, que se pueda indicar información²⁸ sobre la cuenta bancaria (o cuentas bancarias) respecto de la cual ordenar, en su caso, el embargo preventivo por el tribunal.

El acreedor deberá ser lo suficientemente diligente para poder ofrecer los datos que, tanto por parte del tribunal como de las entidades bancarias correspondientes, permitan «identificar a su cliente y reducir al mínimo la posibilidad de retenciones erróneas debidas a la confusión de identidades». Para ello propone el Libro Verde que se considere «la posibilidad de que, además del nombre exacto del deudor, sea suficiente proporcionar los datos detallados de la sucursal bancaria en que se encuentra la cuenta o las cuentas²⁹».

En conclusión, en ningún caso entendemos que deba ser exigencia ab-

²⁷ Entendiendo el carácter subsidiario en cuanto a que el acreedor haya tratado de cobrar previamente la deuda por alguna vía legal, ya sea judicial o extrajudicial, y le haya sido imposible. *Vid.*, Dictamen del CESE, *cit.*, p. 6.

²⁸ Como bien apunta el Libro Verde «el grado de detalle requerido sobre la cuenta es más difícil de determinar. La cuestión de si debe proporcionar el número o números exactos de las cuentas es especialmente controvertida. Teniendo en cuenta que en algunos Estados miembros los embargos bancarios se dictan sin disponer de esta información, y que su obtención suele constituir para el acreedor una tarea imposible, puede proponerse que el número exacto de la cuenta o cuentas no constituya un requisito indispensable».

²⁹ Atinada es la precisión del CESE al indicar en su Dictamen, p. 7, que «será perfectamente razonable que esta iniciativa vaya acompañada al mismo tiempo del establecimiento de obligaciones de información claras para el demandante y los bancos ante los que se presenta la solicitud, así como la imposición de deberes de cooperación y colaboración entre los bancos y los tribunales de los distintos Estados miembros, teniendo siempre en cuenta el respeto de la privacidad, la protección de datos y el secreto bancario...».

soluta e incuestionable que el acreedor determine exactamente la cuenta, o cuentas, sobre la cual debe recaer el embargo, puesto que en definitiva la medida se solicita, y esta es la clave, frente a una persona y no respecto de una cuenta.

En tercer lugar se configura un procedimiento estandarizado, estructurado sobre la utilización de formularios de solicitud disponibles en todas las lenguas comunitarias. Siendo plausible el interés comunitario en facilitar el manejo de estos instrumentos procesales transnacionales mediante formularios-modelo predeterminados, la constante y creciente estandarización en la tramitación de los procedimientos europeos no casa bien, a nuestro juicio, con la debida motivación que la adopción de una medida cautelar requiere. Muy especialmente indispensable se hace esta exigencia de motivación en la resolución judicial que la acuerde, o deniegue. El uso de formularios estandarizados pueden cercenar peligrosamente esta exigencia, y conducir a la orden europea de embargo de activos bancarios a ser un mero instrumento automatizado que no observe, ni siquiera, las mínimas garantías y exigencias legales en su conformación. Es obligatoria e insustituible la exposición por parte del tribunal de la valoración de la concurrencia de los requisitos en la adopción de la orden de embargo, y con ello dar a conocer los argumentos jurídico-legales que sustentan su validez. Quizá mediante un procedimiento estandarizado y constreñido excesivamente al empleo de resoluciones «prefabricadas» puedan vulnerarse los derechos procesales fundamentales de las partes afectadas por este tipo de resoluciones judiciales. En este sentido es muy recomendable que se contemple en dichos formularios, de forma expresa e inexorable, la necesaria motivación de la decisión adoptada, incluyendo un apartado específico para tal fin.

Toda medida cautelar debe estar fundamentada en la concurrencia de dos requisitos inevitables: el *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, y el *periculum in mora*, o peligro en la demora. La proyectada «orden europea de embargo de activos bancarios» se asienta sobre ambos presupuestos. La apariencia de buen derecho respecto a la obligación de aportar por el acreedor un principio de prueba de la deuda cuya garantía provisional de cobro se pretende asegurar mediante la orden europea. De este modo la Comisión, en su exposición en el Libro Verde, considera que fundamenta el crédito que se tiene frente al deudor «un título ejecutivo, tal como una resolución judicial o un documento público con fuerza ejecutiva... Cuando no se haya emitido aún un título ejecutivo, el acreedor de-

berá presentar pruebas de la existencia de la deuda». En este sentido el acreedor asume la carga de demostrar al tribunal que su petición de cobro de la deuda está fundamentada en cuanto al fondo (está vencida y es exigible, además de que no ha sido atendida voluntariamente con anterioridad), y de levantar dicha carga puede optar a la expectativa procesal de obtener la medida pretendida. En aquellos casos que el acreedor pueda aportar un documento judicial o un documento con fuerza ejecutiva que albergue su pretensión de cobro, la facilidad para la obtención de la medida será mucho mayor que en aquellas otras situaciones que el principio de prueba que deba sustentar su petición sea indiciario, e incluso documental privado, de la existencia de la relación obligacional de pago de la deuda y por tanto favorable a su pretensión de cobro de la deuda.

El acreedor deberá demostrar también la existencia del segundo requisito como es la imprescindible adopción de la medida como vía para no hacer peligrar la efectividad futura del cumplimiento de la deuda (*periculum in mora*). De forma concurrente al anterior requisito, este segundo presupuesto también deberá ser acreditado por el demandante mediante aquellos elementos de prueba que justifiquen que el transcurso del tiempo dificulta o compromete la efectividad de su pretensión. Este aspecto es más delicado por cuanto, como anticipa el Libro Verde, «las diferencias entre los sistemas legales de los Estados miembros exigen considerar detenidamente la naturaleza exacta de esta condición, teniendo en cuenta la necesidad de mantener un equilibrio adecuado entre los intereses de los acreedores y de los deudores», y es por tanto uno de los ámbitos que con mayor precisión deberán delimitarse en los trabajos prelegislativos pendientes hasta que el instrumento normativo comunitario que estamos estudiando cristalice en propuesta definitiva.

Respecto de la exigencia de constitución de una fianza³⁰ por parte del acreedor, como mecanismo compensatorio de las posibles pérdidas y daños que pudiera irrogar la medida cautelar al deudor en caso de que fuese anulada o no se «convirtiese» en medida de ejecución forzosa, el Libro Verde la establece como obligatoria dejando únicamente pendiente de resolver en las posteriores actuaciones normativas si se opta por conceder libertad al órgano jurisdiccional en cuanto a la fijación de su cuantía o ésta vendría prefijada legalmente, además de si la obligación de presentar una garantía puede imponerse sin armonizar la responsabilidad del acree-

³⁰ En forma de depósito bancario, aval o cualquier otro tipo de garantía bancaria al uso.

dor por cualquier pérdida que pueda sufrir el deudor como consecuencia del uso indebido del embargo si en última instancia el acreedor no consigue fundar su demanda. Personalmente no comparto en toda su extensión el planteamiento comunitario. Entiendo que en los casos en que se haya aportado un principio de prueba documental de procedencia judicial (caso de una resolución judicial previa que establece y declara la existencia de la deuda y su exigibilidad, por ejemplo a nivel comunitario un título ejecutivo europeo o un requerimiento europeo de pago, o a nivel interno una sentencia condenatoria al pago de la deuda) o extrajudicial, pero con eficacia ejecutiva reconocida legalmente, no sería necesaria la exigencia de la caución puesto que el «uso indebido del embargo» es bastante improbable en cuanto a una posible anulación de la decisión judicial o el título ejecutivo, pudiendo, eso sí, ser más razonable su exigencia en otros supuestos en que la apariencia de buen derecho no esté tan acreditada como el caso anterior.

En último término, y participando de otra de las características esenciales de las medidas cautelares cual es su revocabilidad, las medidas cautelares podrán ser modificadas o rescindidas durante el curso del proceso por el órgano jurisdiccional, atendiendo a la variación de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por éste a la hora de su adopción.

2. SOLICITUD DE LA ORDEN DE EMBARGO

La primera cuestión procedimental se centra en ubicar el momento en que podría instarse la adopción de la orden de embargo. Cuatro son las opciones que desde el Libro Verde se apuntan:

A) Su adopción con carácter preprocesal. Se dispone expresamente la viabilidad legal de la solicitud de la orden de embargo antes de la apertura del procedimiento judicial, situación ésta que contempla nuestro artículo 730.2 LEC pero condicionada a que quien la solicite, alegue y acredite razones de urgencia o necesidad y que en caso de prosperar hace depender la continuidad de sus efectos y vigencia a que la demanda se presente ante el mismo tribunal que las acuerda dentro de los veinte días siguientes a su adopción³¹. En el caso de la «orden europea» si transcurrido el plazo esta-

³¹ Circunstancia ésta que también requiere el Libro Verde en caso de adopción del embargo antes de presentarse la demanda al indicar que «También se propone que si el embargo se dicta antes del comienzo del proceso principal, deje de surtir efecto si el acreedor no interpone la acción principal en un plazo determinado (por ejemplo, un mes)».

blecido para la presentación de la demanda no se lleva a efecto la medida cautelar quedaría revocada de oficio por parte del tribunal que la hubiese adoptado.

B) En el momento de formular la demanda. Alude textualmente el Libro Verde, con una cierta incorrección terminológica que debería remediarse, «simultáneamente a la introducción del recurso (*sic*) principal». Esta es la posibilidad más habitual en la práctica jurídica española, y viene amparada legalmente en lo dispuesto en el art. 730.1 LEC, el cual indica, de forma gráfica, que las medidas cautelares se solicitarán, de ordinario, con la demanda, que no recurso, principal.

C) De forma abierta apunta el Libro Verde la posibilidad de solicitar la adopción de la «orden europea de embargo de activos bancarios» en cualquier fase (procesal) posterior. Comprendiendo por tanto las actuaciones procesales posteriores a la de presentación de la demanda y su correspondiente admisión y hasta el fin del procedimiento principal mediante resolución judicial. Esta es otra posibilidad que nuestro ordenamiento procesal también contempla, art. 730.4 LEC, pero con un carácter más restrictivo que los casos anteriores puesto que condiciona su solicitud a que se «base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos», por tanto fundamentada en elementos que, bien antes de la presentación de la demanda o cuando la misma se interpuso, no existían o no conocía quien la solicitó.

D) Como última posibilidad se señala que podría pretenderse su adopción «durante el período comprendido entre la emisión de la orden en un Estado miembro y la aprobación de la declaración que le reconoce fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que el deudor tenga abierta la cuenta». Esta situación puede parecer, a primera vista, confusa respecto a la propia naturaleza jurídica que se le otorga a la «orden europea de embargo», que recordémoslo es la de una medida cautelar a tenor del escueto y equívoco enunciado del Libro Verde. El caso planteado aborda la situación en que disponiendo el acreedor de una resolución judicial previa, quizá un «título ejecutivo europeo» o bien un «requerimiento europeo de pago» o incluso una resolución judicial firme condenatoria al pago de una cantidad económica por parte de un deudor, ésta ha de surtir efecto en otro Estado miembro diferente a aquel en que se ha dictado. Para asegurar el cumplimiento, y durante el entretiem po en que se tramita y reconoce automáticamente la decisión según los instrumentos y normativa comunitaria al respecto, se recurre a la orden europea de embargo como forma

de aseguramiento de la ejecución ya iniciada, y por tanto como medida precautoria de retención de bienes (pecuniarios) para lograr un eficaz cumplimiento de la obligación de pago ya establecida judicialmente. De nuevo por tanto situación que en el marco procesal español encajaría en lo dispuesto por el precitado art. 727.1 LEC.

Al respecto la Comisión es partidaria de otorgar la máxima flexibilidad para el acreedor y no acotarle específicamente una, o alguna, de las posibilidades descritas, y que como contraprestación de rigor se «prestase especial atención a la protección adecuada de los intereses de los deudores, especialmente al considerar la aplicación de medidas provisionales previas al proceso principal».

3. COMPETENCIA

La adopción de una medida cautelar preventiva debe venir, como primera e ineludible exigencia, condicionada a la exclusividad jurisdiccional en su adopción. Se mantiene con esta imposición otra de las características esenciales de toda medida cautelar en los sistemas procesales contemporáneos.

Establecida como primera condición la judicialidad de la medida, en segundo término se aborda en el Libro Verde la atribución concreta de competencia³² al tribunal que deba dictar la orden. En este sentido se opta en primer lugar por asignar la competencia, siguiendo el modelo habitual, al tribunal que esté conociendo, o haya de conocer en caso de una solicitud preprocesal, del fondo del asunto a partir del momento en que se considere iniciado el procedimiento principal.

De forma alternativa propone acertadamente, que además del órgano jurisdiccional competente para conocer del procedimiento principal, la orden de embargo pueda ser adoptada por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del domicilio del demandado, si fuera diferente; o por los órganos jurisdiccionales de cualquier Estado miembro donde se encuentre una cuenta contra la que se haya dictado la orden de embargo. Responde esta alternativa, que queda en manos de la decisión del acreedor, a la finalidad de «remediar la actual situación en la que el acreedor

³² Véase al respecto las interesantísimas reflexiones planteadas en el Comentario efectuado a la propuesta del Libro Verde por el Grupo de Trabajo del Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, coordinado por Jan Von Hein, pp. 17 a 19. El documento puede obtenerse en www.europa.eu/justice_home.

tiene que acudir al Estado miembro donde se encuentra la cuenta». En este caso se presenta la particularidad de que el acreedor debería «exportar» la resolución (orden de embargo) hacia el tribunal competente para conocer del fondo del asunto, que puede pertenecer a la jurisdicción de otro Estado miembro, pudiéndose, llegado el caso, plantear problemas de reconocimiento automático de la orden de embargo.

La situación descrita debería quedar meridianamente resuelta en la propuesta definitiva, y para ello sugerimos dos claves de índole normativa que facilitarían la cuestión. Primera clave, si se regula la orden europea de embargo a través de un reglamento que establezca un procedimiento europeo común, el problema automáticamente queda solucionado al gozar el instrumento de dimensión comunitaria. Segunda clave, en caso de escoger como instrumento normativo una directiva comunitaria, en la transposición interna de la normativa se deberá establecer como obligatorio el reconocimiento automático³³ de la orden de embargo europeo de activos bancarios que se dicte en cualquier Estado miembro de la Unión siguiendo el procedimiento que la propia directiva indique.

4. POSICIÓN DEL DEUDOR

La adopción de una medida cautelar debe respetar, como actuación procesal que es, los elementales e insustituibles derechos de defensa de todo ciudadano. Dicha protección, y con ello la perfecta salvaguarda de sus derechos procesales fundamentales con reconocimiento expreso en la Unión Europea según lo dispuesto en el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión³⁴, se debería estructurar en la vertiente y forma más garantista en dos momentos procedimentales: antes de la emisión de la orden y con la finalidad primordial de controlar su procedencia, y después de la emisión para capacitar la impugnación. En todo caso, y en el peor de los escenarios, al menos inexcusablemente en uno de estos dos momentos.

Es cierto que en este concreto aspecto procesal nos encontramos con un importante conflicto de intereses entre acreedor y deudor. De una par-

³³ *Vid.*, Sentencia de 17 de noviembre 1998, *Van Uden Maritime B.V.*, C-391/95, *Rec. p.* I-7091.

³⁴ Publicada en el *DOUE* de 14 de diciembre de 2007, referencia C 303, y plenamente aplicable según dispone el art. 6.1 del Tratado de la Unión en su versión de Lisboa de 2007. Consúltese al respecto el Anexo al Libro Verde (referencia SEC(2006) 1341) pp. 9, 12 y 23 a 25 en las cuales aclara la postura propuesta.

te la insoslayable, salvo casos excepcionales, obligación de informar al deudor tan pronto como sea posible, para no vulnerar sus derechos de defensa, de la petición de orden europea de embargo frente a sus haberes dinerarios. De otro lado el interés del acreedor, normalmente justificado en la concurrencia de un *fumus boni iuris* y una urgencia en la adopción de la medida, en lograr la efectividad de la misma, en buena parte propiciada por el posible «efecto sorpresa» que impida al deudor maniobrar para evitar la retención de los bienes. Personalmente defendemos, en atención al carácter judicial de la medida, que la notificación deba hacerse en todo caso y por parte del órgano jurisdiccional, puesto que de todos los derechos en juego los más protegidos, tanto a nivel constitucional como procesal, son los correspondientes a la defensa por parte del deudor y a su posibilidad de contradecir e intervenir en la adopción de una medida que afecta de forma directa a la disponibilidad de su patrimonio personal.

A) Antes de la emisión de la orden de embargo

Instada la orden europea de embargo y tras su admisión a trámite una cuestión de primera magnitud es determinar si antes de su emisión debe concedérsele, o no, al deudor la posibilidad de intervenir en el procedimiento de emisión, o bien si únicamente sólo se le debe notificar *a posteriori* su admisión a trámite. La disparidad interna de sistemas procesales de los Estados miembros sale a relucir en este apartado abarcando posibilidades que van desde no convocar al deudor a una audiencia previa a la adopción de la medida ni notificarle el embargo preventivo³⁵ hasta aquellos otros sistemas, más garantistas, que exigen la notificación de la solicitud de la medida cautelar y la convocatoria a la parte contraria (en nuestro caso el deudor) a una audiencia en la cual se dilucida su adopción.

Reiteramos nuestra postura fijada en evitar la posibilidad de que la «orden europea de embargo preventivo de activos bancarios» pueda ser acordada *inaudita parte debitoris*. Conceder carta de naturaleza a otra posibilidad entendemos que vulneraría claramente el fundamental derecho de defensa del deudor y le coarta la posibilidad de alegar y contradecir los argumentos del acreedor e incluso de probar que no concurren los requi-

³⁵ Según cita textualmente el Libro Verde, p. 6: «podría ser contraproducente para los objetivos de prevenir la transferencia de fondos en detrimento del acreedor y de mantener el «efecto sorpresa» de la medida», con lo cual se difiere en el tiempo el que el deudor tenga conocimiento de la situación hasta el momento de la ejecución forzosa.

sitos de apariencia de buen derecho o de razones de urgencia para justificar la medida. Lógicamente cuestión distinta es el caso en que concedida la posibilidad el deudor no hace uso de la misma voluntariamente, en cuyo caso decae cualquier atisbo de indefensión. Ni siquiera entendemos positiva la suposición que deja abierta el Libro Verde a «los casos en que ya existe título ejecutivo y antes de que se proceda a su ejecución en otro estado miembro, si se solicita la adopción del embargo preventivo, resultará mas efectivo adoptar la medida sin previa audiencia del deudor, y tan pronto como se adopte se le notifique» puesto que tal situación tampoco ampara ni da cobertura a la lesión que generaría de forma irreparable en el derecho fundamental de defensa del deudor el no concederle, de entrada, la posibilidad de contradecir en igualdad de expectativas procesales la argumentación del acreedor para la adopción de la medida

B) *Después de la emisión de la orden de embargo*

También nos posicionamos en contra de que no se conceda al deudor la posibilidad de intervenir en el procedimiento una vez la medida cautelar ha sido acordada. Una vez dictada la orden de embargo se debe notificar al deudor. A mayores, apuntamos que el tribunal que acuerda la medida, como medida jurisdiccional y motivada que es, debe ser quien la notifique fehacientemente al deudor. No compartimos la postura, que deja entrever el Libro Verde, de valorar la posibilidad de que asuma esta obligación la autoridad que proceda a la ejecución del embargo acordado, o bien que lo asuman las propias entidades crediticias en cuyas cuentas de titularidad del deudor se va a hacer efectivo.

La oposición por parte del deudor al embargo preventivo está ínsita en su derecho y garantía³⁶ de defensa, y muy especialmente incardinada con el derecho a la impugnación de las resoluciones judiciales. El deudor ha de tener la opción de cuestionar mediante recurso³⁷ la concurrencia de

³⁶ Según el CESE, Dictamen *cit.*, p. 7: «Es fundamental garantizar la protección del deudor suministrándole los medios para impugnar la decisión cautelar, en un plazo razonable, el cual se recomienda que no sea inferior a veinte días de calendario, con el propósito de demostrar: a) la inexistencia, total o parcial, de la deuda; b) la inexistencia del *periculum in mora*; c) que el importe embargado es incorrecto; d) que la medida pone en peligro sus necesidades vitales o las de su núcleo familiar (cuando se trate de un deudor individual)».

³⁷ Quedaría pendiente de delimitarse el ámbito, extensión y características del recurso, siendo de interés en la cuestión las recomendaciones que ha efectuado el CESE indicando que: «Asimismo, en el instrumento comunitario deberán preverse los medios de defensa y

los requisitos para adoptar la medida, de cuestionar igualmente la extensión y cuantía del embargo, o de oponer cuestiones de fondo (pago de la deuda, prescripción de la obligación crediticia) o de forma (defectos en la tramitación procesal del asunto en cuanto a la capacidad y legitimación del solicitante del embargo, en cuanto a la competencia del órgano jurisdiccional que ha acordado la medida, o en cuanto a la no observancia de las formalidades procesales exigibles que le puedan causar indefensión), siendo recomendable a estos efectos que como apunta el Libro Verde se «armonice a nivel europeo para garantizar la eficacia del instrumento previsto³⁸».

Debiera precisarse normativamente el plazo en que se puede ejercitar y los efectos del recurso, esto es, si se le otorga efecto suspensivo —en cuanto a la ejecución de la medida cautelar acordada en tanto se resuelve la impugnación— y efecto devolutivo —en cuanto si ha de decidir el recurso un órgano distinto y jerárquicamente superior en grado al tribunal que acordó la medida cautelar—. Particularmente nos decantamos por no conferirle efecto suspensivo a la impugnación de la medida cautelar y entendemos que la impugnación, para ser un verdadero recurso y no un remedio procesal, debiera tener efecto devolutivo³⁹. En conexión con lo anteriormente expuesto, podría, por tanto revocarse la medida cautelar a consecuencia de su impugnación por el deudor, o incluso haberse desestimado previamente de oficio por el tribunal y sin necesidad de recurso por el deudor, con lo cual pudiera considerarse la responsabilidad del acreedor por una solicitud infundada. Cuestión ésta última que también deja sobre la mesa la propuesta del Libro Verde, respecto a su implementación y la forma de llevarse a efecto en cuanto a si es más conveniente armonizarse a nivel europeo o debiera ser regulada por la legislación nacional.

los fundamentos o motivos de la impugnación o de recurso, que deberán estar armonizados a nivel comunitario a fin de garantizar la igualdad de apreciación de las situaciones en todas las jurisdicciones competentes y la identidad de los medios de defensa. Cuestiones importantes serán la definición del efecto del recurso (suspensivo o no) y el tribunal competente para evaluarlo cuando no sea una misma jurisdicción nacional la competente para dictar la medida y para emitir una decisión sobre el fondo del asunto».

³⁸ Acota el Libro Verde que se proponga «que los motivos de objeción permisibles varíen según el embargo se conceda en virtud de un título ejecutivo existente o con independencia de éste».

³⁹ Véase, a título de ejemplo en el caso español, los artículos 735.2 *in fine* y 741.3 LEC.

5. IMPORTE Y EXTENSIÓN

La disyuntiva que se plantea comunitariamente en cuanto a la cantidad máxima que podría ser objeto de embargo se debate entre la opción de predeterminar una cantidad fija para todos los casos⁴⁰ o si por el contrario es más oportuno delimitar la cantidad objeto de embargo a la totalidad del haber líquido que se encuentre a disposición en la cuenta bancaria sobre la cual recaiga la orden. Nos parece que la segunda posibilidad puede tender al abuso de derecho y ser poco acorde al principio de proporcionalidad. En este sentido parece más adecuada la opción que estipula el embargo limitado a una cantidad. También se plantea como elemento a determinar el listado de conceptos que deben entrar a formar parte de la cantidad embargable a efectos de la fijación del embargo, esto es si el embargo debe limitarse únicamente al crédito y los intereses correspondientes o bien si puede extenderse a otros importes adyacentes⁴¹.

No debe quedar en el tintero de la regulación comunitaria⁴², y fundamentalmente con la finalidad de proteger la dignidad y la vida familiar del deudor, la disposición específica en sentido de que ciertas cantidades sean inembargables para permitir su subsistencia y la de las personas o familia-

⁴⁰ Incluso podría determinarse dicha cantidad mediante la aplicación de un porcentaje respecto de la cantidad reclamada.

⁴¹ Suscribimos en este punto la posición que adopta el CESE, Dictamen *cit.*, p. 6, al indicar que «El importe que deberá garantizarse por medio de este tipo de medida deberá limitarse al crédito vencido alegado y no pagado y a los intereses de demora (contractuales o legales) devengados hasta el momento de la presentación de la solicitud de la medida... En el ámbito de un procedimiento cautelar, de carácter necesariamente provisional, y dado el carácter gravoso que tiene la congelación de las cantidades depositadas en las cuentas bancarias, no se considera legítimo incluir otro tipo de importes, por ejemplo los necesarios para hacer frente a intereses devengables, honorarios de abogados, costas judiciales, gastos bancarios y otros».

⁴² El Libro Verde lo contempla expresamente al señalar que debe considerarse «cuándo se determinarán esas sumas y quién las determinará: el juez que dicta el embargo, la autoridad de ejecución o el banco donde se encuentra la cuenta. Esta cuestión ¿deberá resolverse de oficio o a instancia del deudor? Por último, esta cantidad ¿se definirá y calculará según la legislación del Estado miembro donde se dictó la orden, según la legislación del Estado miembro donde se encuentra la cuenta o según un régimen europeo armonizado que deberá fijar las cantidades de forma adecuada, por ejemplo, mediante una regla general o de indexación?». Son preguntas que deben tener su solución expresa en el reglamento o directiva comunitaria que regule finalmente este instrumento de protección crediticia de carácter cautelar.

res a su cargo, a imagen y semejanza de lo contemplado en los ordenamientos nacionales. Para proteger la dignidad del deudor y su familia es preciso que algunas sumas queden exentas del ámbito de aplicación de la medida cautelar, en particular las sumas que el deudor puede retener para cubrir las necesidades de alimentos, ya que ello cumple una doble función: por un lado la de permitir la subsistencia del deudor en condiciones dignas y por otro lado respetar plenamente el ámbito al cual se extendería, en su caso, la ejecución forzosa que la medida cautelar garantiza puesto que no sería posible por esta vía conseguir el embargo, ahora sí ejecutivo, de esas mismas cantidades restringidas legalmente⁴³. Esta función la debe asumir el juez competente para dictar la orden europea, no en vano nos encontramos ante una medida judicial, siendo este órgano el responsable de determinar su extensión, límites y efectos, y además, salvo disposición expresa por parte de la regulación comunitaria futura, lo haría siguiendo los criterios de la normativa procesal aplicable en su Estado.

Una solución más compleja tendrá el asunto cuando esta misma cuestión que ahora abordamos se plantee respecto a los posibles parámetros para determinar los límites de exención de los importes que deben embargarse cuando el deudor es una persona jurídica. En cuanto a la cantidad máxima a embargar no debería existir diferencia respecto a la solución general (tomando como referencia las personas físicas), esto es la cobertura del crédito y los intereses. Mayores dudas surgen en cuanto a si en estos casos es invocable la inembargabilidad de ciertas cantidades para permitir la «subsistencia» de la persona jurídica. En estos casos dimensiones objetivas como el sostenimiento digno de la persona y su familia decaen de raíz. Entiendo que la solución puede venir dada por la referencia, también objetivable, al mantenimiento de la actividad productiva de la persona jurídica (especialmente si se trata de una industria o empresa) como mecanismo para que esta siga generando recursos económicos con los cuales afrontar el pago del crédito reclamado y en definitiva conseguir el objetivo del acreedor cual es el cobro del mismo. Si el embargo implica la paralización de la actividad productiva de la persona jurídica y la indisponibilidad de recursos económicos de la misma, directa o indirectamente estaríamos abatiendo el propio fin que al cual la medida cautelar tiende.

Finalmente, en cualquiera de los dos casos anteriores y respecto a la cantidad exenta de embargo preventivo para salvaguardar los mínimos vitales de supervivencia del deudor (ya sea persona física, en este caso con

⁴³ Véase en el caso español los arts. 606 y 607 LEC.

más motivo si se quiere, ya sea persona jurídica), entiendo que deberán ser prefijados de forma única según un régimen jurídico armonizado y no mediante su remisión a la normativa nacional interna para evitar posibles desigualdades entre los ciudadanos comunitarios respecto a la aplicación de un instrumento común a todos ellos.

En cuanto a la extensión de la orden de embargo, analizamos la cuestión planteada por la Comisión respecto al tratamiento de la orden cuando esta, al dirigirse frente al deudor, se encuentra con situaciones como la multiplicidad de cuentas a nombre del deudor, la existencia de cuentas comunes entre el deudor y terceros ajenos a la ejecución y las cuentas de mandatarios.

Por ejemplo, en el caso muy frecuente en que el deudor dispone de una multiplicidad de cuentas bancarias: ¿cuál de ellas debe embargarse? La respuesta a esta cuestión no es baladí ya que una respuesta positiva implica que no existiría límite en cuanto al número de cuentas a embargar hasta que con la suma disponible en ellas, o en alguna de ellas, se alcanzase la cantidad por la cual se ha ordenado el embargo preventivo. Ahora bien hemos de partir de una premisa indiscutible, el órgano jurisdiccional que decreta el embargo preventivo deberá identificar una por una las cuentas sobre las que ha de recaer la orden de la forma más concreta posible, tratado de evitar órdenes de embargo genéricas e indeterminadas que pudieran dar lugar a un embargo indiscriminado de cuentas en las cuales aparezca el deudor como titular y colisionar con los intereses de terceros ajenos a la medida cautelar decretada.

En el caso anterior entiendo que debería diferenciarse entre dos situaciones que pueden parecer asimilables pero que nos conducen a soluciones dispares. En el supuesto en que el saldo disponible de las cuentas no sea suficiente, en conjunto y sumado en total, deberían embargarse todas ellas respetándose siempre el mínimo inembargable para la subsistencia del deudor. Por el contrario en aquellos casos en que del saldo existente, y disponible, en una o algunas de las cuentas, por separado o en conjunto, fuese suficiente para cubrir el embargo preventivo entiendo que debería ofrecerse al deudor la posibilidad de que sea él quien indique la cuenta, o cuentas, sobre las que debe cumplirse la orden de embargo. A falta de designación expresa del deudor sería el tribunal el que delimitaría las cantidades embargables y las cuentas sobre las cuales recae el embargo preventivo, de forma sucesiva hasta alcanzar la cantidad necesaria, evitando un embargo conjunto, y desproporcionado, de todas ellas.

Otra opción viable, apuntada por el Libro Verde (pp. 7 y 8) y que se utiliza en algunos Estados miembros, sería notificar la orden de embargo a la sede central de las entidades bancarias y que sea ésta quien bloquee todas las cuentas a nombre del deudor en dicha entidad considerando entonces «que una solución posible a este problema consistiría en transferir la cantidad adeudada a una cuenta distinta y en desbloquear a continuación las cuentas embargadas». En estos casos podríamos encontrar la disfunción del «funcionamiento de este sistema con las cuentas de dos titulares, como por ejemplo esposos, y en caso de bancos diferentes y entre distintos Estados miembros». Para este último aspecto sugiero la creación de un Registro Central Europeo de «órdenes europeas de embargo preventivo de cuentas bancarias», que podría depender del Banco Central Europeo, con funciones de publicidad, coordinación⁴⁴, cooperación y colaboración⁴⁵ con los bancos y entidades de todos los Estados miembros, e incluso con los tribunales.

En último lugar, y respecto a la problemática de cómo abordar el embargo de cuentas comunes, es decir, cuentas a nombre de ambos cónyuges y cuentas de mandatario, supuestos de cuentas en las que el titular mantiene fondos en nombre del deudor, la solución también se difiere hacia el futuro, quedando pendiente de la evolución prelegislativa de la «orden europea de embargo de activos bancarios». La postura más lógica,

⁴⁴ Solventaría la situación que el Libro Verde detalla indicando: «Si el acreedor desea bloquear simultáneamente varias cuentas en uno o varios Estados miembros por ser la cantidad de una cuenta insuficiente para cubrir la reclamación, será preciso determinar si podrán limitarse las cantidades embargadas en cada una de las cuentas, a fin de evitar el embargo del doble o el triple de la cantidad adeudada. Este problema se parece a la situación que ya existe en determinadas jurisdicciones, donde un embargo notificado a la sede central del banco afecta a todas las cuentas de las sucursales locales del banco. Una solución posible a este problema podría consistir en prever la transferencia de la cantidad adeudada a una cuenta separada y desbloquear las cuentas embargadas. Habrá que considerar cómo podría funcionar un sistema así con bancos diferentes y en Estados miembros diferentes».

⁴⁵ El CESE sugiere en su Dictamen que «por esta razón, será perfectamente razonable que esta iniciativa vaya acompañada al mismo tiempo del establecimiento de obligaciones de información claras para el demandante y los bancos ante los que se presenta la solicitud, así como la imposición de deberes de cooperación y colaboración entre los bancos y los tribunales de los distintos Estados miembros, teniendo siempre en cuenta el respeto de la privacidad, la protección de datos y el secreto bancario... De este modo, una vez obtenida la información de los distintos bancos, si hubiera más de uno, podrá por ejemplo llevarse a cabo la reducción *ex-post* de los importes embargados en un plazo breve que deberá determinarse».

teniendo en cuenta que la titularidad del deudor en cualquiera de los casos anteriores en la cuenta bancaria le comporta la posibilidad de disponer en su totalidad⁴⁶ del saldo de la misma, nos llevaría a considerar la posibilidad de embargar las cantidades disponibles, pues dicha condición de titular de la cuenta haría plenamente viable embargar todo su saldo disponible, quedando en el ámbito de las relaciones internas de repetición entre los diferentes titulares de la cuenta, o respecto del mandatario, el reembolso de la parte correspondiente a cada cotitular.

6. EFECTOS

La configuración inicial que la Comisión realiza de la orden de embargo sobre activos bancarios en la Unión Europea le confiere una serie de efectos principales como son el efecto propio y exclusivamente comunitario, y siempre subordinados a lo que expresamente disponga el órgano jurisdiccional que la emita.

El efecto propio que trasciende de la emisión de una orden europea de embargo implica que, sin necesidad de servirse, apoyarse o completarse en ningún otro instrumento procesal comunitario o interno —nacional—, es aplicable y genera la finalidad perseguida: ordenar la retención cautelar de cantidades dinerarias del deudor en cuentas bancarias de su titularidad. Por tanto la orden europea se caracteriza por su «aplicación directa», ya que una vez emitida no necesitará de ningún tipo de procedimiento o declaración de reconocimiento para que despliegue la eficacia que se le otorga. Se mantiene con ello la línea emprendida tiempo atrás por la propia Unión en cuanto a la eliminación del requisito de «exequátur» para la validez y eficacia de las resoluciones judiciales que hayan de tener repercusión transfronteriza, además de que desde un punto de vista eminentemente práctico evitará la posibilidad de que el deudor en el ínterin del trámite de reconocimiento de la orden europea de embargo pueda burlar la finalidad pretendida ocultando las cantidades dinerarias de que disponía en las cuentas bancarias sobre las cuales recaiga la orden de embargo. Únicamente, para garantizar la plena legalidad de su ejecución, el tribunal del Estado miembro en cuyo territorio haya de surtir efectos la orden acomodo-

⁴⁶ En cambio el CESE se decanta, en su Dictamen, p. 6, por una postura más ambigua al manifestar que «no se considera legítimo ampliar el ámbito de la disposición cautelar a cuentas de terceros. Cuando no sea posible identificar con certeza la parte propia del deudor, es de suponer que las partes de los titulares sean iguales».

dará su contenido, sin variar el fondo de la misma, a la normativa procesal interna (por ejemplo, si el reglamento comunitario que disponga su aplicación futura no contemplase límites de inembargabilidad de bienes para garantizar la subsistencia del deudor aplicaría entonces la normativa procesal interna para este aspecto específico).

En segundo lugar ha de ponderarse su dimensión exclusivamente comunitaria. Su exigibilidad y aplicación se ciñe al territorio de los Estados miembros de la Unión Europea, y en este ámbito territorial entiendo que respecto de los fondos dinerarios depositados en cualesquiera entidad bancaria que tenga sucursal abierta al público en el territorio de la Unión.

Al hilo de estos efectos, que hemos calificado como de «efectos principales», la propia Comisión se pregunta en el Libro Verde acerca de una serie de cuestiones íntimamente vinculadas a la aplicación práctica de la orden de embargo, y que personalmente consideramos como «efectos derivados». Concretamente aludimos a todas aquellas repercusiones respecto a las siguientes cuestiones:

A) Modo de transmisión⁴⁷ de la orden entre el tribunal que la dicta y el banco o entidad de crédito que gestiona la cuenta.

B) Plazo que el banco debe respetar para ejecutar el embargo y efectos que la orden debe tener sobre las operaciones en curso⁴⁸.

⁴⁷ Fundamentalmente se deberá garantizar la autenticidad del acto y la identidad del deudor. Lo más recomendable para este propósito parece la aplicación del Reglamento 1393/2007 sobre notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (*DOUE* de 10 de diciembre de 2007, L 324), que ha derogado el anterior Reglamento 1348/2000, y cuya aplicación está diferida a noviembre de 2008. En mi parecer no existe inconveniente en que dicha transmisión se efectúe por los medios más rápidos, como puedan ser los electrónicos o telemáticos, siempre que quede garantizada la autenticidad de la transmisión y los datos contenidos en la misma. *Vid.*, MARCHAL ESCALONA, N., *El nuevo régimen de la notificación en el espacio judicial europeo*, Ed. Comares, Granada, 2002; CARRILLO POZO, L.F., «La aplicación en España del Reglamento 1348/2000 sobre notificaciones internacionales: una mirada desde la LEC», *Diario La Ley*, núm. 6947, 2008, pp. 1-10.

⁴⁸ Nos parece interesante la sugerencia del CESE al indicar que «la orden del tribunal competente deberá ser ejecutada por el banco en los términos en que ha sido emitida, sin perjuicio, no obstante, de las transacciones legítimas que se hallen en curso, en concreto compromisos anteriores garantizados por letras, libranzas o cheques, así como las obligaciones para con acreedores privilegiados como el Estado, la Seguridad Social o trabajadores. De todas formas, el banco debe responder del saldo existente en la fecha de recepción de la orden de embargo y debe organizarse de manera que cuando llegue la orden, incluso fuera de las horas de apertura comercial, se proceda por vía electrónica a la congelación

C) Obligación⁴⁹ de los bancos de revelar a las autoridades encargadas de la ejecución si el embargo ha permitido inmovilizar la cantidad adeudada y en qué medida (por ejemplo, si el embargo se ha efectuado respecto de los fondos que figuran en el crédito del deudor en la cuenta o cuentas embargadas).

D) Medidas que el banco, en su caso, debiera adoptar respecto de las transacciones iniciadas antes⁵⁰ de la notificación de la orden de embargo al banco.

E) Finalmente, las medidas adecuadas para garantizar un nivel óptimo de protección de datos y del secreto bancario en la ejecución de la orden europea de embargo de activos bancarios.

Un interesante reflejo de calado práctico de la orden europea es también el planteado respecto a la concurrencia de acreedores sobre el deudor y la imbricación de esta situación con la emisión de una orden europea de embargo preventivo de activos bancarios, puesto que puede llegar a colisionar con las normas correspondientes a los procesos concursales en cada uno de los Estados miembros. Así, como expone el Libro Verde, «mientras que algunos Estados miembros dan prioridad al primer acreedor que notifica la medida cautelar al banco, otros aplican un principio de grupo similar al reparto de fondos en el procedimiento concursal». Ante el posible riesgo de disparidad de criterios y desigualdades a que ello pudiera conducir somos partidarios de una armonización de la regulación a escala comunitaria frente a la opción de remitir su solución a la concreta regulación legal del Estado miembro donde tiene lugar la ejecución de la orden europea de embargo.

Una precisión final, evidentemente la regulación comunitaria únicamente podría ceñirse a determinar la solución a seguir puesto que no es posi-

ipso facto, so pena de tener que asumir la responsabilidad en caso de negligencia por la desaparición de los importes que hubieran sido transferidos posteriormente». *Cfr.*, Dictamen, *cit.*, p. 6.

⁴⁹ La emisión y tramitación de una orden europea de embargo de activos bancarios no debe dar lugar al reembolso o indemnización de ninguna cantidad a los bancos y entidades de crédito por las actividades y gastos que conlleve su materialización puesto que se enmarca dentro del deber constitucional de colaboración con la Administración de Justicia que recogen las tradiciones jurídicas de la mayoría de Estados miembros de la Unión Europea.

⁵⁰ Entendemos que en este caso la medida cautelar no podría abarcar operaciones anteriores a la notificación de la orden de embargo al banco salvo claros indicios de fraude en cuyo caso debería actuar el acreedor mediante el correspondiente proceso judicial impugnando las operaciones correspondientes.

ble una armonización de derecho material en cuanto a criterios de prelación entre acreedores desde el ámbito legislativo comunitario.

7. «CONVERSIÓN» EN EMBARGO EJECUTIVO

La naturaleza jurídica de las medidas cautelares las caracteriza como provisionales en el tiempo, puesto que su instrumentalidad hace que nazcan predeterminadas al servicio de una resolución definitiva, con el fin de predisponer el terreno y preparar los medios más aptos para el buen éxito de la pretensión principal. De ahí que estén destinadas de antemano a extinguirse una vez que sea dictada la resolución final, bien alzándose definitivamente, caso de que la sentencia sea absolutoria; bien transformándose en ejecutivas, caso de que fuera condenatoria.

Es lógico por ello que participando la «orden europea de embargo de activos bancarios» de la naturaleza típica de una medida cautelar, la Comisión se pregunte en último lugar acerca de la posibilidad de «conversión» de una orden de embargo en medida ejecutiva (Libro Verde, p. 10). Obtenido el bloqueo de la cuenta del deudor, obtenida por el acreedor una resolución judicial que condene al pago de la cantidad —o bien se disponga de un título de ejecución— y se inste su ejecución forzosa, o incluso disponiendo de un certificado expedido con arreglo a las normas de los nuevos procedimientos europeos para créditos de escasa cuantía⁵¹, la orden de embargo preventiva decae en sus efectos para que sin solución de continuidad transformarse, entendemos que según los procedimientos internos de las normas procesales del Estado miembro en que se lleve a cabo la ejecución forzosa del crédito, en medida de ejecución que garantice el pago al acreedor con los saldos previamente retenidos en sus cuentas bancarias, y que le conduzca finalmente a la transferencia de los citados como medio de pago del crédito debido.

VI. RECAPITULACIÓN FINAL

Con un afán crítico y constructivo expondré muy sintéticamente algunas posturas personales a modo de epílogo.

⁵¹ En el caso del título ejecutivo europeo de acuerdo a lo dispuesto en el art. 20 de su Reglamento; en el caso del requerimiento de pago derivado de un proceso monitorio europeo de acuerdo a lo que establece el art. 21 de su Reglamento, y finalmente en el caso del proceso europeo de escasa cuantía mediante la cobertura legal que ofrecen los art. 15 y 20 del Reglamento 861/2007.

La creación de una «orden europea de embargo de activos bancarios», como medida cautelar comunitaria de protección del crédito transfronterizo, es recomendable, si bien requiere de una serie de mejoras conceptuales y técnico-jurídicas de orden procesal. Terminológica y procesalmente sería más correcta su denominación incluyendo el apelativo de «preventivo» (*orden europea de embargo preventivo de activos bancarios*) para ajustarse perfectamente a su concepto y naturaleza jurídica, para evitar confusiones, y fundamentalmente para no asimilarla al embargo ejecutivo.

Este instrumento comunitario, por la finalidad para la que se concibe y por los efectos procesales e incluso materiales a que puede dar lugar, encaja mucho mejor en una regulación futura mediante reglamento comunitario, como un procedimiento europeo específico y propio de la Unión para la protección del crédito transfronterizo, que optar por la vía de la armonización entre los Estados miembros mediante directiva.

Uno de los elementos capitales que en el desarrollo normativo de esta propuesta comunitaria debe quedar perfectamente salvaguardado es el derecho de defensa por parte del deudor. No debe ser otorgada la orden europea *inaudita altera* parte salvo excepciones muy restringidas y a condición de que el acreedor solicitante demuestre al evacuar su petición que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer o desvirtuar la finalidad de la medida al poner en antecedentes al deudor. Ante esta circunstancia será entonces imprescindible que se habilite al deudor la posibilidad de impugnar la decisión judicial que acuerde la medida bajo esas condiciones, como garantía de ejercicio legítimo de su derecho procesal fundamental a la defensa y a la contradicción.

La orden europea de embargo de activos bancarios como genuina medida cautelar de carácter preventivo participa de las características de jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y homogeneidad (similitud con la medida definitiva que trata de garantizar) por lo cual debiera «transformarse» en medida ejecutiva de forma automática una vez cumplidos sus fines procesales.

PROTECCIÓN PROCESAL DEL CRÉDITO TRANSFRONTERIZO EN LA UNIÓN EUROPEA: PROPUESTA DE ORDEN DE EMBARGO DE ACTIVOS BANCARIOS

RESUMEN: La protección del crédito transfronterizo es uno de los objetivos que a través de la cooperación judicial civil pretende lograr la Unión Europea para consolidar y garantizar el buen funcionamiento del mercado interior comunitario. Dentro de los instrumentos normativos que con esta finalidad ha creado la Unión Europea nos encontramos

ahora con la propuesta de elaboración de una «orden europea de embargo de activos bancarios» como genuina medida cautelar dirigida a tratar de asegurar el cobro de una deuda nacida de una relación civil o comercial transfronteriza. El trabajo analiza desde una perspectiva crítica y constructiva el planteamiento y diseño que de la orden europea de embargo presentó el Libro Verde sobre una mayor eficacia en la ejecución de resoluciones judiciales en la Unión Europea: embargo de activos bancarios, de 24 de octubre de 2006, conjugando sus repercusiones de derecho comunitario y de derecho procesal. Se plantea en definitiva el diseño de un procedimiento para la obtención de una medida cautelar comunitaria, de eficacia transfronteriza, destinada a bloquear el saldo que el deudor tenga en cuentas corrientes bancarias a su nombre en cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: cooperación judicial civil, protección transfronteriza del crédito, orden europea de embargo de activos bancarios, medidas cautelares, derecho procesal civil comunitario.

JUDICIAL PROTECTION IN CROSS-BORDER CREDITS IN THE EUROPEAN UNION: ATTACHMENT ORDER OF BANK ACCOUNTS PROPOSAL

ABSTRACT: The takings of measures to improve and simplify the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial cases have been taken to fulfil the aim of establishing a genuine European area of justice. In this way the European Union has adopted some protective measures to improve solutions to the problems of cross-borders debt-recovery. One of them, called as «European attachment of bank accounts», tries to avoid that debtors are able to move their monies out of accounts known to their creditors into other accounts in the same or another Member State, and permit creditors to be able to block these movements of monies through provisional remedies, which secure the future enforcement of a monetary claim by freezing bank accounts. The current legislation does not ensure that such remedies are recognized and enforced throughout the European Union. A possible solution to the problems of debt-recovery outlined above would be to create a European system for the attachment of bank accounts which allows a creditor, in certain circumstances, to secure the payment of a sum of money due to him by preventing the removal or transfer of funds held to the credit of his debtor in one or several bank accounts within the territory of the European Union. Taking into account the Commission's «Green Paper on improving the efficiency of the enforcement of judgments in the European Union: the attachment of bank accounts» (2006) that puts forward a pre-legislative proposal for the attachment of bank accounts to prevent the removal of funds held to the creditors claim from his debtor's bank account while the creditor is awaiting the recognition of his enforceable judgment or title. We analyse the scope of the problems of cross-border debt recovery and the likely effectiveness of this new European instrument.

KEY WORDS: judicial cooperation in civil matters, european system for the attachment of bank accounts, freezing orders, civil european procedural law.

LA PROTECTION JUDICIAIRE DES CREANCES TRANSFRONTALIERES
AU SEIN DE L'UNION EUROPEENNE: PROPOSITION POUR L'ORDONNANCE
DE SAISIE DES AVOIRS BANCAIRES

RÉSUMÉ: La protection des créances transfrontalières représente l'un des objectifs que l'Union européenne vise à atteindre au moyen de la coopération judiciaire civile, afin de consolider et de garantir le bon fonctionnement du marché commun. Parmi les instruments normatifs que l'Union a créés dans cet objectif, on peut citer la proposition d'élaboration d'une «ordonnance européenne de saisie des avoirs bancaires». Elle se présente comme une vraie mesure provisoire cherchant à assurer le recouvrement d'une créance née au sein d'une relation civile ou commerciale transfrontalière. Cet article propose une analyse critique et constructive de la structure d'ordonnance européenne de saisie proposée dans le Livre vert sur l'amélioration de l'exécution des décisions de justice au sein de l'Union européenne: la saisie des avoirs bancaires, daté du 24 octobre 2006, et en considère les différentes répercussions sur le droit communautaire aussi bien matériel que formel. En résumé, le Livre vert propose une procédure de demande de mesure provisoire à l'échelle européenne pourvue d'effets transfrontaliers, dans le but de bloquer le mouvement de comptes du débiteur dans l'ensemble du territoire communautaire.

MOTS CLÉS: coopération judiciaire en matière civile, protection transfrontalière des créances, ordonnance européenne de saisie des avoirs bancaires, mesure provisoire, droit communautaire de la procédure civile.