

INTERNACIONAL

EL NUEVO RÉGIMEN DEL EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES EN EL DERECHO ESPAÑOL

El nuevo régimen del embargo preventivo de buques en el Derecho español

Desde el 28 de marzo de 2012, el embargo preventivo de buques en España está regulado por lo dispuesto en el Convenio de Ginebra de 12 de marzo de 1999, tal y como este ha sido complementado por nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil mediante su nueva disposición final vigésima sexta. Éste es, desde entonces, el único régimen aplicable a esta medida cautelar y ello con independencia del pabellón que enarbole el buque embargado. Por su estratégica ubicación, como puerta de entrada al Mediterráneo desde el Atlántico y viceversa, y por sus miles de kilómetros de costa, España ha sido tradicionalmente una importante jurisdicción para el embargo preventivo de buques. El análisis del nuevo Convenio nos permite concluir que, contrariamente a lo que podría parecer a primera vista, su régimen va a limitar los supuestos en los que se puede embargar preventivamente un buque en nuestro país.

1 · Introducción

El embargo preventivo de buques es una medida cautelar adoptada en garantía de la efectividad de una resolución judicial. Esta medida cautelar se materializa en la inmovilización del buque embargado en el puerto en el que se practique, sin que resulte posible sustituir esta detención física por una anotación registral de la medida adoptada.

El régimen legal aplicable al embargo preventivo de buques en España venía determinado, hasta hace pocos meses, por las disposiciones de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y por el Convenio para la unificación de ciertas reglas sobre embargo preventivo de buques de Bruselas de 10 de mayo de 1952 (CEPB 52), según se tratara, respectivamente, del embargo de un buque español por acreedor domiciliado en España o, por el contrario, de un embargo que introdujese algún elemento objetivo o subjetivo internacional.

El día 31 de mayo de 2002, el Reino de España depositó el instrumento de adhesión al Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques de Ginebra de 12 de marzo de 1999 (CEPB 99) y el 14 de septiembre de 2011, transcurridos 6 meses desde la fecha de la adhesión a este convenio por el décimo país (Albania), el CEPB 99 entró en vigor.

Así, el CEPB 99 convivió, desde su entrada en vigor, con el aún vigente CEPB 52, hasta que el

The new regime for ship arrest under Spanish Law

As from 28 March 2012, ship arrest in Spain is regulated by the Geneva Convention of 12 March 1999 as complemented by the new twenty-sixth final provision of our Civil Procedural Act. This is, from this date onwards, the only regime applicable to ship arrest whatever the flag of the vessel arrested may be. Due to its strategic position, as an entrance to the Mediterranean from the Atlantic and vice-versa, and due to its thousands of kilometers of seashore, Spain has traditionally been an important jurisdiction for ship arrest. From the analyses of the new Convention we conclude that, contrary to what would be thought from its preliminary reading, the new regime will limit the scenarios in which it is possible to arrest a ship in our country.

pasado 28 de marzo de 2012 desplegó su eficacia la denuncia efectuada por España del CEPB 52, permaneciendo como único convenio internacional aplicable en nuestro país en la materia el CEPB 99.

Al objeto de desarrollar la normativa interna para facilitar la aplicación del CEPB 99, el 26 de agosto se dictó el Real Decreto-Ley 12/2011, que introduce una nueva disposición final vigésima sexta en la LEC que, con efecto desde el 28 de marzo de 2012, establece:

«Disposición final vigésima sexta. Embargo preventivo de buques.

1. La medida cautelar de embargo preventivo de buques se regulará por lo dispuesto en el Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999, por lo dispuesto en esta disposición y, supletoriamente, por lo establecido en esta Ley.

Lo dispuesto en el Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999 y en esta disposición se aplicará también a los buques que enarboleden pabellón de un Estado que no sea parte en dicho Convenio.

2. Para decretar el embargo preventivo de un buque bastará que se alegue el crédito reclamado y la causa que lo motive. El tribunal exigirá en todo caso fianza en cantidad suficiente para responder de los daños, perjuicios y costas que puedan ocasionarse.

3. *Hecho el embargo, la oposición sólo podrá fundarse en el incumplimiento de los requisitos previstos en el Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques».*

Por tanto, como a continuación desarrollaremos en mayor detalle, desde el 28 de marzo de 2012, existe en España un único régimen aplicable al embargo preventivo de buques: el establecido en el CEPB 99.

2 · Ámbito de aplicación

Como se dispone en el párrafo primero de la nueva disposición final vigésima sexta de la LEC, la medida cautelar de embargo de buques, cuando se inste ante la jurisdicción española, quedará regulada por lo dispuesto en el CEPB 99, tanto si se trata de buques que enarbolan pabellón de un Estado signatario del CEPB 99 como si se trata de buques abanderados en cualquier otro Estado.

Si bien es cierto que en el momento de su adhesión España hizo uso de la reserva establecida en el artículo 10.1.b) del CEPB 99, a fin de excluir de su aplicación a los buques que no enarbolaren pabellón de un Estado parte de dicho Convenio, la nueva disposición final vigésima sexta de la LEC es clara al disponer que lo dispuesto en el CEPB 99 se aplicará también a los buques que enarbolan pabellón de un Estado no parte. Parece que, en el momento de la adhesión, el legislador preveía que, con anterioridad a la entrada en vigor del CEPB 99, se habría promulgado ya la Ley General de Navegación Marítima y que sus disposiciones en materia de embargo preventivo de buques podrían ser aplicadas a los buques que enarbolaran pabellón de un Estado no parte del Convenio. Sin embargo, no habiéndose promulgado la citada Ley General de Navegación Marítima y habiéndose denunciado el CEPB 52, el efecto de la reserva realizada respecto del ámbito de aplicación del CEPB 99 dificultaría enormemente el embargo de buques de terceros Estados en España, por lo que el legislador, utilizando una más que cuestionable técnica legislativa, expandió por vía de normativa interna el ámbito de aplicación de un Convenio internacional que había limitado mediante reserva en el momento de su adhesión internacional.

Por otro lado, atendiendo a la dicción de nueva disposición final vigésima sexta de la LEC, el CEPB 99 resultará de aplicación al embargo en aquellos supuestos considerados estrictamente nacionales (esto es, buque español y acreedor domiciliado en

España), a pesar de que el CEPB 99 permite a los Estados parte que regulen este supuesto de forma separada (artículo 8.6)

En todo caso, de conformidad con lo dispuesto en el CEPB 99 (artículo 2.4), el procedimiento relativo al embargo y su alzamiento se regirá por la LEC, en aplicación del principio de la *lex fori*.

Lógicamente, en un supuesto de concurso de acreedores, el régimen del embargo preventivo previsto por el CEPB 99 cede ante la aplicación de las normas concursales previstas en la Ley Concursal de 2003 y que tienden a la protección del patrimonio del concursado (artículo 8.4 del CEPB 99).

Por último, es preciso señalar que las normas contenidas en el CEPB 99 no impiden la adopción de medidas que pudiese adoptar la Administración tendientes a retener un buque e impedir que este se haga a la mar (artículo 8.3 del CEPB 99). Así, por ejemplo, se afirma tal potestad en los artículos 297 y 320 del Real Decreto Legislativo 2/2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en el Real Decreto 1737/2010, regulador de las facultades de control de buques por el Estado rector del Puerto, etc.

3 · Requisitos para el embargo

Los requisitos que deben concurrir para el embargo preventivo de un buque son tres, a saber:

- (i) Que el embargante alegue ser titular de un crédito marítimo, es decir, de un derecho de crédito de los que en virtud de lo dispuesto en el CEPB 99 dan derecho a embargar un buque.
- (ii) Que el deudor ostente la condición de propietario del buque a embargar o que, en caso de no ser esto así, el crédito marítimo alegado tenga la naturaleza de privilegiado.
- (iii) Que el embargante preste fianza suficiente para cubrir los posibles daños y perjuicios derivados del embargo preventivo.

A continuación analizamos separadamente cada uno de estos requisitos.

3.1 · La alegación de un crédito marítimo

Los créditos en virtud de los cuales puede embargarse un buque, denominados «crédito marítimos»,

aparecen listados en el artículo 1.1 del CEPB 99. Así, el concepto de crédito marítimo se convierte en el centro gravitatorio de la regulación del embargo preventivo (como ya lo era en el régimen anterior), desplegando una doble virtualidad:

(i) Eficacia positiva: al titular de un crédito marítimo le basta su mera alegación para embargar un buque, sin necesidad de desplegar actividad probatoria alguna respecto de su existencia.

(ii) Eficacia negativa: un buque solo puede ser embargado en virtud de un crédito marítimo, de forma que los buques quedan inmunes a cualquier embargo preventivo que se funde en un crédito distinto de los créditos marítimos listados en el artículo 1.1 del CEPB 99 (artículo 2.2 del CEPB 99).

La lista de créditos marítimos establecida en el CEPB 99 es más extensa que la contenida en el artículo 1.1 del CEPB 52. Se han añadido nuevos créditos marítimos y se han aclarado o desarrollado otros ya existentes. Lo cierto es que la lista de créditos marítimos del CEPB 99 abarca la práctica totalidad de posibles créditos que puedan derivarse de la navegación o explotación comercial de un buque.

La intrínseca movilidad de un buque, sus cada vez más breves escalas en puerto y el ámbito internacional de su operativa determinan, por un lado, que el *periculum in mora* en la adopción de la medida resulte, en la mayor parte de los casos, evidente y, por otro lado, que la exigencia de la acreditación de un *fumus bonis iuris* respecto del crédito marítimo reclamado impedirían, en la mayor parte de los casos, que la traba del embargo se obtuviese a tiempo para inmovilizar el buque en puerto.

En este contexto, y al objeto de posibilitar la adopción de esta medida cautelar, el CEPB 52 establecía como elemento propio del concepto de crédito marítimo la suficiencia de su alegación, relevando al embargante de cualquier prueba, siquiera indiciaria, de la apariencia de buen derecho que pudiera tener su crédito. Si bien el CEPB 99 no es tan claro como su predecesor en este punto, el párrafo 2 de la nueva disposición final vigésima sexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil no deja lugar a dudas al afirmar que para solicitar el embargo de un buque ante la jurisdicción española será necesario, únicamente, alegar un crédito marítimo y la causa que lo motive.

Por tanto, puede afirmarse, como lo ha hecho nuestra mejor doctrina, que el régimen del embargo preventivo dispuesto tanto en el CEPB 52 como en el CEPB 99 es a la vez restrictivo (por establecer un *numerus clausus* de créditos marítimos en que fundamentar el embargo) y liberalizador (por no exigirse, prácticamente, la acreditación de los requisitos tradicionales de *fumus bonis iuris* y *periculum in mora* exigidos legalmente para la adopción de cualquier otra medida cautelar).

3.2 · El buque objeto del embargo

Sin duda alguna, una de las disposiciones más importantes del CEPB 99 es su artículo 3, que regula los buques que pueden ser objeto de embargo preventivo y, en particular, su apartado 3, de conformidad con el cual no se admitirá el embargo de un buque que no sea propiedad del deudor si conforme a la ley del Estado del tribunal que acuerda el embargo no puede procederse a la ejecución de dicho buque para el pago del crédito cuya alegación sirvió de fundamento para el embargo. La aplicación de esta disposición supone que solo será admisible el embargo de un buque que no sea propiedad del deudor al momento de acordarse el embargo, cuando el crédito marítimo alegado tuviere su causa en una hipoteca (apartado u) del artículo 1.1 del CEPB 99), en una controversia en torno a la propiedad o posesión del buque (apartado s) del artículo 1.1 del CEPB 99), o bien se tratase de un crédito marítimo privilegiado (*maritime lien*) (por ejemplo, créditos del artículo 4 del Convenio Internacional sobre privilegios marítimos y la hipoteca naval de Ginebra de 6 de mayo de 1993 o, en su caso, de aquellos otros que puedan ser reconocidos por el Estado de la bandera del buque).

De conformidad con lo anterior, el artículo 3.1 del CEPB 99 dispone que podrá embargarse el buque al que el crédito se refiere (*offending ship*) en los siguientes supuestos: (a) si era propiedad del deudor al momento de originarse el crédito marítimo y sigue siendo de su propiedad al momento de acordarse el embargo; (b) si estaba arrendado a casco desnudo por el deudor al momento de nacer el crédito marítimo y sigue arrendado a su favor o ha devenido propietario cuando se acuerda el embargo; (c) si el crédito marítimo se basa en la hipoteca constituida sobre el *offending ship*; (d) si el crédito marítimo se refiere a la propiedad o posesión del *offending ship*; y, (e) si el crédito marítimo, adeuda-

do por el propietario, el arrendatario a casco desnudo, el gestor o el naviero, tiene la consideración de crédito marítimo privilegiado. A pesar de lo previsto en esta disposición, entendemos que en España, de conformidad con lo establecido en el artículo 3.3 del CEPB 99 ya comentado, no podría procederse al embargo del *offending ship* en el supuesto contemplado en el primer inciso del artículo 3.1 b), esto es, si el crédito fue incurrido por un arrendatario a casco desnudo que sigue ostentando dicha condición, sin ser, por tanto, su propietario. En este caso, no siendo el deudor el propietario del buque y no teniendo el crédito la condición de crédito marítimo privilegiado, no podría procederse de conformidad con la ley española a la ejecución de dicho buque para el pago del crédito en cuestión y, por tanto, según lo dispuesto en el artículo 3.3 del CEPB 99, su embargo no resultaría procedente.

Por otro lado, además del embargo del *offending ship*, el CEPB 99 en su artículo 3.2 permite el embargo de cualquier otro buque propiedad del deudor siempre que, al momento de nacer el crédito marítimo, dicho deudor hubiese sido propietario, arrendatario a casco desnudo, fletador por tiempo o por viaje del *offending ship*.

En atención a todo lo anterior, entendemos que, a pesar del incremento de créditos marítimos listados en el artículo 1.1 del CEPB 99, es probable que, atendiendo a los buques que pueden ser objeto de embargo de conformidad con el artículo 3 del CEPB 99, la aplicación de este Convenio suponga una reducción de los supuestos en los que puede procederse al embargo, toda vez que ya no será posible, como expresamente se permitía en el CEPB 52, el embargo de un buque que no pueda ser ejecutado en satisfacción del crédito con base en el cual se ha embargado. Esta nueva regulación es bienvenida y evitará situaciones de ejercicio abusivo del derecho a embargar, en las que el embargo preventivo de buques perdía su finalidad de medida de aseguramiento para convertirse en una simple medida de presión hacia el propietario no deudor.

3.3 · La prestación de fianza

El artículo 6.1 del CEPB 99 dispone que el tribunal ante el que se solicita el embargo podrá solicitar al embargante la prestación de una garantía para responder de los perjuicios que pudieran irrogarse al demandado por el embargo. Frente a este carácter potestativo, la nueva disposición final vigésima sexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil clarifica que, para

la práctica del embargo preventivo de un buque, será requisito necesario, «*en todo caso*», la prestación de una fianza que cubra los daños, perjuicios y costas que pudieran ocasionarse con motivo del embargo.

El requisito de la prestación de fianza se configura como verdadero contrapeso a la simplicidad del embargo, caracterizada, fundamentalmente, por la suficiencia de la alegación del crédito en virtud del cual se solicita el embargo, sin que resulte necesario, como ya hemos analizado, desplegar actividad probatoria alguna, siquiera indiciaria, sobre su realidad o importe.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 del CEPB 99, además de aquellos supuestos en los que el embargo resulta ser ilícito o no justificado (*i. e.*, bien porque prospere la oposición a la medida cautelar o bien porque se desestime la reclamación del crédito en la resolución judicial que resuelva sobre el fondo de la disputa), también podrá declararse la responsabilidad del acreedor que hubiere requerido y obtenido la prestación de una fianza excesiva como caución sustitutiva que permita la libre navegación del buque. Entendemos que también esta es una novedad positiva, pues servirá para desincentivar la reprochable práctica de aumentar artificialmente el importe de los créditos reclamados (que, recordemos, no han de ser acreditados, siquiera indiciariamente, para la solicitud del embargo) con el exclusivo fin de dificultar la prestación de una caución sustitutiva y ejercer así una indebida presión sobre el demandado para que, atenuado por la costosa paralización del buque, se avenga a transar la reclamación de fondo.

De acuerdo con nuestras normas procesales, la fianza podrá constituirse en dinero en efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o por cualquier otro medio que, a criterio del juzgador, garantice la inmediata disposición de la cantidad afianzada.

4 · La actuación del demandado ante el embargo preventivo

Con carácter general, una vez acordado el embargo del buque, el deudor podrá, bien solicitar el levantamiento del embargo mediante la prestación de una garantía, bien oponerse al embargo acordado, o bien llevar a cabo ambas actuaciones (prestar garantía y plantear oposición al embargo). En efecto, como expresamente dispone el artículo 4.3 del CEPB 99, la prestación de la

garantía en absoluto implica un reconocimiento de la responsabilidad ni la renuncia a cualquier defensa o al derecho a limitar la responsabilidad.

4.1 • La oposición al embargo

De conformidad con la disposición final vigésima sexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la oposición al embargo únicamente podrá fundarse en un incumplimiento de los requisitos establecidos en el CEPB 99, es decir, que el crédito alegado no sea un crédito marítimo (artículo 1.1 del CEPB 99); que el buque embargado no fuera uno de los buques susceptibles de ser embargados (artículo 3 del CEPB); o la falta de prestación de la fianza o, en su caso, la insuficiencia o inadecuación de esta (artículo 6 del CEPB 99). También procederá la oposición al embargo cuando el buque embargado hubiese sido ya objeto de un embargo previo por el mismo crédito y no concurrieren ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 5 del CEPB 99.

4.2 • El levantamiento del embargo preventivo

Como ya establecía el CEPB 52, el artículo 4 del CEPB 99 dispone que el buque embargado será liberado (a excepción de los embargos trabados por créditos referidos a la propiedad, posesión o explotación entre copropietarios —apartado s) y t) del artículo 1.1 del CEPB 99—) cuando se prestara garantía bastante para cubrir el crédito reclamado.

Corresponde a las partes acordar la forma e importe de la garantía, si bien, a falta de acuerdo será el juzgador quien determine su naturaleza y cuantía, que no podrá exceder del valor del buque.

Nuestra legislación procesal dispone que las formas de garantía admisibles serán el dinero en efectivo, el aval emitido por entidad de crédito o cualquier otra forma de garantía que, admitida por el juez, permita la inmediata disponibilidad de los fondos consignados. Siendo esto así, salvo acuerdo entre las partes, no resultan aceptables las cartas de garantía que, con carácter habitual, otorgan los Clubs de P&I para proceder a liberar un buque embargado.

5 • La competencia judicial para conocer del fondo de la disputa

A diferencia de lo que disponía su predecesor, el CEPB 99 establece como criterio general atributivo

de competencia judicial para la resolución sobre el fondo de la reclamación el del *forum arresti* (artículo 7 CEPB 99). Así, con carácter general, el juzgado que hubiese acordado el embargo preventivo del buque o aquél ante el cual se hubiese prestado la garantía para su liberación, será competente para conocer de la reclamación principal.

El CEPB 99 recoge dos excepciones al criterio del *forum arresti*: (i) que exista un pacto entre las partes atributivo de competencia a favor de otros tribunales o de sometimiento de la controversia a arbitraje, (ii) que la ley del juzgado embargante le permita a este declinar su competencia y el tribunal de otro Estado se haya declarado competente.

En aquellos supuestos en los que el juzgado que hubiera ordenado el embargo o ante el que se hubiera prestado la garantía para la liberación del buque no tuviera competencia para resolver sobre la reclamación principal o la hubiera declinado a favor del tribunal de otro Estado, deberá fijar un plazo máximo dentro del cual el acreedor habrá de interponer su demanda ante el tribunal competente para conocer de ella. Si el acreedor no presentara su demanda dentro del plazo conferido, se acordará el levantamiento del embargo del buque o, en su caso, la cancelación de la garantía prestada para su liberación.

Se ha cuestionado por parte de la doctrina si la firma del CEPB 99 por España, sin reserva en cuanto a la aplicación del criterio de la *lex fori* como criterio atributivo de competencia, así como de las disposiciones en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas al amparo de dicho Convenio (reserva que, por otro lado y para esta concreta materia, no está prevista en el artículo 10 del CEPB 99), supone un incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Es esta una cuestión de Derecho comunitario que excede el ámbito del presente artículo. Sin duda, la jurisprudencia tanto española como, en su caso, comunitaria, deberán clarificar el efecto que ha de tener en España la aplicación de este criterio de atribución competencial.

ANTONIO QUIRÓS DE SAS*

* Abogado del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).