

# *Revista del Foro Canario*



JURCOM Y LEGISCOM, S.L.  
Calle Cartago 2, Esc. Dcha. 1º A - Madrid - España  
Impreso por Omagraf, S.L.  
I.S.S.N.: 0211-0903  
Depósito Legal: G.C. 258-1980

**“APUNTES SOBRE EL EMBARGO PREVENTIVO  
DE BUQUES”**

**Don Nicolás D. Pérez Jiménez**

Abogado ejerciente del Ilustre Colegio de Las Palmas

# **“APUNTES SOBRE EL EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES”**

## **I. INTRODUCCIÓN**

## **II. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES**

II.1 Créditos marítimos: aproximación

## **III. ASPECTOS PROCESALES DEL EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES**

III.1 Legitimación activa

III.2 Legitimación pasiva

III.3 De la pérdida de la cualidad de propietario del buque

III.4 Jurisdicción y competencia

III.5 Del embargo preventivo ante causam: particularidades

III.6 Solicitud y presupuestos del embargo preventivo de buques

III.7 De la caución procesal: revisión

III.8 De la oposición a la adopción del embargo preventivo de buques: motivos de oposición

## **IV. ARBITRAJE Y EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES: APROXIMACIÓN**

### **1. NOTAS.**

## I. INTRODUCCIÓN.

El embargo preventivo de buques, como apunta ALCÁNTARA, es hoy asunto de especial preocupación para los armadores y fletadores, llegando a ocupar con frecuencia casi el cincuenta por ciento de los encargos profesionales de los bufetes maritimistas<sup>1</sup>. No en vano, contaba Aristóteles Onassis que no hay mayor perjuicio para un armador que el embargo e inmovilización de sus buques, toda vez que en los mismos reside lo que, en nuestra doctrina, se ha denominado *fortuna de mar* del empresario marítimo.

Ahora bien, el embargo preventivo de buques es un instituto que se presta a las más variopintas lecturas. De un lado, no debe resultarnos extraño que, como el inefable armador griego, cualquier empresario marítimo se lleve las manos a la cabeza cuando alguno de sus buques es embargado y paralizado, alterándose así su finalidad de desplazamiento, pues el perjuicio que sigue a la traba incide indefectiblemente en su cuenta de resultados.

En cambio, distinta es (y debe ser) la lectura del acreedor que, lejos que concebir el embargo preventivo de buques como una potencial amenaza, lo considera un pacífico instrumento procesal —y, a veces, de estrategia— que, de alguna manera, garantizará el cobro de su crédito. Es decir, desde este punto de vista el embargo preventivo de buques se perfila como un auténtico instrumento de poder. Sin embargo, como todo poder, engendra el riesgo del abuso de poder, de lo que se colige la necesidad de arbitrar un sistema normativo que haga las veces de punto de equilibrio entre aquel perjuicio y el uso abusivo de la medida cautelar.

No obstante lo dispuesto en los párrafos precedentes, el problema que se nos antoja más complejo no es otro que el de la dualidad normativa, nacional e internacional, que regula esta institución marítima, así como la aparente confrontación entre la propia legislación española sobre la materia. Dentro del bloque normativo nacional hay que destacar la Ley 2/1.967, de 8 de abril, de embargo preventivo de buques extranjeros por créditos marítimos<sup>2</sup>, y los artículos 721 y siguientes de la Ley 1/2.000, de Enjuiciamiento Civil —en adelante, LEC—; y, asimismo, los artículos 579 y siguientes del Código de Comercio y 145 a 190 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1.956. Y, respecto de la normativa internacional, es preciso traer a colación el Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1.952, ratificado por España el 11 de septiembre de 1.953<sup>3</sup>, significándose que, con fecha 14 de septiembre de 2.001, el Consejo de Ministros aprobó un acuer-

do por el que se autorizó la denuncia de este Convenio, autorizándose a la sazón la adhesión de nuestro país al Convenio hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1.999<sup>4</sup>, sobre el embargo preventivo de buques.

## II. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES.

El Convenio de Bruselas de 1.952 define el embargo como «la inmovilización de un buque con la autorización de la autoridad judicial competente para la garantía de un crédito marítimo, sin comprender el embargo para la ejecución de un título». Definición que, en el Convenio de Ginebra<sup>5</sup> —en adelante, C.G.—, se complementa al reputarse embargo preventivo «toda inmovilización o restricción a la salida de un buque impuesta por resolución de un tribunal en garantía de un crédito marítimo, pero no comprende la retención de un buque para la ejecución de una sentencia u otro instrumento ejecutivo» (artículo 1.2)<sup>6</sup>.

Esto es, sólo se podrá embargar un buque o levantar el embargo por resolución de un tribunal de un Estado Parte (art. 2.1 C.G.), todo ello a efectos de obtener una garantía y con independencia de que, por virtud de alguna cláusula de sumisión o de arbitraje, el crédito marítimo deba someterse a la jurisdicción de los tribunales de un Estado distinto de aquél en que se haya practicado el embargo (art. 2.3 C.G.). Del mismo modo, sólo se podrá embargar un buque por virtud de un *crédito marítimo* (art. 2.2 C.G.), despreciándose cualquier otro crédito que no participe de esta naturaleza. Y llegados a este punto, ¿qué debe entenderse por «crédito marítimo»?

### II.1 CRÉDITOS MARÍTIMOS: APROXIMACIÓN.

Los créditos marítimos que habilitan el embargo preventivo de un buque están recogidos en el artículo 1 de sendos Convenios, remitiendo, asimismo, la Ley de 1.967 a las causas que, en esta concreta materia, se contienen en el Convenio de Bruselas de 1.952. En efecto, como apunta ARROYO MARTÍNEZ, al Convenio no le interesa tanto la definición de crédito como las causas de su nacimiento<sup>7</sup>, incluyéndose en el Convenio de Ginebra las siguientes: (a.) pérdidas o daños causados por la explotación del buque; (b.) muerte o lesiones corporales sobrevenidas, en tierra o en el agua, en relación directa con la explotación del buque; (c.) operaciones de asistencia o salvamento o todo contrato de salvamento, incluida, si corresponde, la compensación especial relativa a operaciones de asistencia o salvamento respecto de un buque que, por sí

mismo o por su carga, amenace causar daño al medio ambiente; (d.) daño o amenaza de daño causados por el buque al medio ambiente, el litoral o intereses conexos; medidas adoptadas para prevenir, minimizar o eliminar ese daño; indemnización por ese daño; los costos de las medidas razonables de restauración del medio ambiente efectivamente tomadas o que vayan a tomarse; pérdidas en que hayan incurrido o puedan incurrir terceros en relación con ese daño; y el daño, costos o pérdidas de carácter similar a los indicados en este apartado d; (e.) gastos y desembolsos relativos a la puesta a flote, la remoción, la recuperación, la destrucción o la eliminación de la peligrosidad que presente un buque hundido, naufragado, embarrancado o abandonado, incluido todo lo que esté o haya estado a bordo de un buque, y los costos y desembolsos relacionados con la conservación de un buque abandonado y el mantenimiento de su tripulación; (f.) todo contrato relativo a la utilización o al arrendamiento del buque formalizado en póliza de fletamento o de otro modo; (g.) todo contrato relativo al transporte de mercancías o de pasajeros en el buque formalizado en póliza de fletamento o de otro modo; (h.) las pérdidas o los daños causados a las mercancías (incluidos los equipajes) transportadas a bordo del buque; (i.) la avería gruesa; (j.) el remolque; (k.) el practica; (l.) las mercancías, materiales, provisiones, combustibles, equipo (incluidos los contenedores) suministrados o servicios prestados al buque para su explotación, gestión, conservación o mantenimiento; (m.) la construcción, reconstrucción, reparación, transformación o equipamiento del buque; (n.) los derechos y gravámenes de puertos, canales, muelles, radas y otras vías navegables; (o.) los sueldos y otras cantidades debidas al capitán, los oficiales y demás miembros de la dotación en virtud de su enrolamiento a bordo del buque, incluidos los gastos de repatriación y las cuotas de la seguridad social pagaderas en su nombre; (p.) los desembolsos hechos por cuenta del buque o de sus propietarios; (q.) las primas de seguro (incluidas las cotizaciones de seguro mutuo), pagaderas por el propietario del buque o el arrendatario a casco desnudo, o por su cuenta, en relación con el buque; (r.) las comisiones, corretajes u honorarios de agencias pagaderos por el propietario del buque o el arrendatario a casco desnudo, o por su cuenta, en relación con el buque; (s.) toda controversia relativa a la propiedad o a la posesión del buque; (t.) toda controversia entre los copropietarios del buque acerca de su utilización o del producto de su explotación; (u.) una hipoteca, *mortgage*<sup>8</sup> o gravamen de la misma naturaleza sobre el buque; y, finalmente, (v.) toda controversia resultante de un contrato de compraventa del buque<sup>9</sup>.

Hay que advertir, además, que los créditos privilegiados enumerados en el artículo 580 del Código de Comercio aluden al llamado «embargo ejecutivo» y, como se vio, ambos Convenios internacionales excluyen expresamente el embargo preventivo de buques en ejecución o satisfacción de una sentencia judicial o resolución arbitral<sup>10</sup>.

### III. ASPECTOS PROCESALES DEL EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES.

#### III.1 LEGITIMACIÓN ACTIVA.

El Convenio de 1.952 define como demandante aquella persona que invoque a su favor la existencia de un crédito marítimo (art. 1.4). Definición que, en el Convenio de Ginebra, se simplifica al considerar acreedor toda persona que alegue un crédito marítimo. Ahora bien, el Convenio de 1.999 plantea un importante escollo en sede de legitimación activa. Y es que, reputándose *crédito marítimo* la mera amenaza o la materialización de un daño al medio ambiente (art. 1.1.d), ¿cabría considerar acreedor, en los términos indicados, a las organizaciones o asociaciones de defensa del medio ambiente? Esta pregunta, que pudiera parecer irrelevante a juicio de muchos<sup>11</sup>, no es baladí, toda vez que en caso afirmativo estaríamos ante una posible desnaturalización del proceso cautelar y, en su consecuencia, ante una nueva amenaza para el deudor marítimo y su *fortuna de mar*.

La respuesta debe abordarse, pues, desde la prudencia, no pudiendo acogerse tal pretensión sino con estricta sujeción a las normas que, sobre legitimación e intervención voluntaria litisconsorcial, establece la Ley 1/2.000, de Enjuiciamiento Civil. No en balde, los propios Convenios disponen que el procedimiento relativo al embargo se regirá por la Ley del Estado en que se haya solicitado o practicado el embargo, es decir, por la *lex fori*. Y, precisamente por ello, no parece razonable, en principio, otorgar legitimación activa a las citadas organizaciones sino cuando las mismas representen un grupo de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso (art. 6.7ª LEC), sustrayéndose así la posibilidad de pedir el embargo preventivo de un buque por la mera amenaza<sup>12</sup>; y estén legalmente constituidas (art. 11.1ª LEC) y sean representativas (art. 11.3ª LEC), siempre que se ostente tal carácter al tiempo de la presentación de la solicitud o demanda en virtud del principio *perpetuatio legitimationis*<sup>13</sup> y 14.

Estos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que carecían de precedente en la norma de 1.881, son el lógico corolario de lo dispuesto en

el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 6/1.985 del Poder Judicial, que reconoce la legitimación a las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa y promoción de los derechos e intereses colectivos, así como de una reiterada jurisprudencia nacional y comunitaria<sup>15</sup>. Pero, ¿puede reputarse una asociación ecologista organización para la defensa de derechos e intereses colectivos? La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en su Sentencia de 4 de noviembre de 1.996, afirmó que se incluye dentro de esta categoría cualquier conjunto de personas determinadas o identificables que, poseyendo intereses comunes o convergentes, atiende a su consecución mediante una organización básica o elemental y una actuación conjunta y solidaria de sus miembros. Definición abierta con arreglo a la cual, desde luego, cabría considerar a las organizaciones ecologistas como defensoras de los derechos e intereses colectivos.

En suma, verificado tal carácter, es lícito admitir la legitimación activa de este tipo de asociaciones sin más límite que el respeto a las expresadas reglas procesales, y únicamente por virtud de un crédito marítimo causado por la materialización de un daño medio ambiental, nunca por la mera amenaza a que se refieren los apartados c.y.d. del artículo 1.1 del Convenio de Ginebra de 12 de marzo de 1.999, al habilitar la Ley de Enjuiciamiento Civil la legitimación activa de estas asociaciones, exclusivamente, a partir de la producción de un hito dañoso.

### III.2 LEGITIMACIÓN PASIVA: APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LOS BUQUES HERMANOS.

Uno de los mayores problemas que suscita el instituto del embargo preventivo de buques no es otro que el de la legitimación pasiva. Y es que, explica ARROYO MARTÍNEZ, todas las formas de utilización del buque, desde el arrendamiento hasta el transporte de línea regular, pasando por las diversas modalidades de fletamento, se pueden practicar separando la propiedad de lo que es la empresa de navegación<sup>16</sup>. Esto es, ¿puede el acreedor, en defensa de su crédito, pedir el embargo preventivo de un buque que pertenece a un tercero distinto de su deudor?

La solución del Convenio de Bruselas (art. 3), prosigue este autor, está en favor del embargo con dos limitaciones: que en el contrato la gestión náutica haya pasado al acreedor y que el embargo se practique únicamente contra el buque con que se ha contraído la deuda. El Convenio de Ginebra, a su vez, permite el embargo preventivo de un buque contra el propietario

o el arrendatario a casco desnudo de éste, siempre que se mantenga tal carácter al tiempo de practicarse el embargo (art. 3.1.a y b.). Asimismo, este último Convenio habilita el embargo de un buque hermano al que dio lugar al crédito marítimo cuando el embargado ostente la cualidad de propietario, nunca en otro caso. Ahora bien, ¿pueden embargarse varios buques hermanos o, antes al contrario, la norma refiere exclusivamente a un único buque?

Si bien el artículo 3.1 del Convenio de 1.952 aludía al embargo de un único buque hermano, el Convenio de 1.999, más acorde con la realidad económica de estos tiempos, faculta el embargo, literalmente, «de cualquier otro buque o buques» (art. 3.2), resolviéndose así una cuestión que, en el seno de la doctrina y en la práctica judicial, fue objeto de no pocas discusiones<sup>17</sup>.

De otro lado, existen dos excepciones a la regla general que exige el mantenimiento del carácter de propietario o arrendatario a casco desnudo al tiempo del embargo. La primera está relacionada con la afección real del buque a una obligación garantizada con una hipoteca, *mortgage* o gravamen de análoga naturaleza<sup>18</sup>, o bien cuando se trate de un crédito garantizado por un privilegio marítimo concedido por la legislación del Estado en que se solicita el embargo o en virtud de esa legislación<sup>19</sup>. En estos casos, explica la Audiencia Provincial de Pontevedra en su Sentencia de 17 de junio de 1.999<sup>20</sup>, procede tener por legitimado pasivamente al propietario del buque, aun no siendo deudor originario, al estar afectado éste al pago del crédito, todo ello sin necesidad de remitirle a la vía de la tercera de dominio para tratar de lograr el alzamiento del embargo.

La segunda excepción concurre en aquellos supuestos en que el crédito marítimo se refiere a la propiedad o posesión del buque<sup>21</sup>. Excepción a todas luces razonable, pues no es dable exigir la cualidad de propietario o poseedor cualificado al embargado cuando lo que se reivindica es precisamente la propiedad o la posesión del buque.

### III.3 DE LA PÉRDIDA DE LA CUALIDAD DE PROPIETARIO DEL BUQUE.

Otra cuestión de enorme trascendencia práctica, relacionada con la abordada en el apartado anterior, es la de la pérdida de la cualidad de propietario del buque por quien, al tiempo del nacimiento del crédito marítimo, reunía tal carácter.

Como se vio, el artículo 3.1.a) del Convenio de 1.999 establece, como requisito de procedibili-

dad, que la persona que era propietaria del buque en el momento en que nació el crédito marítimo lo siga siendo al practicarse el embargo, configurándose así la pérdida de esta cualidad como un genuino motivo de oposición *ex artículo 2 de la Ley 2/1.967*, según el cual «se tendrán en cuenta respecto a los buques objeto de embargo las limitaciones del artículo 3 del Convenio». En efecto, transmitido el dominio de un buque con posterioridad al nacimiento del crédito marítimo y antes de solicitar su embargo preventivo, sólo cabe decretarlo cuando dicho crédito tenga el carácter de privilegiado, pues sólo éstos atribuyen a su titular el derecho de reipersecución<sup>22</sup>.

Por otra parte, la transmisión debe ser acreditada para que surta los pretendidos efectos liberatorios y, tratándose normalmente de documentos exigidos por Derecho extranjero, es preciso observar las normas que, a estos solos efectos, establece la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esto es, *debe probarse, en primer lugar, el Derecho extranjero* 23 y 24, de manera que, una vez acreditado el mismo, el órgano de instancia viene obligado a verificar que los documentos aportados, en su caso, contienen la fórmula de la apostilla a que se refiere el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1.961 y, asimismo, que los mismos vienen acompañados de la necesaria traducción por imperativo de los artículos 144 y 323 de la Ley 1/2.000. En caso contrario, como advirtió el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de junio de 1.989<sup>25</sup>, ha de aplicarse el Derecho español para la compraventa de buques, por lo que, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 573 del Código de Comercio, la adquisición no producirá efecto respecto a terceros si no se inscribe en el Registro Mercantil<sup>26</sup>, sin que la inscripción pueda perjudicar los derechos adquiridos por esos terceros antes de producirse la misma<sup>27</sup>. No inscrito el dominio o no acreditada la inscripción en el correspondiente Registro, ha lugar al embargo preventivo del buque por no haberse acreditado la transmisión.

### III.4 JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

#### III.4.1 Breve aproximación.

Sostiene el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que el tribunal del lugar donde están situados los bienes que serán objeto de medidas provisionales o cautelares es quien mejor puede apreciar las circunstancias que pueden dar lugar a la concesión o a la denegación de dichas medidas, o prescribir los modos y los requisitos que deberá cumplir el demandante para garantizar el carácter provisional y cautelar de las medidas autorizadas<sup>28</sup>.

Afirmación con la que se pretende constatar el espíritu que guió al legislador a la hora de delimitar el contenido del artículo 24 del Convenio de 27 de septiembre de 1.968, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

En efecto, dispone este artículo que «podrá solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado contratante a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Convenio, un tribunal de otro Estado contratante fuere competente para conocer sobre el fondo». Precepto que, sin embargo, hay que interpretar con prudencia, toda vez que el mismo no puede invocarse para incluir en su ámbito de aplicación aquellas medidas excluidas del Convenio<sup>29</sup>. Así, ¿qué debemos entender por medidas provisionales o cautelares? Y, en definitiva, ¿puede reputarse el embargo preventivo de buques como una medida provisional o cautelar a los efectos del citado artículo 24?

Son medidas provisionales o cautelares aquellas que, en las materias incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio, están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho para salvaguardar derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al juez que conoce del fondo del asunto<sup>30</sup>. Y tratándose el crédito marítimo de un instituto netamente mercantil y, por ello, incluido en el ámbito de aplicación del Convenio, es lícito encuadrar esta garantía especial, el embargo preventivo de buques, dentro del capítulo de medidas provisionales o cautelares a que alude el reseñado artículo 24.

#### III.4.2 Jurisdicción y competencia según Convenio.

Dispone el artículo 7.1 del Convenio de Ginebra sobre embargo preventivo de buques que los tribunales del Estado en que se haya practicado un embargo o se haya prestado garantía para obtener la liberación del buque serán competentes para resolver sobre el fondo del asunto, a menos que válidamente las partes acuerden o hayan acordado someter el litigio a un tribunal de otro Estado que se declare competente o a un arbitraje. Artículo que, para evitar cualesquiera equívocos, hay que entenderlo conjuntamente con el dato de que la medida cautelar de embargo preventivo no determina por sí misma la competencia para conocer y decidir el fondo del asunto, pues ni el Convenio ni la Ley española así lo contemplan y, a su vez, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no reconoce al embargo preventivo como causa eficiente y decisiva para determinar tanto la jurisdicción como la competencia<sup>31</sup>.

En este contexto, advierte FUENTES CAMACHO que no cabe ninguna duda acerca de la superioridad de las disposiciones del Convenio sobre las de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>32</sup>. Norma ésta última que, según CUCARELLA GALIANA, aparece configurada, en este punto, como una ley general a la que solamente debe acudir en los casos en los que el Convenio carezca de regulación específica<sup>33</sup>. Ahora bien, esto no significa que la normativa convencional resulte de aplicación a cualquier embargo preventivo de buques. Antes al contrario, existen supuestos que desbordan dicho ámbito de aplicación. Veamos, pues, cuándo resulta de aplicación la norma convencional.

Apunta ALCÁNTARA la cuestión de si cabría hacer discriminación en cuanto a los buques extranjeros y aquellos de pabellón nacional del país en cuyo puerto se traba el embargo, es decir, si cabría el embargo preventivo de buques españoles. La Ley 2/1.967, que fue promulgada para interpretar mejor el Convenio de 1.952<sup>34</sup>, distingue deliberadamente entre buque *nacional* y buque *extranjero*, limitando la aplicación de la norma convencional a éstos últimos<sup>35</sup>. No obstante, el Convenio de 1.999, en su artículo 8.6, señala que «sus disposiciones no modificarán las normas jurídicas en vigor en los Estados partes, ni afectarán a su aplicación, relativas al embargo de un buque que se encuentre dentro de la jurisdicción del Estado cuyo pabellón enarbole, practicado a instancias de una persona que tenga su residencia habitual o su establecimiento principal en ese Estado». Lo que, *sensu contrario*, quiere decir que las reglas convencionales se aplicarán al embargo, en un país contratante, de un buque que enarbole el pabellón de tal Estado *cuando el solicitante no tenga su residencia habitual o su establecimiento principal en este Estado*. De lo que se sigue que, en España, los buques españoles podrán ser embargados según Convenio a petición de demandantes extranjeros<sup>36</sup>.

Así pues, a modo de conclusión, será de aplicación directa el Convenio cuando se trate del embargo preventivo de un buque con pabellón español siempre que el peticionario no tenga su residencia habitual o su establecimiento principal en nuestro país, o de un buque extranjero, en cuyo caso, recordemos, se estará asimismo a las especialidades procesales consignadas en la citada Ley 2/1.967.

#### III.4.3 Jurisdicción y competencia según la Ley 1/2.000, de Enjuiciamiento Civil.

Como ya se anunció, serán de aplicación las normas procesales de la LEC cuando estemos ante el embargo preventivo de un buque español

y el solicitante tenga su residencia habitual o su establecimiento principal en España<sup>38</sup>. En este caso, siguiendo a ORTELLS RAMOS, la jurisdicción para la tutela cautelar se atribuye al orden jurisdiccional que corresponda en atención a la naturaleza del asunto principal. Específicamente, la tutela cautelar civil corresponde a la jurisdicción de los tribunales del orden civil *ex* artículo 9.2 LOPJ. Ahora bien, esta regla tiene una excepción en el caso de las pretensiones procesales civiles que puedan ser acumuladas al proceso penal<sup>39</sup>. Así, si se produce la acumulación y mientras ésta no deba terminar ¿prosigue este autor- la competencia genérica corresponde a los tribunales del orden criminal; y si la acumulación se extingue (por reserva de la acción civil o por finalización del proceso penal sin condena), la competencia genérica recaerá sobre los tribunales del orden civil<sup>40</sup>.

Por otra parte, será tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal<sup>41</sup>. Del mismo modo, el apartado segundo de este precepto introduce una auténtica novedad, a saber: para conocer de las solicitudes relativas a medidas cautelares que se formulen durante la sustanciación de la segunda instancia o de un recurso extraordinario por infracción procesal o de casación será competente el tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos. Y decimos *novedad* porque no eran extraños los casos en que, pendiente un recurso de casación, el recurrente pedía la adopción de medidas cautelares ante un órgano de instancia que, al punto, declinaba la competencia en favor del Tribunal Supremo. El peticionario, desconcertado, dirigía entonces su solicitud al Alto Tribunal y éste, aduciendo que en casación no se adoptan medidas cautelares (sic), declinaba también su competencia para estupor del justiciable que, indefenso, veía así cercenado su derecho a la tutela judicial efectiva y, en particular, su derecho a la tutela cautelar<sup>42</sup>.

En cualquier caso, la competencia se examinará de oficio por el órgano jurisdiccional, participándose que cuando las medidas se pidan con anterioridad a la demanda no se admitirá declinatoria fundada en la falta de competencia territorial<sup>43</sup>.

#### III.5 DEL EMBARGO PREVENTIVO ANTE CAUSAM: PARTICULARIDADES.

El embargo preventivo, al igual que toda medida cautelar, tiene un carácter eminentemente

instrumental, pues no se concibe ni puede existir sin un procedimiento principal en el que se ejercite una acción de condena (cuya ejecución, en caso de estimarse, se asegura precisamente con la adopción de esa medida) o, siguiendo a ORTELLS RAMOS, una pretensión mero declarativa o constitutiva<sup>44</sup> que, a la luz del artículo 521 LEC, no admitiría ejecución, alzándose el embargo preventivo una vez finalizado el proceso principal<sup>45</sup>. Sin embargo, ese carácter instrumental no exige la previa pendencia del proceso, sino que basta con la intención de iniciar el procedimiento, significándose que cuando el embargo preventivo del buque se haya adoptado *ante causam*, es decir, con anterioridad a la interposición de la demanda principal, tanto la norma convencional como la LEC contienen una regulación específica.

En el Convenio de 1.952, en los apartados 2º y 3º del artículo 7, se prevé que el tribunal que adopte el embargo fijará el plazo dentro del cual el demandante deberá entablar su acción sobre el fondo del asunto, de suerte que, de no hacerlo, la medida cautelar perderá su eficacia<sup>46</sup>. El Convenio de 1.999, siguiendo el mismo criterio, señala que el tribunal que haya adoptado el embargo podrá de oficio, y *deberá a instancia de parte*, fijar un plazo para que el acreedor entable la demanda ante el tribunal competente o ante un tribunal arbitral<sup>47</sup>, sancionándose la falta de ejercicio de la acción principal con la liberación del buque embargado o la cancelación de la garantía prestada cuando lo pida la parte<sup>48</sup>. Se deja así al arbitrio del juez la fijación del plazo dentro del cual debe iniciarse el proceso principal en el extranjero. Posibilidad que, indica CUCARELLA GALIANA, *permite al órgano jurisdiccional superar el plazo previsto en la propia LEC a fin de facilitar que el proceso pueda iniciarse en condiciones*<sup>49</sup>.

Huelga decir que, como quiera que la LEC resulta de aplicación supletoria y la norma convencional guarda silencio al respecto, cuando se haya decretado *ante causam* el embargo preventivo de un buque y el órgano jurisdiccional español sea asimismo competente para conocer sobre el fondo del asunto, será de aplicación el plazo consignado en el artículo 730.2ª LEC<sup>50</sup>, según el cual «podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad. En este caso, las medidas que se hubieren acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud en los *veinte días siguientes a su adopción*».

Llegados a este punto hay que puntualizar tres circunstancias, a saber: (a.) se trata, por virtud

del artículo 133.2 LEC, de un plazo de veinte días *hábiles*; (b.) de un plazo de caducidad (y no de prescripción)<sup>51</sup> que, como es lógico, no admite posposición, suspensión o interrupción, de forma que el poder o facultad que se atribuye al embargante para interponer la demanda, si no se ejercita dentro de aquel término, queda extinguido *ipso iure*, careciendo el juzgador de facultades de alteración de dicho plazo; y, por último, (c.) no puede ni debe confundirse la urgencia que habilita la adopción *ante causam* de la medida cautelar, con la urgencia que exige el artículo 733 LEC para prescindir de la audiencia o vista al demandado. Quiere decirse que son dos estadios procesales diferenciados, de manera que puede perfectamente adoptarse *ante causam* el embargo preventivo de un buque con audiencia al demandado, al menos siguiendo el tenor literal de nuestra norma procesal.

### III.6 SOLICITUD Y PRESUPUESTOS DEL EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES.

#### III.6.1 Solicitud y adopción de la medida cautelar.

El artículo 732 LEC, bajo el epígrafe genérico «solicitud de las medidas cautelares», exige, en su apartado primero, que la petición se formule con claridad y precisión, justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción; y resultando aplicable, en relación a los requisitos internos del escrito, lo dispuesto para las demandas en el artículo 399 LEC. Por ello, debe precisarse lo que se pida e identificarse al peticionario y a la persona frente a la que se pide el embargo preventivo del buque<sup>52</sup>.

Exige la norma, además, que al escrito de petición se acompañen los documentos necesarios o se ofrezca la práctica de otros medios de prueba, de suerte que para el solicitante precluirá la posibilidad de proponer prueba con la solicitud (art. 732.2 LEC); todo ello con ofrecimiento de caución, especificándose su importe y el tipo concreto de garantía que se ofrece y, finalmente, con expresión, en su caso, de que se practique sin oír a la parte cuando el propio solicitante estime (y acredite) que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa al demandado comprometería el buen fin de la medida pedida (art. 733.2 LEC). Lo que nos conduce inevitablemente a la difícil tesitura de dilucidar si el embargo preventivo de buques debería seguir la suerte del artículo 733 LEC y, consigo, la regla general de la previa audiencia al demandado o, por el contrario, si esta medida debe adoptarse, atendiendo a la peculiar naturaleza del buque y del tráfico marítimo, *inaudita parte debitoris*,

como venía sucediendo hasta la entrada en vigor de la Ley 1/2.000, de Enjuiciamiento Civil.

En efecto, la regla general es la adopción de la medida cautelar *audita parte debitoris*, previendo la LEC la celebración de una vista en la que las partes podrán exponer lo que convenga a su derecho respecto de la idoneidad de la medida pedida, así como formular las alegaciones que tengan por conveniente sobre el tipo y cuantía de la caución. Así, de considerar el órgano jurisdiccional que se cumplen los presupuestos, accederá mediante auto a la solicitud<sup>53</sup>, fijando también el importe y tipo de la caución.

No obstante, si concurren razones de urgencia o si se acredita que la vista al demandado puede comprometer el buen fin de la medida, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto en el que, aunque la LEC no lo establezca expresamente, se fijará asimismo el tipo e importe de la caución<sup>54</sup>. En este caso, el demandado podrá formular oposición en el plazo de veinte días a contar desde la notificación del auto acordando la medida cautelar.

De este modo, comprobamos que la Ley de Enjuiciamiento Civil deja a la discreción de la parte la petición de su adopción *audita o inaudita parte debitoris*. Ahora bien, en el caso concreto del embargo preventivo de buques (y siempre a instancia de parte), hay que entender que estamos ante uno de los supuestos excepcionales a que alude el citado artículo 733.2, dada la brevedad habitual de las estancias en puerto de los buques<sup>55</sup> y, en su consecuencia, el órgano de instancia habría de acceder, en principio, a su concesión sin audiencia al demandado.

### III.6.2 Presupuestos del embargo preventivo de buques según Convenio.

Llegados a este extremo, y sin entrar a examinar de momento el requisito de la prestación de la caución (común en ambos bloques normativos), hay que distinguir, una vez más, entre las reglas contenidas en el Convenio y la Ley 2/1.967, de un lado, y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de otro. No en vano, explica ORTELLS RAMOS que habrán de concurrir los presupuestos generales para la adopción de cualquier medida, salvo que exista una norma especial expresa en el sentido de excluir o configurar de otro modo dichos presupuestos generales<sup>56</sup>. Norma expresa especial que, en nuestro caso, se materializa en el reseñado Convenio y en la Ley 2/1.967.

Por ello, respecto de la apariencia de buen derecho, cuando el órgano de instancia deba aplicar estas últimas normas bastará la mera

alegación del crédito marítimo, sin que pueda exigirse la acreditación documental del mismo. En efecto, el artículo 1 de la Ley de 1.967 dispone que «para decretar el embargo preventivo de un buque extranjero por crédito marítimo basta la alegación del derecho de crédito», no siendo preciso, como razonó la Audiencia Provincial de Baleares en su Sentencia de 21 de julio de 1.999<sup>57</sup>, acreditar en estos casos la concurrencia de los dos requisitos exigidos por nuestro Derecho interno para que pueda acordarse toda medida cautelar, esto es, *el periculum in mora y el fumus boni iuris*. En este contexto, recuerda HERNÁNDEZ MARTÍ que exigir la acreditación documental en el supuesto del embargo preventivo de buques haría impracticable esta medida cautelar dada la rapidez con que se efectúa actualmente la navegación marítima<sup>58</sup>. Argumento que, a la sazón, utilizó la Audiencia Territorial de Barcelona en su Auto de 23 de marzo de 1.987<sup>59</sup> para justificar la ausencia de acreditación documental en el embargo preventivo de buques.

Por otra parte, el requisito del peligro por la mora procesal desaparece en la norma convencional y en la Ley 2/1.967, lo que, como apunta atinadamente ARROYO MARTÍNEZ, es lógico dada la especialidad del Derecho Marítimo. Por definición —prosigue este autor—, el buque debe estar en puerto el mínimo tiempo posible; el Convenio sigue pensando en el buque como la *fortuna de mar*, único patrimonio del naviero para hacer frente a las deudas. Además, para el Convenio el buque es extranjero, por lo que carece de arraigo en la jurisdicción del tribunal embargante. Así, el peligro de desaparición del deudor o la inexistencia de bienes, llegado el momento de la ejecución, está presente en el momento de la solicitud del embargo<sup>60</sup>. Es decir, las circunstancias que determinan que el *periculum in mora* se entienda implícito en la ratio de esta medida cautelar son básicamente dos, a saber: En primer lugar, el objeto sobre el que recae. El buque presenta, por su propia naturaleza, una gran movilidad, y precisamente esta circunstancia permite la concurrencia de un elevado riesgo de desaparición del bien sobre el cual se puede garantizar y, en su caso, realizar el crédito marítimo. En segundo lugar, en los casos en que se pretenda el embargo preventivo de un buque *extranjero*, esta condición incrementa el riesgo de insatisfacción del crédito<sup>61</sup>.

En suma, según Convenio y, por extensión, según la Ley de 1.967 no serán exigibles los clásicos requisitos de la apariencia de buen derecho y del peligro por la mora procesal, bastando, como se dijo, la mera alegación del crédito marítimo para la adopción de la medida pedida.

### III.6.3 Presupuestos del embargo preventivo de buques según la Ley 1/2.000, de Enjuiciamiento Civil.

En aquellos supuestos en que la adopción del embargo preventivo de un buque deba substanciar al margen de la norma convencional o de la Ley 2/1.967, es decir, cuando se trate del embargo preventivo de un buque de pabellón español pedido por quien tenga su residencia habitual o su establecimiento principal en nuestro país, será de plena aplicación la Ley 1/2.000, de Enjuiciamiento Civil y, consigo, los tres presupuestos a que se refiere el artículo 728, a saber: el peligro por la mora procesal, la apariencia de buen derecho y la prestación de caución.

#### a') Del peligro por la mora procesal.

Dispone el apartado primero del artículo 728 LEC que «sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria». Precepto en que el legislador ha optado por seguir la línea doctrinal generalizada de nuestros tribunales, según la cual concurre el denominado *periculum in mora* cuando existe un peligro tangible de que el retraso en la obtención de la sentencia pueda dar lugar a su ineficacia real<sup>62</sup>. Esto es, la existencia de un peligro para una futura ejecución es el fundamento o causa de toda medida cautelar y, en concreto, el fundamento del presupuesto del peligro por la mora procesal<sup>63</sup>.

Por otra parte, a diferencia del régimen precedente, en el nuevo texto han desaparecido los supuestos tipificados de *periculum in mora* y, además, se exige expresamente la comprobación específica del peligro. En efecto, las situaciones de peligro en la demora no están legalmente limitadas, explica ORTELLS RAMOS, porque tampoco las medidas tienen una eficacia legalmente especificada, sino configurada según las características generales del artículo 726 LEC. Es más, el presupuesto se configura en términos objetivos, como probabilidad de que se produzcan situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela pretendida en el proceso principal<sup>64</sup>, desechándose así cuantos componentes subjetivos obstaculizaban la aplicación del extinto artículo 1.400.2 LEC de 1.881 («motivo para creer», conducta del deudor «para ocultar o malbaratar sus bienes en daño de sus acreedores»).

#### b') De la apariencia de buen derecho.

El artículo 728.2 LEC establece que «el solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios». Es decir, estamos ante un juicio de probabilidad cualificada basado, a su vez, en una mera apreciación *prima facie*; y de ninguna manera cabe entender que del documento se revele una prueba cierta o convicción de certeza<sup>65</sup>. Así, no se requiere una prueba plena<sup>66</sup> o rigurosa<sup>67</sup>, bastando la idoneidad o eficacia aparente<sup>68</sup>, no exigiéndose, por lo demás, que la deuda sea eficaz sino, mas al contrario, clara<sup>69</sup>. A mayor abundamiento, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, el *fumus boni iuris* encuentra su significación en una premisa básica: la demanda habrá de parecer estar bien fundada, esto es, con alguna posibilidad lógica de prosperar o, lo que es lo mismo, con apariencia de buen derecho, en relación a la tutela judicial efectiva a que tienen derecho todas las personas ex artículo 24.1 de la Constitución, comprensiva asimismo de la tutela cautelar<sup>70</sup>.

De otro lado, en la nueva ordenación se impone que entre la pretensión procesal y la medida cautelar que se solicite exista una adecuación, de manera que la medida sea cuantitativa y cualitativamente apropiada para el fin de garantizar la efectividad de aquella tutela<sup>71</sup>.

## III.7 DE LA CAUCIÓN PROCESAL: REVISIÓN.

### III.7.1 De la caución procesal: aspectos generales.

Advierte ROBLES GARZÓN que para el legislador son dos los presupuestos de las medidas cautelares; para el solicitante, en cambio, son tres, porque la caución, que desde el punto de vista del legislador es una condición, para el solicitante se le convierte en otro presupuesto, ya que necesariamente tiene que prestarla para que el Juez materialice la medida cautelar<sup>72</sup>.

Siguiendo a DE LUCCHI, la medida cautelar, por cuanto supone una injerencia provisional y temporal en el patrimonio del demandado, es susceptible de causarle graves perjuicios si la resolución definitiva posterior le absuelve. El mecanismo para equilibrar los intereses de ambas partes en el proceso —el interés del demandante en que se adopte la medida caute-

lar frente al interés del demandado en no sufrir perjuicios injustificados— no es otro que la exigencia de una caución, que constituye el remedio legal para asegurar la indemnización de esos hipotéticos perjuicios que pudieran causarse al demandado<sup>73</sup>, caución también denominada *contracautela*. Por ello, dada la importancia que supone la injerencia en el patrimonio del demandado antes de una resolución firme condenatoria, la caución que asegura los daños y perjuicios derivados de dicha injerencia se convierte en presupuesto para la adopción de la medida cautelar, constituyendo un medio de garantía que asegura el cumplimiento de una obligación por parte del demandante: la de indemnizar los daños y perjuicios derivados de la adopción de la medida cautelar posteriormente revocada<sup>74</sup> y, en particular, advierte CALAMANDREI, aquellos daños que podrían causarse por la excesiva celeridad de la providencia cautelar<sup>75</sup>, neutralizándose así el eventual efecto dañoso de una resolución judicial para el caso de que sea anulada o modificada<sup>76</sup>.

En efecto, como razonó el Tribunal Constitucional en su Auto de 27 de abril de 1.983<sup>77</sup>, es preciso ponderar la necesidad de tutela de la parte demandante con la compatibilización de la parte demandada, estableciendo un razonable equilibrio entre ellas, pues al derecho de aquélla se contraponen, para que no haya perjuicio indebido más que en lo necesario, no sólo la oposición a posteriori, sino también la prestación de una fianza bastante al solicitante para responder de los perjuicios y costas. Ejercicio de ponderación que, como no puede ser de otra manera, corresponde al órgano judicial, al que se atribuye la labor de equilibrar los intereses de las partes a través del desenvolvimiento del principio de significación, utilidad o efectividad social de la tutela, de las que las cauciones no son más que una manifestación<sup>78</sup>. De lo que se sigue que, sujeta la imposición de la caución al poder discrecional del Juez, éste debe hacer uso de una extrema prudencia para evitar que la caución pueda constituir un medio de denegación de justicia<sup>79</sup>.

### III.7.2 De la caución procesal en el embargo preventivo de buques.

El artículo 6 del Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1.952 no exigía el requisito de la prestación de una caución previa, remitiendo al punto a la Ley del Estado contratante en cuya jurisdicción se hubiese practicado o pedido el embargo. El artículo 6 del Convenio de 1.999<sup>80</sup>, en cambio, si alude expresamente a la *posibilidad* del tribunal, como condición para decretar el embargo, de imponer al acreedor que lo solici-

te o que haya obtenido el embargo la obligación de prestar garantía de la clase, por la cuantía y en las condiciones que se determine judicialmente, para responder de los perjuicios que puedan irrogarse al demandado como consecuencia del embargo. Precepto que, al remitir al criterio del órgano jurisdiccional, también opera indirectamente una genérica remisión a la *lex fori*, de suerte que en el embargo preventivo de un buque, extranjero o no, resultarán de aplicación las normas de nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, el artículo 1 de la Ley 2/1.967, según el cual «el Juez exigirá en todo caso fianza en cantidad suficiente para responder de los daños, perjuicios y costas que puedan ocasionarse», y el artículo 728.3 LEC, que impone asimismo al solicitante de la medida cautelar que preste caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

Esta caución podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por una entidad de crédito o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate (art. 529.3 LEC). La práctica del tráfico ha desarrollado diversas modalidades, dada la permisibilidad convencional en este punto. Las más usuales, por ser las más cómodas y menos gravosas para el naviero, son las cartas de garantía de los Clubs P&Y (*undertaking letters*) o de otras compañías que aseguran la responsabilidad del naviero, así como el aval bancario, intervenido por fedatario y emitido por un Banco con domicilio en el mismo partido judicial del Juzgado embargante<sup>81</sup>. En este sentido, advierte ALCÁNTARA que la constitución del aval bancario en la cuantía fijada por el Juzgado exige normalmente rapidez y agilidad de actuación en coordinación con el Banco fiador, ya que el auto de embargo preventivo no se dicta hasta que el aval haya quedado constituido a disposición del Juzgado y hayan firmado la ratificación del aval dos apoderados de la entidad bancaria fiadora<sup>82</sup>.

Finalmente, respecto del importe de la caución, dispone el párrafo segundo del artículo 728.3 LEC que será determinado por el órgano judicial atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que se realice sobre el fundamento de la solicitud de la medida. Criterios a los que, a juicio de ORTELLS RAMOS, debe añadirse un tercero: la previsión de los daños y perjuicios que la medida cautelar pudiera causar en el patrimonio del demandado, toda vez que garantizar la indemnización de los

mismos es el fin de la caución (art. 728.3.I LEC) y, en consecuencia, su cumplimiento impone la toma en consideración de este aspecto<sup>83</sup>.

Respecto del primero de estos criterios, es difícil determinar por qué razón y en qué sentido debe atenderse a la naturaleza y contenido de la pretensión principal para fijar la cuantía de la caución, pues lo que en definitiva importa para la potencialidad dañosa —denuncia este último autor— es la medida pedida, no la pretensión principal<sup>84</sup>. El segundo criterio, la valoración sobre el fundamento de la solicitud de la medida, remite *ope legis* a la apariencia de buen derecho<sup>85</sup>, alejándose así de la tendencia doctrinal y jurisprudencial que exigía, a la hora de determinar la cuantía de la caución, la valoración sobre el presupuesto de *periculum in mora*<sup>86</sup>. Y, en cuanto a la previsión de los eventuales daños y perjuicios, hay que reiterar que la caución sirve como factor de equilibrio para proteger los intereses del sujeto pasivo de la medida cautelar<sup>87</sup>, de lo que se sigue la importancia de este último criterio que, como se dijo, no tuvo acogida en el texto legal.

### III.8 DE LA OPOSICIÓN A LA ADOPCIÓN DEL EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES: MOTIVOS DE OPOSICIÓN.

Una vez más hemos de distinguir aquellos supuestos en que resulta de aplicación la norma convencional y, por extensión, la Ley de 1.967, y aquellas solicitudes en que solamente cabe aplicar la Ley 1/2.000, de Enjuiciamiento Civil.

Dispone el artículo 3 de la Ley 2/1.967 que, hecho el embargo, la oposición sólo podrá fundarse en el incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos en los dos artículos anteriores; el primero de dichos artículos se refiere al embargo preventivo de un buque extranjero por crédito marítimo, bastando que se alegue el derecho o créditos reclamados y la causa que los motive; y el segundo artículo de esta Ley alude a las limitaciones del artículo 3 del Convenio. Quiere decirse que, en estos casos, únicamente se podrá formular oposición por dos causas: que no sea un crédito homologado (incluido en la lista) o que no se haya prestado la fianza exigida en el artículo 3 de la Ley de 1.967<sup>88</sup>, significándose que los Convenios establecen la obligación de levantar el embargo cuando se haya prestado una contrafianza suficiente<sup>89</sup> que, en ningún caso, podrá exceder del valor del buque embargado ni podrá interpretarse como reconocimiento de responsabilidad.

Fuera de estos supuestos, resulta de aplicación la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en concreto, los artículos 739 y siguientes, según los cua-

les, cuando la medida cautelar se haya adoptado sin previa audiencia al demandado, podrá éste formular oposición en el plazo de veinte (20) días contados desde la notificación del auto que acuerda la medida. La diferencia fundamental entre el régimen procesal nacional y el propiamente convencional estriba, en este concreto punto, en que no existe limitación alguna en cuanto a los motivos de oposición (arts. 734 y 740 LEC), pudiendo ofrecerse caución sustitutoria en la vista para la audiencia de las partes o, si la medida se hubiese adoptado *inaudita parte debitoris*, en el mismo trámite de oposición (art. 747 LEC).

### IV. ARBITRAJE Y EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES: APROXIMACIÓN.<sup>90</sup>

En el tráfico mercantil actual y, en particular, en el tráfico marítimo no es infrecuente que las partes sometan sus eventuales disputas a un arbitraje comercial internacional, máxime considerando la movilidad transnacional de los buques y el despacho de éstos por las autoridades marítimas de los más diversos países. Así pues, la pregunta que cabe formularse entonces es si puede adoptarse el embargo preventivo de un buque en el seno de un procedimiento arbitral.

Como se vio, la normativa convencional (y, por extensión, la Ley 2/1.967) permite que el embargo preventivo del buque pueda adoptarse en función de un proceso arbitral, incluso cuando se trate de un embargo *ante causam*, es decir, anterior a la formalización del arbitraje<sup>91</sup>. En estos casos, basta que se dé el presupuesto de la sumisión arbitral para que los tribunales puedan fijar de oficio el plazo (para formalizar el arbitraje) del Convenio internacional, sin sujetarse a ningún otro requisito y sin que esta actuación suponga un abuso o una conculcación de la norma<sup>92</sup>. Ahora bien, la duda surge en el marco de nuestro propio ordenamiento jurídico, participando ya que la evolución legislativa y jurisprudencial ha sido gratamente armonizadora con las tendencias de los países de nuestro entorno<sup>93</sup>.

La calificación que la Ley 36/1.988<sup>94</sup> hace del arbitraje como fenómeno intermedio entre la resolución estatal de los conflictos y la puramente privada no impide la colaboración de los órganos jurisdiccionales y, por tanto, la institución arbitral no se aleja de una cierta imbricación en el tejido jurisdiccional propiamente dicho. Sin embargo, no eran pocos los tribunales que entendían que la específica dición del artículo 50<sup>95</sup> de aquella Ley, que solamente habilitaba el auxilio judicial para la adopción de

medidas cautelares una vez impugnado el laudo, excluía la posibilidad de laguna legal e implicaba, *sensu contrario*, una voluntad ajena a la posibilidad de lo que pudo regularse y no se reguló; así, la máxima *ubi lex non distinguet nec nos distinguere debemus*<sup>96</sup> encontraba aquí un evidente acomodo hermenéutico que, reprochaban, no podía ni debía llenarse con el principio constitucional de la tutela judicial efectiva<sup>97</sup>. Asimismo, otras Audiencias Provinciales advertían, a propósito de la admisión de medidas cautelares instrumentales pendiente un procedimiento arbitral, que esta posibilidad resultaba imposible por tratarse de un tema que «escapaba a su conocimiento»<sup>98</sup>.

En cambio, no eran pocos los órganos jurisdiccionales que, precisamente al amparo del principio general de inexistencia de lagunas legales, afirmaban que la ausencia de norma positiva expresa que recogiese la posibilidad de adoptar medidas cautelares en un procedimiento arbitral no implicaba la prohibición de su aplicación, pues la realidad actual (art. 3 CC) permite incardinar el aseguramiento del resultado de la sentencia o de un laudo arbitral, al perseguir ambas resoluciones un idéntico fin de paz social y restauración del derecho violado, en el contenido constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). No en vano, parafraseando al profesor MUÑOZ SABATÉ, «sin posibilidad de medidas cautelares el sistema arbitral es, en muchos casos, como aventurarse a navegar sin chaleco salvavidas»<sup>99</sup>.

En efecto, no se puede hablar de medidas cautelares como de una opción más o menos conveniente, sino de una necesidad real, de un asunto de legalidad ordinaria del citado principio constitucional. Y es que, como explicó el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 10 de febrero de 1.992, la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso; de manera que no responde a razón alguna jurídicamente atendible que pueda cautelarse el resultado del arbitraje en un momento tan tardío (impugnación del laudo) y no en el momento propio *ad hoc* de toda medida cautelar<sup>100</sup>. Circunstancias que, además, deben conjugarse con otros argumentos de Derecho internacional que abundan en lo que se puede considerar una constante en el Derecho moderno: el aseguramiento del resultado de la controversia jurídica. Este pareció ser el criterio de la Audiencia Provincial de Asturias en su Sentencia de 19 de febrero de 1.993<sup>101</sup>, al constatar, en su fundamento jurídico tercero, que «parece evidente que si se precisa la intervención judicial para la ejecución del laudo como para la adopción de medidas que aseguren el

cumplimiento del impugnado, nada debe impedir que tales medidas y con la misma finalidad puedan adoptarse antes de que aquél se emita, no constituyendo obstáculo alguno el que la medida pueda ser acordada y debatida por un órgano distinto al que haya de entender el proceso principal».

Que ello es así se desprende del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial hecho en Ginebra el 21 de abril de 1.961<sup>102</sup>, en cuyo artículo 6 apartado 4<sup>a</sup> se señala que «si una de las partes solicitase medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad ante una autoridad judicial, no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral, ni como sometimiento del asunto al tribunal judicial para que éste resuelva»<sup>103</sup>. Igualmente, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI/Uncitad, aprobado por la Resolución 31/98 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 15 de diciembre de 1.976, prevé en su artículo 16 que «la solicitud de adopción de medidas cautelares dirigidas a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje, ni como una renuncia a ese acuerdo». Precepto que, huelga decir, debe entenderse conjuntamente con el artículo 22.5 LOPJ, según el cual «en el orden civil los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España». Por ello, como razonó la Sala 1<sup>a</sup> del Tribunal Supremo en su Auto de 23 de mayo de 1.985<sup>104</sup>, ha lugar a la petición de medidas provisionales ante una autoridad judicial en el marco de un arbitraje, toda vez que la solicitud no es incompatible con el compromiso arbitral, se adapta a las exigencias del párrafo 4<sup>o</sup> del artículo 6 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial y, por ende, no supone sumisión a los tribunales ordinarios para la resolución del caso<sup>105</sup>; significándose que éste fue también el criterio seguido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 17 de noviembre de 1.998, dictada el Asunto C-391/95, *Van Uden Maritime BV v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros*<sup>106</sup>.

Criterio que, por lo demás, sentó las bases para el examen de otra cuestión acaso más controvertida, la adopción de la medida cautelar con anterioridad a la iniciación del procedimiento arbitral, y que culminó con resoluciones judiciales revolucionarias como el Auto del Juzgado de Primera Instancia Número 17 de Madrid de 12 de marzo de 1.993<sup>107</sup> que, respecto de un proceso arbitral seguido en nuestro país, acordó el

embargo preventivo apercibiendo al solicitante de que «el embargo quedará nulo de Derecho de no justificar ante este órgano jurisdiccional, en el plazo improrrogable de veinte días, la solicitud de arbitraje ante el Tribunal Arbitral de Barcelona»; o el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 28 de abril de 1.992<sup>108</sup>, en el que se admitió la adopción del embargo con anterioridad a la formalización del arbitraje y en el que, además, se señaló que «si la cuestión principal está sometida a arbitraje *extranjero* el juez podrá libremente fijar el plazo que considere oportuno», apostillando que «el inicio del arbitraje permitirá entender ratificado el embargo».

Esto no obstante, ¿qué ha sucedido a raíz de la promulgación de la Ley 1/2.000, de Enjuiciamiento Civil? El legislador, como no podía ser de otra manera, no desoyó la evolución de la doctrina y jurisprudencia en esta concreta materia, proyectando aquel criterio en el artículo 722 de la Ley Adjetiva Civil. Dispone este precepto que «podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje; o, en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento. Con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles». En estos casos, las medidas cautelares adoptadas en función de un procedimiento arbitral deben ser alzadas por las causas de suspensión o de terminación de este

proceso, de modo análogo a como está dispuesto para las medidas instrumentales de un procedimiento judicial (arts. 731, 744 y 745 LEC)<sup>109</sup>. En suma, siguiendo a MAGRO SERVET, la nueva Ley 1/2.000 viene a ofrecer algo de luz a la división doctrinal y jurisprudencial existente con anterioridad a la reforma procesal civil, y clarifica los problemas que antes planteaba la redacción del artículo 50 de la Ley 36/1.988, que parecía exigir la impugnación del laudo para interesar la adopción de medidas cautelares<sup>110</sup>.

Ahora bien, no se recoge expresamente la posibilidad de solicitar medidas cautelares con carácter previo a la iniciación del proceso arbitral, acaso porque el fin específico del párrafo primero del artículo 722 LEC, sugiere ORTELLS RAMOS, no es otro que incentivar el arbitraje institucional<sup>111</sup>. Sin embargo, el artículo 730.3 LEC viene a dar una respuesta parcial a esta cuestión. En efecto, dispone este precepto que «el requisito temporal a que se refiere el apartado anterior<sup>112</sup> no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En ellos, para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral». Redacción que, a juicio de MAGRO SERVET y del propio ORTELLS RAMOS, habilitaría aquella posibilidad en atención a las exigencias del derecho a la tutela cautelar como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque subordinando su mantenimiento al requisito que, de modo general, se impone a las medidas previas<sup>113</sup>, significándose que, en estos supuestos, las medidas se alzarán si los árbitros rechazan el encargo o si no lo aceptan en el plazo de quince días naturales desde la notificación de la designación (art. 15.2 Ley de Arbitraje).

## 1. NOTAS.

<sup>1</sup> JOSÉ MARÍA ALCÁNTARA, «*Convenciones internacionales sobre el embargo preventivo de naves*», Forum II, Derecho Marítimo y del Mar, [www.reforma-justicia.gov.do](http://www.reforma-justicia.gov.do).

<sup>2</sup> B.O.E. núm. 86, de 11 de abril de 1.967.

<sup>3</sup> B.O.E. 5 de enero de 1.954.

<sup>4</sup> Actualmente en tramitación ante el Senado.

<sup>5</sup> Convenio al que, dada la inminente aplicabilidad en nuestro país, prestaremos más atención en los presentes *apuntes*.

<sup>6</sup> El Grupo Intergubernamental Mixto de Expertos en Privilegios Marítimos e Hipoteca Naval y Cuestiones Conexas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, en el Proyecto de artículos para un convenio sobre el embargo preventivo de buques presentado en la sesión de 14 de abril de 1.997, había definido «embargo» como toda inmovilización o restricción a la salida de un buque impuesta *como medida cautelar* por resolución de un tribunal en garantía de un crédito marítimo, pero no la incautación de un buque en ejecución de una sentencia, *un laudo arbitral* u otro instrumento ejecutorio. Asimismo, en el informe presentado en el noveno período de sesiones, el Presidente propuso la siguiente definición de embargo: «toda inmovilización o restricción a la salida de un buque impuesta *como medida precautoria* por resolución judicial en garantía de un crédito marítimo, pero no el embargo de un buque en ejecución de una sentencia, *un laudo arbitral u otro instrumento ejecutorio*». Como se puede apreciar, en la versión definitiva se suprimieron las menciones «medida cautelar» y «medida precautoria», así como «laudo arbitral», quizás temiendo (con razón) encasillar conceptualmente un instituto que también podría concebirse como medida provisional, que no necesariamente cautelar o precautoria; y eludiendo redundancias con la expresión «laudo arbitral», toda vez que éste se configura como un genuino instrumento ejecutorio, como se verá.

<sup>7</sup> IGNACIO ARROYO MARTÍNEZ, en Uría-Menéndez, *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1.999, Tomo II, Ed. Civitas, pág. 1.240.

<sup>8</sup> Como señala ALCÁNTARA, *op. loc. cit.*, la versión española ha conservado, al igual que el texto francés, el término anglosajón “mortgage” sin traducir dada su peculiaridad jurídica. El sentido lleva a incluir aquí toda reclamación o crédito hipotecario sobre un buque, y también sobre acciones en un buque.

<sup>9</sup> El Grupo Mixto, en el Proyecto de artículos para un convenio sobre el embargo preventivo de buques presentado en la sesión de 14 de abril de 1.997, había fijado inicialmente la siguiente redacción del párrafo primero del artículo 1: «Por crédito marítimo se entiende toda alegación de un derecho de crédito concerniente a la propiedad, la construcción, la posesión, la administración, la explotación o el comercio de un buque, o que tenga por causa alguna de esas actividades o instituciones, o tenga por causa una hipoteca o *mortgage* o un gravamen inscribible del mismo género impuesto sobre un buque» [y a continuación se enumeraban las *causas* ya expresadas]. Quiere decirse que en el seno del Grupo Mixto hubo división de opiniones acerca de la cuestión de si debía darse al párrafo primero del artículo 1 el mismo planteamiento que el del Convenio de 1.952 y establecer una lista exhaustiva de los créditos marítimos, o bien si debía adoptarse el planteamiento más flexible de establecer una lista no exhaustiva. Finalmente, prevaleció la primera postura, modificándose dicho párrafo por el Grupo Oficioso de Trabajo establecido en el octavo período de sesiones del Grupo Mixto.

<sup>10</sup> Hay que recordar, como indica ALCÁNTARA, *op. loc. cit.*, que «fuera del ámbito de aplicación del Convenio de 1.952, y de acuerdo con las normas respectivas de enjuiciamiento civil, los buques podrán ser, desde luego, embargados preventivamente en relación con créditos ordinarios contra un determinado deudor, aunque por un procedimiento menos expeditivo que el otorgado por el Convenio».

<sup>11</sup> Normalmente *maritimistas* que, nos recuerda LÓPEZ CALERA, han venido descuidando y evitando en sus estudios los aspectos procesales de la rama marítima. JOAQUÍN M. LÓPEZ CALERA,

«Aspectos procesales de una reforma urgente de la legislación marítima». Ed. Aranzadi, 2.000. BIP 2000\1954.

<sup>12</sup> Hay que destacar, además, que el apartado segundo del artículo 11 de la Ley 1/2.000 habilita la tutela de intereses colectivos a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la protección o la defensa de los mismos, todo ello cuando los perjudicados por el *hecho dañoso* sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables. Se subordina, una vez más, la legitimación activa a la concurrencia de un previo hecho dañoso.

<sup>13</sup> Por todas, STS 22 marzo 1.999.

<sup>14</sup> No olvidemos, por lo demás, que se puede estar legitimado para accionar y, sin embargo, carecer del derecho que se controvierte. En efecto, dada la vinculación de la legitimación con el tema de fondo, no es extraño que, en ocasiones, se confunda la legitimación (*questio iuris*) con la existencia del derecho discutido, que exige la comprobación de los elementos fácticos que lo configuran (STS 31 marzo 1.997).

<sup>15</sup> Por todas, SAP Huesca 25 mayo 1.998 y STJCE 14 julio 1.994, As. Faccini Dori contra «Recreb Srl», C-91/1.992.

<sup>16</sup> IGNACIO ARROYO MARTÍNEZ, *op. loc. cit.*, pág. 1.241.

<sup>17</sup> Siguiendo a ALCÁNTARA, «en este tema procesal un buque español, el “Monte Ulia”, jugó un destacado papel orientador en la jurisprudencia inglesa. Cuando navegaba hacia el puerto de Londres por el Támesis, con 163 pasajeros a bordo, el “Monte Ulia” se vio obligado a evitar el abordaje por un pequeño buque llamado “Banco”, que llevaba un curso negligente. Como consecuencia de la maniobra, el buque español golpeó una terminal de crudo en la isla de los Perros, produciendo elevadísimos daños por contaminación e incendio. Los Armadores del “Monte Ulia”, entonces, embargaron el “Banco” y seis buques más de mismo propietario en aplicación de la Sección 3-4 de la A.J.A. 1956, estimando que el derecho de opción tenía carácter plural. La oposición de los Armadores del “Banco” prosperó, decidiendo el Tribunal que había que acudir al texto del Convenio de 1952 en caso de duda y que, según el Art. 3-1 del mismo, sólo se podía embargar un buque: el causante del crédito u otro del mismo propietario, pero no más de uno (1971, Lloyd’s Law Rep. Court of Appeal, Vol. 1-49)», JOSÉ MARÍA ALCÁNTARA, *op. loc. cit.*

<sup>18</sup> Artículo 3.1.c) Convenio de Ginebra de 12 de marzo de 1.999.

<sup>19</sup> Artículo 3.1.e) Convenio de Ginebra de 12 de marzo de 1.999.

<sup>20</sup> Rollo de Apelación 242/1.998, El Derecho 1999/31250.

<sup>21</sup> Artículo 3.1.d) Convenio de Ginebra de 12 de marzo de 1.999.

<sup>22</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 21 julio 1.999, rec. 506/1.998, El Derecho 1999/42.413.

<sup>23</sup> De ordinario se ha considerado que el principio *iura novit curia* rige sólo para el Derecho propio, mientras que la apreciación del Derecho extranjero de oficio por el Juez no es, en principio, exigible, dada la dificultad de conocer el contenido de los diferentes sistemas jurídicos que existen en el mundo. De ahí que hoy por hoy el número de Estados que tratan procesalmente al Derecho extranjero como si fuera el Derecho del foro sea aún muy reducido (Suiza y Austria, básicamente). Por el contrario, la inmensa mayoría de Estados asimila al Derecho extranjero, desde el punto de vista de su alegación y prueba en el proceso, a los Hechos (SsTS 12 enero 1.989; 11 mayo 1.989; 7 septiembre 1.990; 17 diciembre 1.991; y 13 abril 1.992, entre otras), no a los *Fundamentos de Derecho*, reconociéndose a las partes la facultad de alegarlo y probarlo e incluso de cooperar con el Juez en la averiguación de su contenido, de manera semejante a lo que sucede con la costumbre que, siendo fuente del Derecho, precisa ser alegada y probada por quien la invoca. No en balde, el párrafo segundo del artículo 12.6 del Código Civil, ya derogado con ocasión de la promulgación de la LEC, disponía que «los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español. La

“Apuntes sobre el Embargo Preventivo de Buques”

persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse, además, de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas». Se ha optado, pues, por un régimen en el que el *onus probandi* recae fundamentalmente sobre la parte que invoca el Derecho extranjero, solución de otro lado muy tradicional en nuestra jurisprudencia, que concibe la intervención del Juez de manera muy limitada. De este modo, no es admisible su conocimiento privado del Derecho extranjero, no estando obligado —sino facultado— a fijar el contenido de éste. Se trata, además, de una actividad judicial complementaria de la de las partes, sin que pueda sustituirla si aquella no se ha producido o no se produce (SsTS 12 noviembre 1.976 y 6 noviembre 1.979).

<sup>24</sup> En efecto, según el artículo 12.6 CC deberá probarse el contenido y la vigencia del Derecho extranjero (SsTS 9 noviembre 1.984; 11 mayo 1.989; 7 septiembre 1.990; 16 julio 1.991; 13 abril 1.992), así como su aplicación al caso litigioso (STS 19 diciembre 1.935), sin que baste la cita aislada de los textos legales extranjeros (STS 9 mayo 1.988). Es, asimismo, necesario probar el sentido, alcance e interpretación atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país (STS 5 Noviembre 1.971; y 3 Febrero 1.975), significándose que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo art. 281.2 LEC, «el Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación».

<sup>25</sup> El Derecho 1989/6327.

<sup>26</sup> En nuestro caso, en la Sección de Buques y Aeronaves (Sección Primera) del Registro de Bienes Muebles. En este Registro, explicita la DGRN en su Instrucción de 26 de abril de 2.001 (BOE núm. 113, 11 de mayo de 2.001), se deben practicar todas las inscripciones de actos y contratos relativos a embarcaciones y aeronaves, con independencia (con relación a los buques) de la lista en la que estén inscritas en el Registro administrativo correspondiente. Cada uno de los actos, contratos y gravámenes (compraventas, al contado o a plazos, arrendamientos, hipoteca naval o mobiliaria, anotación de embargo o de demanda, ejecución forzosa, etc.) que se realicen sobre tales bienes serán calificados y, en su caso, inscritos o anotados preventivamente dentro de dicha Sección por el Registrador de Bienes Muebles, esto es, el Registrador a cargo del Registro de Buques o, en su defecto, el Registrador mercantil provincial.

<sup>27</sup> En idéntico sentido, STS 25 junio 1.946; RsDGRN 29 octubre 1.946 y 3 marzo 1.953; y SAP A Coruña 10 marzo 1.999, El Derecho 1999/10723.

<sup>28</sup> STJCE 21 mayo 1.980, As. Denilauler, rec. p. 1.553, ap. 16.

<sup>29</sup> STJCE 27 marzo 1.979, As. De Cavel, 143-78, Rec. p. 1.055, ap. 9.

<sup>30</sup> STJCE 26 marzo 1.992, As. Reichert y Kockler, C-261/90, Rec. p. 1-2149, ap. 34.

<sup>31</sup> STS 2 diciembre 1.996, El Derecho 1996/10155.

<sup>32</sup> FUENTES CAMACHO, «Ámbito de aplicación del Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima, de 10 de mayo de 1.952», Anuario de Derecho Marítimo, Vol. VI. pág. 154.

<sup>33</sup> LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA, «Embargo preventivo de buques: estudio jurisprudencial», La Ley, 1.998-5, pág. 8.

<sup>34</sup> Sobre la finalidad de la Ley 2/1.967 véase el artículo de JOSÉ LUIS GOÑI «Del Stainless Tanker a la Ley 2/1.967 sobre embargo preventivo de buques. El embargo de buques nacionales», Tribuna Profesional de la Asociación de Navieros Españoles. Enero 2.001.

<sup>35</sup> En efecto, el artículo 1 de la Ley 2/1.967 reza lo siguiente: «Para decretar el embargo preventivo de un buque extranjero [...]».

<sup>36</sup> Así, JOSÉ MARÍA ALCÁNTARA, *op. loc. cit.*; CUCARELLA GALIANA, *op. loc. cit.*; y SAP Las Palmas 14 noviembre 1.991, RGD 1992, págs. 12.830 a 12.832.

<sup>37</sup> Apunta ALCÁNTARA, cit., una cuestión que me parece de gran interés al respecto: «No hay que perder de vista que el Convenio de 1952 y el de 1926 sobre Privilegios e Hipotecas están íntimamente ligados, aunque no confundidos ni yuxtapuestos. Hasta tal punto que en el seno del C.M.I. se ha sugerido, con acierto, la posibilidad de refundir los dos Convenios en uno solo, aunque la respuesta unánime de las Asociaciones nacionales ha sido negativa. Desde la perspectiva del Convenio de 1926, y su reforma aun no en vigor de 1967, el interés máximo de los diferentes acreedores reside en ganar peldaños en la escalera de prelación de créditos contra el buque. Es fácil ver como continúa, a veces encarnizadamente, la tradicional carrera concursal entre los titulares de créditos marítimos privilegiados ("maritime liens") y los acreedores hipotecarios ("mortgages"). La "vía especial" del Convenio de 1952 permite a todos estos acreedores inmovilizar al buque en cuestión (u otro "sister ship") en un puerto determinado para garantizar sus demandas; o bien, cuando es otro el que embargó el buque y peligra el valor garantizable o el rango del crédito, trabar un segundo o tercer embargo buscando la ejecución del buque en pública subasta. Los planteamientos tácticos fueron a unos buques, de cada día menor valor en el mercado y más ricos sólo en deudas, son infinitos y sorprendentes. Muchas veces vienen aconsejados por las situaciones de "one-ship company", que han sido promovidas por los deudores para burlar el régimen de embargo preventivo opcional de un "buque hermano" del Convenio de 1952. De ahí y por todo ello que los especialistas concentren su esfuerzo en practicar el embargo del buque en la jurisdicción mas conveniente para sus intereses, por todas o la mayoría de las razones».

<sup>38</sup> FUENTES CAMACHO, *op. loc. cit.*, pág. 154-155.

<sup>39</sup> Véanse los arts. 100 y 108 a 113 LECrim; y arts. 109 a 122 del Código Penal.

<sup>40</sup> MANUEL ORTELLS RAMOS, «*Las medidas cautelares*», Ed. La Ley, 2.000, págs. 235-236.

<sup>41</sup> Artículo 723.1ª Ley 1/2.000, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>42</sup> Véase, a título de ejemplo, el Rollo de Apelación 487/1.997 seguido ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas

<sup>43</sup> Artículo 725.1 Ley 1/2.000, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>44</sup> Pensemos, por ejemplo, en la acción declarativa del dominio sobre el buque a que alude el artículo 1.1.s) del Convenio de Ginebra de 1.999, o incluso en una acción de rectificación del asiento registral.

<sup>45</sup> MANUEL ORTELLS RAMOS, *op. loc. cit.*, págs. 136 a 138.

<sup>46</sup> Art. 3.4º Convenio de Bruselas de 1.952.

<sup>47</sup> Art. 7.3º Convenio de Ginebra de 1.999.

<sup>48</sup> Art. 7.4º Convenio de Ginebra de 1.999.

<sup>49</sup> Esta facultad jurisdiccional se ha justificado en nuestra jurisprudencia en la distancia y la posible complejidad de la ulterior demanda definitiva que deba presentarse ante una jurisdicción extranjera. Así, AAT Burgos 8 septiembre 1.987, RGD, 1.988, págs. 6.306 y 6.307; AAP Oviedo 28 abril 1.992, RCEA, 1.993, págs. 239 a 241; AAP Barcelona, Sección 4ª, RGD 1.994, págs. 7229 a 7232, todas citadas por LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA, *op. loc. cit.*

<sup>50</sup> Este parece ser el criterio de nuestros Tribunales de Justicia. Así, AAT Barcelona 31 marzo 1.987, Anuario de Derecho Marítimo, vol. VII, págs. 700 a 704; y AAP Pontevedra, Sección 3ª, 23 febrero 1.996, RGD 1996, págs. 10.822 y 10.823.

<sup>51</sup> AAP Baleares, Sección 4ª, 9 octubre 2.001, Rec. Apel. 143/2.001, Auto número. 229/2.001.

<sup>52</sup> SAP Pontevedra 18 diciembre 2.000, El Derecho 2000/62730.

<sup>53</sup> Contra este auto cabrá recurso de apelación sin efectos suspensivos ex art. 735.2ª y 736 LEC.

“Apuntes sobre el Embargo Preventivo de Buques”

- 54 YOLANDA DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, «Las cauciones procesales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Ed. Civitas, 2.001, pág. 144.
- 55 IGNACIO ARROYO MARTÍNEZ, *op. loc. cit.*, págs. 1.243 y 1.244.
- 56 MANUEL ORTELLS RAMOS, Ponencia sobre «Las medidas cautelares. Análisis crítico del Borrador del Anteproyecto de LEC», Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de LEC, Murcia, 1.997, pág. 549.
- 57 El Derecho 1999/42413.
- 58 HERNÁNDEZ MARTÍ, «El embargo preventivo de buques según el Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1.952, RDM, 1.978, pág. 125, nota 42.
- 59 Anuario de Derecho Marítimo, Vol. VII, págs. 695 a 700.
- 60 IGNACIO ARROYO MARTÍNEZ, *op. loc. cit.*, pág. 1.242.
- 61 LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA, *op. loc. cit.* En idéntico sentido, Auto de la Audiencia Territorial de Barcelona de 26 de noviembre de 1.986, Anuario de Derecho Marítimo, Vol. VI, págs. 511 a 517.
- 62 AAP Madrid 4 febrero 1.999, AC 1999\3898.
- 63 AAP Barcelona 6 septiembre 1.995, AC 1995\1770. En idéntico sentido, SAT Cáceres 2 marzo 1.985, La Ley 1.985-2, 892; SAT Barcelona 30 septiembre 1.985, La Ley 1.985-4, 694; AAP Pontevedra 4ª 25 enero 1.996, La Ley 1.996, 4389.
- 64 ORTELLS RAMOS, M., *op. loc. cit.*, págs. 155-156.
- 65 BROCA MAJADA, «Práctica Procesal Civil», ap. 32, Embargo Preventivo, pág. 3.161.
- 66 SAP Pontevedra 18 diciembre 2.000, rec. 165/2.000, El Derecho 2000/62730.
- 67 SsAP Palma de Mallorca, Sec. 3ª, 11 julio 1.991, RGD 1.992, p.805; Almería 27 enero 1.993; Oviedo 19 febrero 1.993.
- 68 SsAP Castellón 23 mayo 1.991, RGD 1.993, pág. 9.215; y Vitoria 17 diciembre 1.992, RGD 1.993, pág. 8.014.
- 69 SAT Pamplona, 22 noviembre 1.973, RGD, 1.974, pág. 514.
- 70 ATS 31 julio 1.992, RJ 1992\6221.
- 71 ORTELLS RAMOS, M., *op. loc. cit.*, pág. 175.
- 72 ROBLES GARZÓN, J.A., «Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 2.000, pág. 671.
- 73 SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Teoría general de medidas cautelares», Barcelona, 1.974 (con RAMOS MÉNDEZ), pág. 42.
- 74 DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., *op. cit.*, págs. 139 a 143.
- 75 CALAMANDREI, P., «Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares», Buenos Aires, 1.945, pág. 64.
- 76 CHIOVENDA, G., Istituzioni di diritto processuale civile italiano, T.I., Nápoles, 1.935, pág. 250, citado por DE LUCCHI, *cit.*, pág. 36.
- 77 Auto 186/1.983, de 27 de abril, citado por DE LUCCHI, *cit.*, pág. 141.

<sup>78</sup> LOZANO-HIGUERO PINTO, M., «Constitución y proceso: el principio de imposición de costas», León, 1.987, pág. 76.

<sup>79</sup> DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., *op. cit.*, pág. 68.

<sup>80</sup> Algunas delegaciones apoyaron la opinión expresada por el observador de la Cámara Naviera Internacional de que se impusiera al acreedor la obligación de prestar fianza para responder de los perjuicios que pudieran irrogarse al demandado y de los que se pueda tener como responsable al acreedor. Así, se propuso que el párrafo primero contuviera una disposición que obligara al tribunal a imponer al acreedor que solicite el embargo del buque la obligación de prestar fianza. En consecuencia, el término “podrá” sería sustituido por “deberá”. La mayoría de las delegaciones rechazaron esta propuesta. A su juicio, los tribunales debían gozar de la facultad discrecional de decidir si era necesario imponer fianza al acreedor, así como la cuantía y las condiciones de esa fianza. A este respecto se hizo referencia al derecho de los tripulantes a solicitar el embargo de un buque para asegurar el pago de sus salarios: su derecho a obtener el embargo debía ser reconocido incluso en el caso de que no pudieran prestar fianza. Informe sobre la labor del Grupo Plenario del período de sesiones del Grupo Intergubernamental mixto UNCTAD/OMI de expertos en privilegios marítimos e hipoteca naval y cuestiones conexas, en su noveno período de sesiones, 2 a 6 de diciembre de 1.996, Palacio de las Naciones, Ginebra.

<sup>81</sup> ARROYO MARTÍNEZ, I., *op. loc. cit.*, pág. 1.242.

<sup>82</sup> ALCÁNTARA, J.M., *op. loc. cit.*. Recuerda también este autor que no es necesaria caución alguna en Canadá, Irlanda, Reino Unido, Australia, Holanda, Israel y Singapur, siendo poco probable en Francia.

<sup>83</sup> ORTELLS RAMOS, M., *op. loc. cit.*, pág. 187.

<sup>84</sup> ORTELLS RAMOS, M., *op. loc. cit.*, pág. 190.

<sup>85</sup> Recordemos que el art. 728.3 párrafo segundo de la LEC alude, literalmente, «a la valoración según el apartado anterior», significándose que el apartado anterior no es otro que el dedicado a la apariencia de buen derecho (art. 728.2 LEC).

<sup>86</sup> Véanse al efecto SAP Santa Cruz de Tenerife 21 noviembre 1.979, RGD 1.980, pág. 313; SAT Madrid 19 mayo 1.973, RGD 1.973, págs. 845-846; y SAP Barcelona 21 septiembre 1.990, RJC 1.991, págs. 161 y 162, todas ellas citadas en ORTELLS RAMOS, *cit.*, pág. 189.

<sup>87</sup> STC (Pleno) 14/1.992, de 19 de febrero.

<sup>88</sup> ARROYO MARTÍNEZ, IGNACIO, *op. loc. cit.*, pág. 1.244.

<sup>89</sup> Art. 5 del Convenio de 1.952 y art. 4 del Convenio de 1.999.

<sup>90</sup> Sobre la adopción de medidas cautelares en arbitraje véase el artículo de ÁLVARO LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, «Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional», Revista La Ley, 4 de mayo de 2.000.

<sup>91</sup> Cfr. artículo 7.1 Convenio de Ginebra de 12 de marzo de 1.999.

<sup>92</sup> STS 2 diciembre 1.996, La Ley 1.997,1133.

<sup>93</sup> Valga de ejemplo el artículo 1.022 de la *Wetboek van Burgerlijke Rechtsverordering* (Ley de Enjuiciamiento Neerlandesa), según el cual un convenio arbitral no puede privar a una de las partes de su derecho a solicitar por vía judicial medidas provisionales.

<sup>94</sup> De Arbitraje, B.O.E. núm. 293, de 7 de diciembre de 1.988.

<sup>95</sup> Que dispone: «recurrido el laudo, la parte a quien interese podrá solicitar del juez de primera instancia que fuere competente para la ejecución las medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad de aquél una vez que alcanzara firmeza».

<sup>96</sup> Donde la Ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir.

“Apuntes sobre el Embargo Preventivo de Buques”

<sup>97</sup> Por todas, Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza, Sec. 5ª, 18 octubre 1.998, rec. 240/1.998.

<sup>98</sup> Así, Autos AP Cádiz 12 junio 1.992 y Barcelona 26 mayo 1.994 y 25 mayo 1.995.

<sup>99</sup> MUÑOZ SABATÉ, «Cuadernos de Derecho Judicial», 1.995, nº XXVII, citado por el Magistrado de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza Itmo. Sr. D. Antonio Luis Pastor Oliver en su celebrado Voto Particular a la Sentencia número 601 de 18 octubre 1.998.

<sup>100</sup> Así, Autos AP Barcelona 21 julio 1.992 y 25 noviembre 1.994, RGD 1.995, págs. 5.702-5.703.

<sup>101</sup> El Derecho 1993/13.065.

<sup>102</sup> B.O.E. núm. 238, 4 octubre 1.975.

<sup>103</sup> Habida cuenta de que España no ha sometido la aplicación del Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1.958 (BOE 9 y 11 de julio de 1.977) a la condición de reciprocidad prevista en su artículo 1.3, y de que el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial hecho en Ginebra el 21 de abril de 1.961 no es más que un complemento del de Nueva York de 1.958, la aplicación del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial no está tampoco sujeta a condición de reciprocidad alguna y, en su consecuencia, el mismo se aplica a todos los arbitrajes comerciales internacionales con independencia del origen geográfico de las partes. Vid. Autos del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 8 de octubre de 1.981 y 14 de enero de 1.983, citados en CREMADES B., «*Évolution récente du Droit espagnol en matière d'Arbitrage*», 1.988, Rev. Arb., 226.

<sup>104</sup> RCEA 1.987, págs.143-144.

<sup>105</sup> En el mismo sentido, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de Gijón de 15 de abril de 1.986 (Keppel Shipyard Ltd c. Grand Trand Transport Ltd INC, RCEA, 1.987, págs. 159-162); Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número Siete de Barcelona de 25 de noviembre de 1.986; Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número Veinte de Madrid de 3 de febrero de 1.987; Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Avilés de 12 de marzo de 1.987 (*J.A. Black BV c. Intertrade Shipping Co.*, RCEA, 1.987, págs. 193-195); Auto de la Audiencia Territorial de Burgos de 8 de septiembre de 1.987, RCEA, 19.88-1.989, págs. 309-312; y la Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 13 de abril de 1.988, RCEA, 1.988-1.989, págs. 328-330.

<sup>106</sup> Véase por su interés el artículo de FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI «Nuevo marco para la adopción de medidas cautelares en el arbitraje internacional: la sentencia Van Uden del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», publicado en la Revista Tribunales de Justicia, núm. 4, abril, 1.999.

<sup>107</sup> Citado por MUÑOZ SABATÉ, «Embargo preventivo y proceso arbitral. Comentario al Auto de 12 de marzo de 1.993 del Juzgado de Primera Instancia Número 17 de Madrid, en relación a un proceso seguido ante el Tribunal Arbitral de Barcelona», en RJC, 1.993, págs. 199-201.

<sup>108</sup> RCEA, 1.993, págs. 239 a 241.

<sup>109</sup> ORTELLS RAMOS, M., *op. loc. cit.*, pág. 66.

<sup>110</sup> MAGRO SERVET, VICENTE, «¿Pueden adoptarse medidas cautelares en el procedimiento arbitral?», Comentario, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 510, noviembre 2.001. Ed. Aranzadi.

<sup>111</sup> ORTELLS RAMOS, M., *op. loc. cit.*, pág. 69.

<sup>112</sup> Presentación de la demanda dentro de los veinte días siguientes a la adopción de la medida cautelar (art. 730.2 LEC).

<sup>113</sup> ORTELLS RAMOS, M., *op. loc. cit.*, pág. 69.