



FACULTAD DE DERECHO

EL EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES COMO MEDIDA CAUTELAR

Autor: Álvaro de Castro Pérez

4º, E-1 BL

Área de Derecho Procesal

Tutor: Don Manuel Hernández-Tejero García

Madrid
Abril 2018

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE.

Este trabajo trata del análisis del embargo preventivo de buques. El embargo preventivo de buques es una de las diferentes medidas cautelares reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico. Como toda medida cautelar, es bastante aceptada en la práctica, debido a que dichos recursos, son medios, a veces más eficaces, y otras veces menos, para el aseguramiento del cumplimiento de las pretensiones que el demandante tenga. En definitiva, las medidas cautelares representan una garantía. En sí misma, el embargo preventivo de buques, supone una medida cautelar especial o específica, ya que para su regulación, además del régimen general previsto, habrá que tener en cuenta la legislación nacional específica que dé tratamiento a la medida, así como la normativa internacional al respecto, que es donde verdaderamente se encuentra el grueso de su regulación. Este hecho es así como consecuencia de su importancia internacional, tanto para el tráfico jurídico como para el tráfico marítimo, contando con una gran aceptación por la comunidad internacional respecto a su eficacia. El embargo preventivo de buques, reporta al acreedor de un crédito marítimo varias ventajas procesales, en comparación con el régimen general, y mediante ella, se llevará a cabo de forma rápida la inmovilización sobre el buque que se pretende embargar. En la mayoría de los casos de embargo preventivo de buque, se obtendrá la satisfacción del crédito marítimo alegado a cambio de la liberación del barco trabado.

Palabras clave: Convenio de Ginebra de 1999, medida cautelar, embargo preventivo de buque, crédito marítimo, *actio in rem*.

ABSTRACT.

This work treats the analysis of the ship arrest. The ship arrest is one of the different precautionary measures recognized in our legal system. As with any precautionary measure, it is quite acceptable in practice, due to they are remedies, sometimes more effective, and sometimes less, for the assurance of compliance with the claims that the

plaintiff has. In short, precautionary measures represent a guarantee. In itself, the ship arrest is a specific or special precautionary measure, as it will be necessary to take into account the specific national legislation which treats this measure, as well as the international regulation, which is where the bulk of the regulation of this measure lies, in addition to the general regime envisaged. This fact is consequence of its international importance both for legal traffic and maritime traffic, with great acceptance by the international community regarding its effectiveness. The ship arrest, reports, to the creditor of a maritime credit, several procedural advantages, compared to the general regime, and through it, will be carried out a quick immobilization of the ship that is intended to arrest. In most cases of ship arrest, the satisfaction of the alleged maritime credit will be obtained in exchange for the release of the arrested ship.

Key words: Geneva Convention of 1999, precautionary measure, ship arrest, maritime credit, *actio in rem*.

ÍNDICE.

1. LISTADO DE ABREVIATURAS.....	5
2. INTRODUCCIÓN.....	5
3. REGULACIÓN.....	6
4. CAPÍTULO I, TÍTULO VI DEL LIBRO III: DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: DISPOSICIONES GENERALES.	9
4.1 Necesaria instancia de parte.....	9
4.2 Competencia para conocer de la solicitud de embargo preventivo y competencia para conocer del fondo del litigio.....	10
4.3 Examen de oficio de la competencia y medidas cautelares en prevención.....	13
4.4 El embargo preventivo como medida cautelar específica.....	14
4.5 Peligro por mora procesal y urgente necesidad.....	16
4.6 Caución.....	17
4.7 Tercerías.....	18
5. CAPÍTULO II Y III, TÍTULO VI DEL LIBRO III: DEL PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES Y DE LA OPOSICIÓN A LAS MEDIDAS ACORDADAS SIN AUDIENCIA DEL DEMANDADO.....	20
5.1 El carácter accesorio de las medidas cautelares.....	20
5.2 Solicitud de las medidas cautelares.....	21
5.3 Audiencia de las partes.....	32
5.4 Resolución del tribunal sobre la solicitud de las medidas cautelares.....	34
5.5 Ejecución de las medidas cautelares acordadas.....	35
5.6 Reembargo del buque y pluralidad de embargos.....	36
5.7 Incidente de oposición a las medidas adoptadas sin audiencia del demandado.....	37
6. CAPÍTULO IV, TÍTULO VI DEL LIBRO III: DE LA MODIFICACIÓN Y ALZAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	39
6.1 Modificación y alzamiento de las medidas cautelares.....	39
7. CAPÍTULO V, TÍTULO VI DEL LIBRO III: DE LA CAUCIÓN SUSTITUTORIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	40
7.1 La prestación de caución sustitutoria para el alzamiento de la medida cautelar.....	40
8. CONCLUSIONES.....	43
9. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN CONSULTADA.....	44
9.1 Capítulos de libros.....	44
9.2 Referencias de internet.....	44
9.3 Jurisprudencia.....	45
9.4 Legislación.....	46

1. LISTADO DE ABREVIATURAS.

Auto de la Audiencia Provincial (AAP).

Boletín Oficial del Estado (BOE).

Cádiz (CA).

Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Consejo General del Poder Judicial (CGPJ).

Islas Baleares (IB).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (LNM).

Pontevedra (PO).

Páginas (pp.)

Real Academia Española (RAE).

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP)

Siguientes (ss.)

2. INTRODUCCIÓN.

La cuestión objeto de investigación de este Trabajo de Fin de Grado es el análisis del embargo preventivo de buques como medida cautelar y el conjunto de especialidades que supone respecto del procedimiento de adopción de medidas cautelares en los procesos civiles regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (de ahora en adelante, **LEC**)¹, debido a la regulación específica que recibe tanto en el ámbito legislativo nacional, como en el internacional a través de los instrumentos convencionales en vigor en nuestro ordenamiento jurídico. La medida cautelar del embargo preventivo de buques es de gran relevancia en España, ya que, debido a su localización y al volumen del tráfico marítimo existente en el país, su jurisdicción es considerada de importancia para la medida.

¹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero del 2000).

La metodología utilizada consiste en una comparativa a través del estudio de las diferentes normas que conforman sus fuentes reguladoras, siguiendo el orden de prelación existente entre las mismas. A lo largo de este trabajo se desarrolla un estudio sobre las características y el propósito al que sirven las medidas cautelares, su procedimiento; tanto de solicitud como de adopción de las mismas, así como de sus vicisitudes, basado en su principal fuente de regulación, la LEC. El embargo preventivo de buques encontrará en dicha fuente parte de su regulación. Paralelamente, se desarrolla el estudio del embargo preventivo de buques, como medida cautelar que es, quedando este enfocado a mostrar tanto las diferencias respecto al régimen general contenido en la LEC, que le aportan ese carácter especial a la medida, así como de la justificación de dicho tratamiento que recibe, siendo principalmente la necesidad de que quede ajustada a las exigencias del tráfico marítimo internacional. Por ello, la base de este estudio, así como de conceptos relativos al embargo preventivo de buques, y propios del Derecho Marítimo, se sustenta sobre normativa internacional.

Todo ello con el objetivo de mostrar el interés que genera el embargo preventivo de buques como método para satisfacer aquellos créditos marítimos a favor del solicitante, ya que, probablemente, en la práctica, de no existir una regulación de tales características sobre esta medida cautelar, no se concederían créditos en el ámbito de la navegación marítima por la inseguridad jurídica que ello conllevaría. Muchos acreedores, legitimados por una variedad de créditos marítimos reconocidos a tal efecto, encuentran en la tramitación de la medida, y en los efectos propios que esta despliega, el medio de mayor efectividad para la protección de sus intereses.

3. REGULACIÓN.

El embargo preventivo de buques encuentra su regulación en la LEC, en los artículos 721 y ss., recibiendo el mismo tratamiento que los demás tipos de medidas cautelares. Simultáneamente, se ha regido por tratados internacionales, principal fuente normativa del Derecho Marítimo. Sin embargo, la estrecha relación del embargo preventivo de buques con el Derecho Marítimo, provoca que esta medida deba ajustarse a la regulación internacional que recibe en normas de producción convencional y de esa

forma surja una unificación regulatoria que acabe con la disparidad, cuanto menos frecuente, de las regulaciones autónoma e internacional. Surge entonces, de la mano del Comité Marítimo Internacional, el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima, hecho en Bruselas el 10 de mayo de 1952². Dicho Convenio de Bruselas de 1952 es el resultado de la corriente unificadora internacional en materia de Derecho Marítimo que se inició a finales del siglo XIX, para acabar así con la inseguridad jurídica con la que contaban los acreedores de aquel quien explotase el buque o con motivo de la explotación del mismo, consecuente de la disparidad de regímenes que resultaban aplicables en cada ordenamiento jurídico interno. Dicho Convenio, gozó de una gran relevancia en la práctica, ya que significó un refuerzo importante para la consecución de la seguridad jurídica en el tráfico marítimo, y estuvo amparado por una gran cantidad de naciones. Más de setenta estados llegaron a formar parte del Convenio, incluyendo entre ellos todos los Miembros de la Unión Europea. A pesar del éxito que tuvo dicha regulación, surgía la necesidad de acabar con la insuficiencia regulatoria de ciertos aspectos y de ofrecer una unificación en cuestiones que dicho Convenio remitía a la *lex fori* por la falta de haber logrado mutuo acuerdo respecto a las mismas. La necesidad de renovación concluyó con la redacción del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999³, el cual entraría en vigor después de su ratificación por diez estados. España decide adherirse a esta nueva normativa y deposita el 31 de mayo de 2002 el instrumento de adhesión al Convenio de Ginebra de 1999 y lo publica en el BOE el 2 de mayo de 2011, y denuncia el Convenio de Bruselas de 1952 el 7 de octubre de 2011. Con este ánimo, mediante el Real-Decreto Ley 12/2011, de 26 de agosto, por el que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para la aplicación del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques y se regulan competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico⁴, se añade, en su artículo único, una nueva disposición final vigésimo sexta, sobre el embargo preventivo de buques, a la citada LEC. Queda establecido en el apartado 1 de dicho artículo:

² Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas el embargo preventivo de buques de navegación marítima, hecho en Bruselas el 10 de mayo de 1952 (BOE 5 de enero de 1954).

³ Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999 (BOE 2 de mayo de 2011).

⁴ Real-Decreto Ley 12/2011, de 26 de agosto, por el que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para la aplicación del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques y se regulan competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico (BOE 30 de agosto de 2011).

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.

De este modo, seis meses después de la última ratificación, necesaria para la entrada en vigor del Convenio, hecha por Albania, el 14 de septiembre de 2011 entraba en vigor la aplicación del nuevo Convenio, quedando así nuevamente regulado en nuestro ordenamiento el embargo preventivo de buques. Hasta el 28 marzo de 2012 convivieron en vigor los dos Convenios, fecha en la que la denuncia del antiguo surtía efecto. Una vez más, buscando la actualización y la concordancia y adecuación práctica de nuestro Derecho Marítimo con la normativa internacional en dicha materia, se promulga la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (de ahora en adelante, LNM)⁵, en vigor desde el 25 de septiembre de 2014. El Título IX de la citada ley, trata de las especialidades procesales que del Derecho Marítimo surgen en el proceso civil común cuando el objeto del litigio se encuentra regulado por la misma, estando recogidas aquellas referentes al régimen del embargo preventivo de buques en su Capítulo II. Dicho capítulo se remite al Convenio de Ginebra de 1999, y, siguiendo el criterio de no provocar una reiteración en la ley de lo dispuesto en los convenios y tratados internacionales, se encarga de completar las disposiciones contenidas en el mismo.

Finalmente, tras la entrada en vigor de la LNM, queda establecido el orden de prelación de fuentes reguladoras de la medida cautelar del embargo preventivo de buques en el apartado primero del artículo 470, que dispone lo siguiente:

1. La medida cautelar de embargo preventivo de buques, tanto nacionales como extranjeros, se regulará por el Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999, por lo dispuesto en esta ley y, supletoriamente, por lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Como indica este artículo, será de aplicación lo dispuesto en el Convenio y las disposiciones contenidas en la LNM, y a falta de regulación por estos dos cuerpos normativos, se aplicará supletoriamente lo dispuesto en la LEC sobre las medidas cautelares.

⁵ Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (BOE 25 de julio de 2014).

Expuesto lo anterior, cabe apuntar el interés que suscita esta medida cautelar en la práctica, dentro de nuestra legislación, en tanto que debe regirse de acuerdo con el tratamiento internacional que recibe. Es por ello que en los siguientes apartados se realiza un análisis del embargo preventivo de buques partiendo de su regulación, en lo relativo a la adopción de las medidas cautelares en el proceso civil común, contenida en la LEC, y mostrando sus relevantes diferencias que proyectan en la práctica, remitiéndose al Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques de Ginebra de 1999 y a las disposiciones que dentro de la LNM lo completan.

4. CAPÍTULO I, TÍTULO VI DEL LIBRO III: DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: DISPOSICIONES GENERALES.

La regulación de las medidas cautelares comienza en el primer capítulo del Título VI del Libro III. Los artículos que forman este primer capítulo quedan recogidos bajo el título de disposiciones generales de las medidas cautelares.

4.1 Necesaria instancia de parte.

Dicho capítulo comienza en su artículo 721.1 con la necesidad de instancia de parte a la hora de la solicitud al tribunal de la adopción de las medidas cautelares que el actor considere necesarias para que pueda garantizarse la tutela judicial efectiva, que espera como posible, tras la interposición de su demanda. La finalidad de las medidas cautelares queda establecida así en este apartado, siendo esta una función de garantía para que se lleve a cabo el proceso de acuerdo con la pretensión del actor. Además se prohíbe el acuerdo de medidas cautelares de oficio por el tribunal, quedando así remarcada la necesidad de que estas sean solicitadas por el interesado. Las medidas que en todo caso sean acordadas por el tribunal nunca podrán ser más gravosas que aquellas que han sido solicitadas por la parte interesada. Dicha prohibición opera sin perjuicio de lo que pueda disponerse para procesos especiales.

Debe de quedar claro que en todo caso la legitimación activa para la solicitud de las medidas cautelares en todo caso le corresponderá al actor principal, únicamente correspondiéndole esta legitimación activa al demandado, cuando este decidiese interponer demanda reconvenzional a modo de contestación a la demanda principal.

4.2 Competencia para conocer de la solicitud de embargo preventivo y competencia para conocer del fondo del litigio.

Respecto a la competencia para conocer de dicha solicitud para la adopción de medidas cautelares solicitada por el actor principal, el artículo 723 LEC establece que estas deberán solicitarse ante el tribunal que conoció del litigio en primera instancia. En caso de no haberse iniciado aún el proceso, el tribunal competente será aquel que tenga competencia objetiva para conocer la demanda principal. Para la determinación en concreto del órgano judicial con competencia objetiva, acudimos al fuero general de la competencia territorial, por el cual quedaría en manos de las partes, en virtud del principio de sumisión, la elección expresa de aquel órgano judicial competente al que quieren someter el litigio, o en su caso, que se sometiesen de forma tácita, y a falta de cualquier tipo de sumisión y de fuero legal imperativo, la competencia territorial la ostentaría el órgano judicial con competencia objetiva del lugar donde tenga domicilio del demandado, atendiendo al fuero legal dispositivo recogido en el artículo 50 LEC. Cuando dichas medidas se soliciten durante un proceso en segunda instancia o por recurso extraordinario por infracción procesal o de casación, el tribunal que será competente es aquel que conoce de esa segunda instancia o de dichos recursos. Por otro lado, cuando se soliciten las medidas durante la pendencia de un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, el tribunal del lugar en el que el laudo deba ser ejecutado, y en defecto de aquel, el de dónde deba producirse la eficacia de la medida, adquirirá la competencia para conocer de dicha solicitud. Además, la LEC, prevé la misma solución para situaciones en ellas que el proceso se siga ante un tribunal en el extranjero, sin perjuicio de que se prevea cosa distinta en algún Tratado internacional ratificado por España.

En el embargo preventivo de buques, al tratarse de una materia de Derecho Marítimo, los tribunales con competencia objetiva, es decir, aquellos que podrán conocer del asunto en primera instancia, y por tanto de la solicitud de la medida, son los Juzgados de lo Mercantil. La Ley Orgánica del Poder Judicial⁶, basándose en un criterio de atribución de la competencia objetiva por razón de la materia, en su artículo 86 ter dispone que serán dichos juzgados los que conozcan en primera instancia de las pretensiones relativas al Derecho Marítimo. Sin embargo, es posible que con independencia de esta atribución de competencia objetiva a los Juzgados de lo Mercantil, aun conociendo un Juzgado de lo Mercantil de la solicitud del embargo preventivo de un buque, por ser materia de Derecho Marítimo la alegación de un crédito marítimo para solicitar un embargo preventivo, pueda ser posible que la competencia para conocer del fondo del litigio le corresponda a un Juzgado de Primera Instancia, sustentándose dicha posibilidad en la naturaleza jurídica (civil) que realmente revista la reclamación que la parte solicitante quiere hacer efectiva mediante la tutela judicial, tal y como se desprende de la SAP IB, nº 300/2015, de 28 de diciembre, en su Fundamento Jurídico 2^o7:

[...] en el caso de autos NO se está ante un contrato de construcción naval por su entidad o importancia de la reparación, ni ante cualquiera de los contratos de utilización del buque, o de arrendamiento, siquiera auxiliar; que no se está ante un crédito limitable, y sí en cambio ante un contrato civil de obra con aportación de materiales, y básicamente de mano de obra. En tal sentido, las STS de 20-10-89 ; y Sentencia de esta Sala de 20- noviembre-2013 , 28-diciembre-2012 , 1-abril-2009 ; entre otras. Y el de autos no ostenta la condición de "crédito marítimo" salvo sobre el embargo preventivo de buques [...].

En este mismo aspecto, para poder conocer la solicitud y acordar el embargo preventivo de un buque, como medida cautelar regulada por el Derecho Marítimo, la LNM se ocupa de regular que tribunales son competentes para ello en su artículo 471. En virtud de dicho artículo, el legislador deja en mano del actor principal que solicita el embargo la opción de escoger que tribunal se encargará de acordarlo. La elección deberá hacerse entre el tribunal que tenga la competencia objetiva para conocer del litigio, el tribunal del puerto o lugar donde se encuentre el buque o el tribunal de aquel puerto o lugar donde se espera que arribe el buque, siempre y cuando en este último caso el buque

⁶ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 2 de julio de 1985).

⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5ª, sede en Palma de Mallorca, nº 300/2015, de 28 de diciembre, FJ 2º, CENDOJ.

llegue al puerto o lugar esperado, perdiendo la competencia para ello en caso contrario. Si ocurriese que el embargo ya se encuentra acordado, y otro tribunal español resulta ser competente para proceder a decretarlo, deberá el actor de interponer la demanda ante el tribunal competente dentro del plazo que fije el juez para poder tener la posibilidad de mantener el embargo previamente ordenado por el otro tribunal.

Es importante en esta cuestión sobre competencia judicial para conocer de la solicitud de la medida cautelar del embargo preventivo de buques, tener en cuenta que en la LNM se dispone un criterio de atribución de competencia territorial para conocer del litigio distinto al que normalmente, según los artículos 50 y ss. de la LEC, correspondería seguir para decidir a que tribunal le corresponde conocer del fondo de la cuestión. En el artículo 469 de la LNM se dispone que, en defecto de cláusula de jurisdicción exclusiva o de arbitraje, en casos de contratos de utilización del buque, a elección del actor, conocerá del litigio los tribunales del domicilio del demandado, los del lugar de celebración del contrato, o los del puerto de carga o descarga, y siendo en casos de contratos auxiliares de navegación, a elección del actor, los del domicilio del demandado, los del lugar de celebración del contrato, o los del lugar de prestación del servicio. Así, se muestra similitud a la hora de dar preferencia a la voluntad de las partes en ambas regulaciones, y se muestra también la peculiaridad de que en Derecho Marítimo, en defecto de consenso entre las partes, es decisión del demandante dónde poder demandar a la parte contraria, otorgando así al demandante la posibilidad de interponer demanda ante el tribunal del lugar que más se ajuste a sus necesidades.

Además hay que tener en cuenta lo dispuesto por ambas regulaciones del embargo preventivo de buques, tanto en el artículo 2.3 del Convenio de Ginebra de 1999, como en el artículo 474 de la LNM, disposiciones por las cuales, aunque un tribunal de jurisdicción extranjera o un tribunal arbitral deban de conocer del crédito marítimo alegado por lo dispuesto en una cláusula de jurisdicción o arbitraje, se podrá proceder a acordar el embargo del buque, como método de obtención de la garantía que busca el solicitante, por los tribunales españoles.

Por último, respecto a la cuestión de competencia para conocer del litigio, el Convenio Internacional sobre embargo preventivo de buques de Ginebra, en su artículo 7, se limita a establecer que dicha competencia corresponderá a los tribunales del Estado

donde se haya decretado el embargo preventivo del buque o se haya constituido la garantía para liberar al buque mediante el levantamiento del embargo. Todo ello sin perjuicio de que la elección del órgano judicial concreto para conocer del asunto se hará conforme a las leyes de dicho Estado. Sin embargo en dicho artículo, al igual que en la LEC y en la LNM, el convenio otorga preferencia a cualquier sometimiento voluntario de las partes ante cualquier tribunal que entre ellas hayan convenido. Finalmente en su apartado 2 establece la posibilidad que tienen los Estados de poder declinar su competencia aunque se diesen los requisitos de competencia anteriormente mencionados. Si la ley nacional del Estado en cuestión recoge la posibilidad de autorizar a sus órganos judiciales a declinar la competencia en estos casos, podrán hacerlo siempre y cuando otro Estado declare su competencia para conocer del litigio. Sobre esta última cuestión, la LNM en su artículo 749, hace mención de la posibilidad de nuestros órganos judiciales de poder declinar su competencia para conocer del litigio relativo a un buque que se encuentre embargado en España, conforme a dicho artículo 7 del Convenio de Ginebra de 1999. Cuando esto ocurra, el juez, a instancia de parte, o pudiendo hacerlo de oficio, fijará un plazo superior a treinta días e inferior a noventa para que el demandante inicie el proceso ante el órgano judicial o arbitral del Estado que se haya declarado competente, fijando el juez a instancia de parte la liberación del buque o la cancelación de la garantía prestada cuando en dicho plazo no se emplazase demanda ante el órgano competente.

4.3 Examen de oficio de la competencia y medidas cautelares en prevención.

Una de las características principales del embargo preventivo de buques es que es un tipo de medida cautelar que es solicitada siempre antes de que se interponga demanda. Siendo esto así, encontramos en la LEC una disposición que directamente es de aplicación a esta medida por esta razón de ser solicitada previamente a la demanda, y es el artículo 725 relativo al examen de oficio de la competencia para conocer de la solicitud de medidas cautelares y de las medidas cautelares ordenadas en prevención. En estas situaciones de solicitud previa a la demanda, no será posible interponer declinatoria ante el tribunal basada en falta de competencia territorial, siendo el propio tribunal quien de oficio examinará tanto si los tribunales españoles son los que ostentan

la jurisdicción para conocer el embargo como su jurisdicción para conocer de la materia, y si dicho tribunal español ostenta la competencia objetiva y también la competencia territorial.

Una vez examinada su jurisdicción y competencia objetiva, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante, se abstendrá de conocer y remitirá a las partes a que acudan al tribunal competente para ejercer su derecho siempre que sea en casos de carecer de competencia objetiva o de jurisdicción para conocer de dicha materia, pero no en casos de abstenerse por falta de jurisdicción de los tribunales españoles. Deberá abstenerse también cuando la competencia territorial del tribunal no pueda sustentarse en ningún fuero legal aplicable por razón de lo que se quiera reclamar en el juicio principal. No obstante no sería posible que el tribunal declinase su competencia cuando el fuero legal fuese dispositivo y en su virtud las partes sometiesen el asunto a su jurisdicción.

Respecto a las medidas cautelares en prevención, resaltar su carácter de urgencia, razón por la cual el tribunal que decline su competencia territorial en los casos anteriormente citados podrá sin embargo ordenarlas, teniendo obligación de remitir los autos correspondientes al tribunal que efectivamente sea competente.

4.4 El embargo preventivo como medida cautelar específica.

Todas las medidas cautelares gozan de unas características inherentes, a razón del propósito que persigue en el proceso la solicitud de cualquier tipo de estas medidas. Al igual de lo que se desprende del ya analizado artículo 721 LEC, el artículo 726 LEC, en su primer apartado, establece que se caracterizan por su función de garantía de la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse de una sentencia que se espera estimatoria. No obstante, en su segundo apartado, el artículo reza que son acordadas sin intención de prejuzgar la resolución que finalmente se dicte, resaltando por ello ese carácter provisional de estas medidas. Otra de las características que una medida cautelar debe reunir es que no pueda ser reemplazada por otra igualmente eficaz que resulte menos onerosa para el demandado.

A continuación la LEC recoge en un listado aquellas medidas cautelares que un tribunal puede acordar. No es una lista cerrada ya que en su último párrafo establece la posibilidad de que se acuerden aquellas medidas cautelares específicas que se puedan ser previstas por otras leyes, y también de cualquier otra que se considere oportuna para el caso. Entre las medidas recogidas en la citada lista del artículo 727 LEC, en el primer lugar nos encontramos el embargo preventivo de bienes. A pesar de ello, el embargo preventivo de buques no quedaría encasillado en ese apartado. El orden de prelación leyes reguladoras del embargo preventivo de buques como medida cautelar citado *at supra*, hace que esta medida se enmarque dentro del ya citado último párrafo del artículo 727 LEC, referente a medidas contenidas en otras leyes, por estar regulado por el Convenio de Ginebra de 1999 y por la LNM. Además una lectura del párrafo dedicado al embargo preventivo de bienes nos muestra como la finalidad del embargo preventivo de buques difiere de la que generalmente posee el embargo preventivo de cualquier otro bien. La LNM en su artículo 470 es inequívoca al respecto, prohibiendo en su apartado segundo que pudiese ser solicitada para asegurar la ejecución de sentencia o laudo arbitral alguno como lo hace cualquier embargo preventivo de bienes. Por lo general, el embargo preventivo de un buque es solicitado para que éste sea retenido en garantía del pago de un crédito marítimo preexistente, aunque cabría también la posibilidad de que este se solicitase en garantía de pago de otro tipo de deuda. El artículo 473 de la LNM, bajo el título de “Embargo por otros créditos”, confirma dicha posibilidad a la luz del ordenamiento jurídico español, a pesar de que el Convenio de Ginebra de 1999 en su artículo 2, referente a la potestad para embarcar, establezca que el embargo preventivo de un buque se podrá acordar en virtud de un crédito marítimo pero no por otro tipo de crédito. Dada la finalidad de complementariedad con la que se promulgó la LNM, se entiende que dentro de la jurisdicción española, en los casos regulados en el artículo 473 LNM esta cuestión comentada es posible. Con una lectura del citado artículo, se hace posible el embargo preventivo de un buque por otros créditos distintos al marítimo en las siguientes situaciones: 1) cuando el buque se encuentre dentro del alcance de la jurisdicción española y además se practique a instancia de personas con residencia habitual o establecimiento principal en España, quedando afectado también quién se subrogue o sea cesionaria de dicho crédito, 2) cuando el embargo de un buque español lo acuerde un órgano administrativo conforme a la regulación que sea aplicable, y 3) podrá

embargarse un buque respecto a otros créditos conforme al Convenio de Ginebra de 1999, cuando el buque enarbole pabellón de Estado no parte de dicho Convenio.

4.5 Peligro por mora procesal y urgente necesidad.

La LEC, siguiendo la línea del propósito al que sirven las medidas cautelares en el proceso, establece en su artículo 728 el deber de quién solicite la medida de que justifique la existencia del peligro por mora procesal que se crearía en caso de que dicha medida cautelar no se solicitase para el caso en concreto. Sin embargo, cuando tratamos con un embargo preventivo de un buque, vemos una ventaja a la hora de solicitar esta medida respecto de la solicitud del resto de medidas, y es que el legislador, con el artículo 476 de la LNM, le otorga al interesado el beneficio de la presunción de peligro por mora procesal, cuando se trate de una solicitud de embargo preventivo de un buque, por lo que el solicitante no tendría que justificar en absoluto ningún riesgo ni peligro para el proceso en dicho caso (Auto del Juzgado de lo Mercantil nº3 de Pontevedra, de 23 de junio de 2011)⁸:

El demandante titular de un crédito marítimo protegido por el Convenio de Bruselas no precisa alegar razones de urgencia y necesidad para la adopción de la medida, ni justificar los presupuestos y requisitos de adopción típicos de las medidas cautelares de la ley de enjuiciamiento civil. [...] El resto de los requisitos exigidos por la ley de enjuiciamiento civil está implícito en su adopción: urgencia [...] y *periculum in mora* [...]

De igual modo, dicho artículo 476 establece la presunción de la exigencia de acreditar urgente necesidad cuando se solicita el embargo preventivo de buques, como requisito necesario que establece la LEC en su artículo 730.2 para justificar la solicitud de medidas, cuando esta se haga con anterioridad a la interposición de la demanda, y en su artículo 733.2 para acreditar la excepción al trámite de audiencia al demandado, que se le debe conceder cuando en el proceso se solicite el acuerdo de una medida cautelar contra él.

⁸ Auto del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra, sección 3ª, sede en Vigo, medidas cautelares 190/2011, de 23 de junio, FJ 2º, CENDOJ.

4.6 Caución.

Una buena definición del término “caución” dentro del contexto en el que nos encontramos, de las medidas cautelares, es la que nos ofrece el Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española⁹, que versa de la siguiente manera:

En referencia a las medidas cautelares, garantía que presta la parte recurrente en cuyo favor se acuerda una medida cautelar, para responder ante la parte litigante contraria de los eventuales perjuicios que pudieran derivar de la aplicación de la medida cautelar acordada, en caso de que la resolución que finalmente ponga término al proceso inadmita o desestime su pretensión.

Dicha caución, según el artículo 728.3 LEC, deberá de ser prestada por el solicitante de una medida cautelar salvo que expresamente se disponga otra cosa. El tribunal que conozca de dicha solicitud será quien fije la cantidad que deba constituir la caución basándose en la naturaleza y contenido de la pretensión, y en la valoración, que a su juicio, realice sobre el fundamento de la medida solicitada.

Quedan recogidas en el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 529 las diferentes formas en las que podrá prestarse caución por parte del solicitante de la medida, que podrá prestarse en dinero efectivo, mediante un aval solidario de duración indefinida y de pago a primer requerimiento que sea otorgado por una entidad crediticia o por una sociedad de garantía recíproca, o por cualquier medio determinado a juicio del tribunal que asegure poder disponer inmediatamente de dicha cantidad.

Respecto del embargo preventivo de buques la LNM prevé en el artículo 472.2 que, lógicamente, el solicitante del embargo preste caución de cualquiera de las maneras antes nombradas. Es un instrumento de protección de los propietarios o arrendatarios a casco desnudo de los buques sobre los que haya sido acordado embargo preventivo. Así se dispone en el artículo 6 del Convenio de Ginebra de 1999. Cuando haya sido solicitado o ya esté acordado el embargo preventivo de un buque, el tribunal que conozca del asunto, requerirá que el acreedor preste garantía por el importe y del modo que decida, con el objetivo de responder en caso de que se perjudicase efectivamente al

⁹ CGPJ, y RAE, “Diccionario del español jurídico”, *Espasa*, (disponible en <http://dej.rae.es/#/entry-id/E53800>; última consulta en 05/03/2018).

demandado con el embargo del buque. Lo peculiar en referencia a esta medida, es que el artículo 472.2 LNM impone a los tribunales españoles el importe de la cantidad mínima por la que debe quedar constituida esta garantía, que atendiendo a lo dispuesto en el artículo, deberá de ser al menos del 15 por ciento del importe del crédito marítimo, que alega el acreedor, para solicitar el embargo del buque. Sin embargo el tribunal, considerando el porte y las dimensiones del buque que se trate, el coste que surja de la estancia del buque en el puerto, su precio de mercado por día, su sujeción a línea regular o no, si está cargado o no lo está, y sus compromisos contractuales si los tuviese, podrá, de oficio o a instancia de parte, revisar la cantidad fijada para la prestación de la caución. Todo ello, sin perjuicio de que, el acreedor, una vez haya cumplido con el requisito de prestar la garantía establecida por el tribunal, dispondrá de la oportunidad de solicitar en cualquier momento posterior, a dicho tribunal, que se reduzca, modifique, o incluso, que se cancele la garantía prestada.

La responsabilidad por los daños causados deberá basarse en la ilicitud o en la falta de justificación del embargo, o en haber solicitado al deudor una garantía desmesurada que este efectivamente hubiese prestado, aunque es posible que pueda basarse en otros motivos. Dicha responsabilidad deberá ser determinada por los tribunales del Estado donde se hubiese practicado el embargo. Decidirá sobre el alcance la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados, y lo hará de acuerdo a la regulación que dicha materia recibiese en el Estado en cuestión. Sin embargo, este proceso deberá quedar suspendido, a expensas de la resolución que se dicte, si conforme al artículo 7 del Convenio, un tribunal de arbitraje o un tribunal de otro Estado tuviese que conocer del fondo del asunto.

4.7 Tercerías.

El artículo 729 trata de la interposición de dos tipos de tercerías; de dominio y de mejor derecho, respecto de la medida cautelar del embargo preventivo de bienes. Dichas figuras jurídicas se encuentran reguladas en la LEC en sus artículos 595 a 604, y 614 a 620 respectivamente.

Cuando nos encontremos ante el embargo preventivo de un buque, la LNM en su artículo 483 se remite a los artículos 614 a 620 LEC para los casos en los que aquellas personas que ostentasen un crédito marítimo garantizados con un privilegio marítimo quisiesen interponer una tercería de mejor derecho. De esta manera, el procedimiento y los efectos que se prevén como norma general en la LEC, serán los mismos también en estos casos. A pesar de ello, no se prevé que pueda interponerse una tercería de dominio frente al embargo preventivo de un buque.

Por una parte, la tercería de dominio, dentro del procedimiento, supone una acción mediante la que se insta la desafectación del bien a la traba y el alzamiento del embargo ya practicado, la cual puede ejercitar aquel que sea propietario del bien sometido a embargo preventivo, ya que se considera bien perteneciente al patrimonio del ejecutado, sin ser éste deudor del solicitante de la medida. Por otra parte, la tercería de mejor derecho, supone una acción que puede ejercitar dentro del procedimiento quién acredite frente al embargo preventivo en trámite de un bien, que existe, atendiendo al orden de prelación de créditos civiles y mercantiles, una preferencia en el cobro de su crédito respecto del crédito del ejecutante.

En las situaciones en las que nos encontramos ante un embargo preventivo sobre el que una persona quiere interponer una tercería de dominio o de mejor derecho, la LEC establece que en el primer caso, aquella persona tendrá la posibilidad de poder interponerla ante aquel tribunal que hubiese acordado el embargo. Sin embargo, en el segundo caso, si se interpusiese una tercería de mejor derecho contra el embargo preventivo de un bien, la LEC deja claro que esta no sería admitida. Solo podría prosperar una tercería de mejor derecho en caso de que quien pretendiese interponerla hubiese demandado al mismo deudor en un proceso distinto por la entrega de una cantidad de dinero.

5. CAPÍTULO II Y III, TÍTULO VI DEL LIBRO III: DEL PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES Y DE LA OPOSICIÓN A LAS MEDIDAS ACORDADAS SIN AUDIENCIA DEL DEMANDADO.

5.1 El carácter accesorio de las medidas cautelares.

Las medidas cautelares son actuaciones de carácter instrumental que sirven al proceso principal y que carecen de sentido por sí solas. Atendiendo a la finalidad a la que sirve la solicitud de las medidas cautelares, que es la de asegurar una tutela judicial efectiva en un proceso para el que se estiman necesarias y oportunas, o de caso contrario, la pendencia del proceso podría demorarse más de lo normal o incluso podría desestimarse la pretensión inicial del demandante, se intuye su accesoriedad, que de hecho, queda expresada en el artículo 731 LEC. Se dispone que una vez que el proceso sobre la pretensión principal del solicitante haya llegado a su fin, la medida o medidas que este hubiese solicitado, para poder asegurar el resultado próspero que podía esperarse, no se mantendrán. Tampoco se podrían mantener las medidas cautelares si el proceso principal quedase suspendido por causa que sea imputable a su solicitante por un periodo de más de seis meses. Únicamente cabe la posibilidad de que una medida cautelar se mantuviese tras la terminación del proceso para el que fue solicitada cuando la resolución de dicho proceso fuese una sentencia condenatoria o un auto equivalente, lo cual implicaría que estas tendrían que permanecer por el plazo de veinte días desde que dicha sentencia condenatoria o auto equivalente hubiese adquirido firmeza; como se indica en el artículo 548 LEC, para garantizar el despacho de la ejecución. En caso de que no se solicitase el despacho de la ejecución, una vez concluido el plazo de veinte días que concede la ley, se produciría el alzamiento de las medidas cautelares.

Mención especial merece la ejecución provisional de sentencias, que tras la reforma del año 2000 que sufrió la LEC, se habilita, a aquellas personas que hubiesen obtenido una sentencia favorable, poder ejecutar su derecho en ella reconocida, para que así, dicho derecho no se viese afectado por la demora que supondría que el condenado interpusiese recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, con todo lo que el inicio del proceso en segunda instancia conlleva. Pues, consecuentemente, debido al carácter accesorio

propio de estas actuaciones, de igual manera, cuando se ejecute provisionalmente una sentencia, que solo podría ser suspendida si el apelante prestase fianza para ello debiendo ser un caso de reclamación dineraria, las medidas cautelares que se hubiesen acordado relacionadas para esa ejecución serán alzadas cuando se despache la ejecución provisional de la sentencia.

5.2 Solicitud de las medidas cautelares.

Respecto a la solicitud a un tribunal para la adopción de medidas cautelares que el solicitante considere, es importante tener en cuenta los momentos procesales en el que este puede solicitarlas. La regla general para la solicitud de medidas cautelares, es que estas deberán de solicitarse a la vez que se interpone la demanda principal, usualmente, quedando incluida en ella la petición de las medidas cautelares por medio de otrosí. Esta regla temporal general está contenida en el artículo 730 LEC, pero dicho artículo reconoce también la posibilidad de solicitarla en otros momentos del proceso. Las medidas cautelares también pueden solicitarse previamente a la interposición de la demanda principal, aunque para que estas puedan seguir desplegando sus efectos, el solicitante deberá de interponer demanda ante el mismo tribunal ante el que se solicitaron las medidas, en un plazo que no podrá superar los veinte días desde que se solicitasen. En caso contrario se alzarían las medidas solicitadas y se le declararía responsable por los daños y perjuicios originados al afectado por las medidas. No operaría dicho plazo si el solicitante cumpliera con todo lo que se le requiera mientras se está formalizando un proceso judicial de arbitraje o de arbitraje institucional. Por último, el artículo 730 prevé que las medidas cautelares puedan solicitarse, una vez se haya interpuesto la demanda e incluso durante la tramitación de un recurso, teniendo que haber aparecido de manera sobrevenida nuevas circunstancias que justificasen su solicitud en ese momento.

La solicitud de las medidas cautelares que se el solicitante crea oportunas deberá de hacerse de una forma clara y que no de lugar a confusión, y además dicha solicitud se llevará a cabo de forma justificada de acuerdo a las exigencias que al respecto señala la LEC. Como ya se ha comentado, es necesario que el interesado justifique que podrían

existir situaciones que dificultasen el proceso, o incluso, que llegasen a producir un resultado no favorable para la pretensión que se espera que se estime. También es necesario para justificar dicha solicitud, la aportación de sus argumentos, datos, y de justificaciones documentales o, en defecto de estas, justificaciones basadas en cualquier otro medio probatorio que sea susceptible de poder acompañar al escrito de solicitud. En caso de que se soliciten previamente a la demanda, se debe de justificar una urgencia o necesidad. Otro requisito que la LEC establece que debe incluirse en la petición de la medida es la prestación de caución, que tendrá que quedar especificada tanto en el modo en el que se pretende ofrecer, así como el importe en el que consista dicha fianza.

A pesar de lo dispuesto en la LEC, cuando la medida que se solicita es el embargo preventivo de un buque, debemos estar a lo dispuesto en la LNM, ya que esta se encarga de regular la solicitud de la medida, quedando este ámbito recogido en su artículo 472, y por lo tanto, prevalecerá frente a la LEC, que es legislación supletoria, por quedar así dispuesto en el orden de prelación de fuentes reguladoras de la medida. Así mismo, el apartado cuatro del artículo 2 del Convenio de Ginebra de 1999, remite a la legislación estatal que recoja la regulación dispuesta para el procedimiento relativo al embargo preventivo de un buque. Para la solicitud del embargo preventivo de un buque, dispone el artículo 472 LNM, que será suficiente que el interesado lo solicite alegando la reclamación de un crédito marítimo, así como la causa que motive dicho crédito. Dicho término, que ha sido mencionado ya anteriormente, se encuentra definido en el Convenio de Ginebra de 1999, y a él, como nos indica la LNM, debemos remitirnos para saber qué es lo que se conoce como un crédito marítimo. Queda dispuesto en su artículo 1, que por “crédito marítimo”, entendido a los efectos de dicho Convenio, como principal fuente reguladora del embargo preventivo de buques, se entenderá un crédito que tenga como causa o causas, alguna de las dispuestas en el siguiente listado *numerus clausus* que nos ofrece dicho artículo:

- a) Pérdidas o daños causados por la explotación del buque;
- b) Muerte o lesiones corporales sobrevinidas, 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 practicaaje;

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» o gravamen de la misma naturaleza sobre el buque;

v) Toda controversia resultante de un contrato de compraventa del buque.

Esta lista actual sobre los créditos marítimos, es el producto de su ampliación frente a la lista de créditos marítimos que se recogía en el Convenio de Bruselas de 1952. Surgió la necesidad de que la lista de créditos marítimos se extendiese y abarcase supuestos que hasta ese momento no se recogían en dicha lista, y también, con esta renovación, se pretendía alcanzar una mayor claridad y un mejor desarrollo de ciertos créditos marítimos que ya se recogían. De este modo, en el artículo 1 del Convenio de Ginebra de 1999 resulta una lista que comprende la mayoría de créditos marítimos que en la práctica pueden derivar de la explotación del buque o de su navegación.

En la misma línea que el artículo 472 LNM, el artículo 475 LNM dispone que todo buque respecto al cual el solicitante alegue un crédito marítimo podrá ser embargado de conformidad con lo dispuesto en el Convenio de Ginebra de 1999, en cuanto a su alcance y conforme a los términos ahí expresados. Además, para que el juez acuerde el embargo preventivo de un buque también será necesario que el interesado acredite formalmente la embargabilidad del mismo. Dicha traba del buque se acordará por el importe total del crédito marítimo que el solicitante alega. Sin embargo, no solo debe considerarse que el embargo preventivo se extiende al importe que se le solicita al deudor, ya que también hay que tener en cuenta que en el proceso para la efectiva inmovilización del buque se generan unos gastos o costas, que se satisfacen mediante una provisión de fondos que a tal efecto se le exige al solicitante. Por lo tanto, el embargo preventivo del buque se acordará por el importe efectivo del crédito marítimo así como los gastos de la inmovilización del buque, sin olvidar los intereses de demora que se devenguen del crédito marítimo, así como también los intereses y costas procesales, todo ello de conformidad con la jurisprudencia al respecto de nuestras Audiencias Provinciales, como por ejemplo, con el AAP CA, nº 84/2012, de 27 de junio¹⁰ (embargo IBN BATOUTA):

No hay, por tanto, ningún precepto legal regulador de la adopción de medidas cautelares que prohíba la extensión del embargo preventivo a los intereses moratorios y procesales y a las costas, por lo menos, estas últimas, las causadas por las actuaciones inherentes a la traba del buque y su inmovilización, que genera unos gastos que el Juez mercantil no desconoce [...].

Centrando esta cuestión en el objeto de este trabajo, la solicitud del embargo preventivo de un buque difiere, en cuanto al proceder del solicitante, del resto de embargos preventivos de cualquier bien. Las diferencias procesales que recibe el embargo preventivo de buques cuando se alega un crédito marítimo, reportan una mayor protección y seguridad para el interesado. En la LEC cuando se hace referencia a la solicitud de embargos preventivos de bienes, se plantea que el solicitante pueda hacerlo tras un procedimiento del cual ha obtenido una sentencia u otra resolución, habilitante de ejecución contra el demandado, para así asegurar el despacho de dicha ejecución. Por lo tanto, podría caber, por ejemplo, la solicitud de un embargo preventivo sobre un buque como medida que la asegure. De esta manera, según como se regula el embargo

¹⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, nº 84/2012, de 27 de junio, FJ 1º, CENDOJ.

preventivo de buques en el Convenio de Ginebra de 1999 y en la LNM, no procedería a registrarse el procedimiento de solicitud de la medida por dichas normativas, sino por lo previsto en la LEC. Los beneficios procesales se obtienen mediante la alegación de un crédito marítimo. Dichas normativas dan la posibilidad de que se decrete un embargo preventivo sobre un buque considerado embargable, procediendo de inmediato a su inmovilización, con el simple requisito de alegar ante el tribunal correspondiente un crédito marítimo. Con la intención de amparar el embargo en la resolución ejecutoria que se pretende garantizar, se procedería de acuerdo a los trámites dispuestos en la LEC para el proceso de solicitud y adopción de medidas cautelares. Sin embargo, la traba del buque en ambos casos puede acabar en su posterior ejecución dineraria a favor del actor principal. También se prevé en la LEC, que se pueda solicitar (siguiendo con el mismo ejemplo) el embargo preventivo de un buque como medida cautelar que pueda asegurar cualquier pretensión que espera que sea estimada por el tribunal ante el que presenta la demanda. Tampoco se beneficiaría el solicitante en este caso, de los beneficios procesales que se prevén para quien proceda al embargo en virtud de la reclamación de un crédito marítimo.

Para que el embargo de un buque por el que se alegue el crédito marítimo proceda, debe de concurrir alguno de los presupuestos recogidos en el artículo 3 del Convenio de Ginebra de 1999. Estos presupuestos determinan la embargabilidad de un buque, que el solicitante deberá de acreditar junto con su crédito marítimo. Según el precepto, existen diversas situaciones determinantes, que deben de servir como fundamento para que quién alegue el crédito marítimo, frente a quien se lo reclama, pueda ejercer efectivamente el derecho de embargo.

En primer lugar, se establecen dos requisitos de carácter subjetivo, en relación a la condición que, frente al buque, ostente la persona obligada por el crédito marítimo. El buque respecto al que el crédito marítimo nace, será embargable, si la persona frente a la que se reclama el crédito, al momento de practicarse el embargo, fuese propietaria actual del buque, además de haber sido propietaria del buque también en el momento en el que el crédito surgió. También se considerará la embargabilidad del buque si dicha persona, en lugar de haber sido la propietaria, hubiese sido arrendataria a casco desnudo del buque en el momento que nace el crédito marítimo, teniendo que mantenerse como arrendataria a casco desnudo, o teniendo que ser propietaria del buque, en el momento

que se decide practicar el embargo. En el apartado dos del artículo 3 del Convenio de Ginebra de 1999, se otorga la posibilidad de que otros buques, de propiedad actual del obligado por el crédito marítimo, distintos al que se le practica el embargo, sean embargables. Nuevamente en este apartado se tiene en cuenta la condición personal que se ostenta frente a dichos buques para que su embargabilidad quede determinada. Podrá practicarse embargo preventivo sobre buque distinto, si dicho obligado, siendo su propietario actual, hubiese sido propietario del buque respecto al que surgió el crédito marítimo, o arrendatario a casco desnudo o fletador, por tiempo o por viaje, de dicho buque distinto, en el momento en el que el crédito marítimo nació.

En segundo lugar, dicho artículo 3 establece la embargabilidad del buque, basándose en un criterio objetivo, como lo es la tipología del crédito marítimo. Procederá el embargo preventivo, cuando el fundamento del crédito marítimo que se reclama, fuese una hipoteca *mortgage* o un derecho real de las mismas características que grave el buque en cuestión, o cuando el crédito naciese por motivos referidos a la posesión o a la propiedad del buque. No obstante, cuando hubiese que determinar la embargabilidad de otros buques distintos al que se practica el embargo, cumpliéndose alguno de los requisitos subjetivos establecidos en el ya comentado apartado dos del artículo 3, no podrían considerarse embargables esos otros buques, si el crédito por el que resultasen obligados, naciese por controversias en relación a la posesión o a la propiedad del buque.

El último apartado del citado artículo está referido a la embargabilidad de otros buques, no siendo estos de la propiedad del obligado por el crédito marítimo. Esta situación de determinación de la embargabilidad del buque, que es cuanto menos una situación peculiar, una vez que se han visto aquellos requisitos referidos a la disposición que se debe ostentar sobre el buque, siendo necesarios para que este pueda ser embargado, tendrá lugar siempre y cuando esté así previsto en la legislación del Estado dónde se solicita el embargo. En virtud de dicha legislación, se debe permitir la ejecución, contra el buque que no es de propiedad del obligado, de una sentencia dictada a causa de el crédito marítimo en cuestión, consistiendo esta ejecución en una venta judicial o en una venta forzosa del buque.

Como se desprende de lo comentado, la concreción de la legitimación pasiva es un aspecto bastante transcendental en el procedimiento del embargo preventivo de buques, ya que es lo que permite en muchas ocasiones la determinación de la embargabilidad de un buque. Son frecuentes en la práctica situaciones en las que será fácilmente confundible si el deudor afectado por el crédito marítimo es el naviero que ostenta en la actualidad la efectiva explotación del buque. Caso que refleja fielmente una situación de estas características es el embargo preventivo resuelto en el AAP PO, nº 372/2017, de 27 de noviembre¹¹. Es un caso de un embargo preventivo de buque en el que se procede a la práctica de la doctrina del levantamiento del velo societario, con el objetivo de concretar la legitimación pasiva del deudor que aparentemente no parecía ser el propietario que se encargaba de la explotación del buque en cuestión, al haberlo transmitido a otra sociedad, cuyos órganos societarios coincidían, y cuya constitución tuvo lugar con posterioridad al nacimiento del crédito marítimo en contra del deudor. La utilización de este recurso jurídico permitió el acuerdo del embargo preventivo del buque, ya que daba lugar a que se cumpliera el requisito subjetivo del artículo 3.1 a) del Convenio de Ginebra de 1999. Curioso es que se decida resolver el asunto mediante el levantamiento del velo societario, ya que nuestro Tribunal Supremo, en varias ocasiones, siguiendo la doctrina existente al respecto, se ha pronunciado sobre la moderación, y cierto carácter restrictivo, en la utilización de dicho recurso contra el uso fraudulento de la personalidad jurídica (STS, nº 572/2016, de 29 de septiembre¹²; STS, nº 967/2000, de 17 de octubre¹³; STS, nº 883/1996, de 31 de octubre¹⁴). En relación a esto, alude en su, bien elaborado y argumentado, voto particular el Ilustrísimo magistrado Señor Don Jacinto José Pérez Benítez en el citado Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, lo cual añade, si aun cabe, más interés a la resolución emitida por dicha Audiencia Provincial respecto al caso.

Mención aparte merece el último párrafo del apartado 1 del artículo 3, debido a que dispone que un buque será embargable por un crédito marítimo que nace en relación a este, independientemente de quién sea el propietario, arrendador a casco desnudo, gestor o naviero del buque, en la actualidad, cuando este crédito que se alega, esté

¹¹ Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 5ª, nº 327/2017, de 27 de noviembre, CENDOJ.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, nº 572/2016, de 29 de septiembre, CENDOJ.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, nº 967/2000, de 17 de octubre, CENDOJ.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, nº 883/1996, de 31 de octubre, CENDOJ.

garantizado por un privilegio marítimo. Dicho privilegio marítimo que garantice el crédito, tendrá que estar previsto en la legislación correspondiente del Estado donde se pretende practicar el embargo.

La incidencia que tienen los privilegios marítimos en la vertiente práctica del embargo preventivo de buques es muy importante a tener en cuenta, por ello, a continuación se le da el siguiente desarrollo a los mismos. A diferencia de cualquier otro crédito marítimo, los que cuentan con la concesión de un privilegio marítimo que los garantiza, producen una matización diferente, en lo que respecta en derecho, dentro del embargo preventivo, ya que dichos privilegios suponen una *actio in rem*, es decir, afectan al bien y habilitan la posibilidad de poder solicitar el embargo de un bien aunque ya no se encuentre en propiedad del deudor. La existencia de los privilegios marítimos supone una especialidad añadida al elenco de especialidades en el procedimiento que de por sí supone la medida cautelar del embargo preventivo de buques.

De este modo, para saber que se conoce por el concepto de “privilegio marítimo”, así como su régimen jurídico y los tipos de privilegios reconocidos en España, hay que remitirse a la LNM, dónde trata estas garantías en la Sección 1ª, del Capítulo VII, de su Título II, en los artículos 122 a 125.

Según el artículo 122.2 LNM, un privilegio marítimo es un derecho, que en garantía de un crédito marítimo, grava a un buque, y le sigue a pesar de que se produzca un cambio en su propiedad, en su matrícula, o en el pabellón que ostente. Además, dispone que no necesitan inscribirse, y así, obtener publicidad registral, para que dichos derechos de garantía desplieguen su eficacia. Gozarán los privilegios marítimos de preferencia ante cualquier hipoteca o gravamen inscrito sobre el buque, con independencia de cuales sean las fechas de inscripción correspondientes. Ningún crédito podrá anteponerse a los privilegios marítimos, exceptuando, los referidos en el artículo 486 LNM, como lo son los gastos de conservación y la manutención de la dotación del buque, los sueldos, los gastos de repatriación y las cuotas de seguridad social; y los gastos que se deban abonar a la Administración Marítima en cuestión, generados por la remoción de buques que hubiesen naufragado o se encontrasen hundidos.

Respecto a su régimen jurídico, se puede decir que el artículo 122.1 remite su regulación al Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, de Ginebra de 1993¹⁵, y que la misma LNM se encarga de complementar lo dispuesto en dicho Convenio. De hecho, el segundo apartado del artículo 122 LNM ya comentado, que da una noción sobre lo que es un privilegio marítimo, está formado basándose, en parte, en lo dispuesto en el Convenio de Ginebra de 1993 en sus artículos 5 y 8, que versan, correspondientemente, sobre la prelación que muestran sobre otros gravámenes, y su característica principal, la reipersecutoriedad.

Los créditos marítimos que cuentan con un privilegio marítimo, que los garantiza, se encuentran recogidos en el artículo 4.1 del Convenio de Ginebra de 1993. Tales créditos irán contra el propietario, arrendatario a casco desnudo, gestor o naviero del buque, sobre el que recae el privilegio marítimo, y son los siguientes:

- a) los créditos por los sueldos y otras cantidades debidos al capitán, los oficiales y demás miembros de la dotación del buque 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;
- b) los créditos por causa de muerte o lesiones corporales sobrevenidas, en tierra o en el agua, en relación directa con la explotación del buque;
- c) los créditos por la recompensa pagadera por el salvamento del buque;
- d) los créditos por derechos de puerto, de canal y de otras vías navegables y practicaaje;
- e) los créditos nacidos de culpa extracontractual por razón de la pérdida o el daño materiales causados por la explotación del buque distintos de la pérdida o el daño ocasionados al cargamento, los contenedores y los efectos del pasaje transportados a bordo del buque.

Sin embargo, cuando los créditos marítimos de los apartados b) y e) mencionados surgiesen de daños relativos al transporte marítimo de hidrocarburos u otras sustancias consideradas peligrosas, por los que en virtud de un régimen de responsabilidad objetiva y un medio de garantía de créditos derive la obligación de indemnizar a acreedores; o surgiesen de las propiedades radiactivas, o de la combinación de estas con propiedades tóxicas, explosivas u otras derivadas del combustible nuclear o de material radioactivo, no podrá ningún privilegio marítimo recaer sobre un buque para que queden estos garantizados.

¹⁵ Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993 (BOE 23 de abril de 2004).

Todos los privilegios marítimos concedidos en virtud del artículo 4.1 tienen un plazo general, en el cual, transcurrido este, se extinguirán. El plazo, que queda previsto en el artículo 9 del Convenio, será de un año, salvo en los casos en los que en el transcurso de este plazo, antes de llegado el vencimiento, se haya procedido al embargo preventivo o a la ejecución mediante venta forzosa del buque garantizado por el privilegio en cuestión. Dicho plazo de extinción del privilegio marítimo empieza a contarse de manera distinta, dependiendo del crédito que se trate. Cuando sea un crédito marítimo al que se refiere el artículo 4.1 a), el plazo de un año comenzará desde que el acreedor haya terminado su enrolamiento a bordo del buque; y cuando sea uno de los créditos a los que se refieren los apartados b) a e) del artículo 4.1, el plazo comenzará desde la fecha en que dichos créditos nazcan. En este último caso, no podrá producirse la suspensión ni la interrupción del plazo. Sin embargo, cuando así quede previsto por la ley, el plazo se interrumpirá cuando no se pueda proceder a la práctica del embargo preventivo o al despacho de la ejecución del buque.

Estos créditos marítimos mencionados, son los previstos en el Convenio de manera expresa, pero no son los únicos que contarán con la garantía de un privilegio marítimo, ya que el mismo Convenio en su artículo 6 prevé la posibilidad de que los privilegios marítimos puedan concederse por la legislación de cualquier Estado Parte, en virtud de créditos marítimos distintos que a tal efecto consideren. Esta previsión, sin embargo, para que sea posible, debe cumplir con las tres condiciones expuestas en dicho artículo 6. En primer lugar, deberán tales créditos marítimos estar sujetos a lo que se dispone en los artículos 8, 10 (sobre la cesión y subrogación de los créditos marítimos garantizados con privilegios marítimos) y 12 (relativo a los efectos de la venta forzosa sobre los privilegios marítimos) del Convenio de Ginebra de 1993. En segundo lugar, dichos créditos deberán de extinguirse uno de los dos plazos de extinción del crédito previstos por dicho artículo. Por un lado se contempla un plazo de seis meses desde el nacimiento de los créditos, sin perjuicio que antes de llegado su vencimiento se haya procedido a la venta forzosa del buque; y por otro lado, el plazo puede ser de sesenta días, a contar desde la inscripción de la venta del buque en el registro (conforme a la legislación del Estado donde se tenga que matricular de nuevo el buque), en caso de que este se vendiese a un comprador de buena fe y que este plazo tuviese vencimiento con anterioridad al señalado en el plazo antes mencionado. Por último, se exige para su validez, que dichos créditos previstos por las legislaciones estatales deban posponerse

en el orden de prelación respecto a los privilegios recogidos en el artículo 4, además de a las hipotecas o gravámenes inscritos que cumplan con lo dispuesto en el artículo 1 del mismo Convenio (artículo relativo al reconocimiento y ejecución de dichos gravámenes). En la legislación Española, nos remitimos al artículo 124 LNM, que es dónde se reconoce la posibilidad de que recaigan sobre un buque los privilegios marítimos reconocidos por nuestro Derecho común y leyes especiales, distintos de los recogidos en el Convenio de Ginebra de 1993. También se realiza en el artículo 124 LNM un reconocimiento de otros privilegios, distintos de los concedidos en virtud del artículo 4 del Convenio, que se prevean en la normativa comunitaria, en tratados de los que España sea parte o que sean reconocibles en base al principio de reciprocidad, para que graven a buques extranjeros bajo la ley de su pabellón.

En cuanto a la preferencia de la que gozan los privilegios marítimos sobre los demás gravámenes que se establezcan sobre el buque, esta viene definida en el primer apartado del artículo 5 del Convenio de Ginebra de 1993. Se refiere en dicho apartado a aquellos que quedan recogidos en el artículo 4. Así mismo, establece un orden de prelación entre ellos, siendo este el mismo que se ha seguido para el orden en el que han quedado dispuestos en la redacción del artículo 4. Sin perjuicio de lo anterior, los créditos por la recompensa pagadera por el salvamento del buque (4.1 c)), tendrán preferencia sobre los demás privilegios que afecten al buque, cuando estos otros sean anteriores a los hechos que dieron lugar a los privilegios por los créditos del 4.1 c). Estos créditos del 4.1 c) determinarán la prelación entre ellos mismos, siguiendo el orden inverso al de la fecha de nacimiento de los créditos (se considerará tal fecha la del día que concluyó la operación de salvamento) que tales privilegios garanticen. Los demás créditos (apartados a), b), d) y e)) concurrirán entre ellos a prorrata.

Por último, es importante hacer mención del artículo 10 del Convenio de Ginebra de 1993, que versa sobre la cesión y subrogación, en relación a los créditos garantizados por los privilegios marítimos. Cuando se produzca la cesión de un crédito garantizado o la subrogación en los derechos del acreedor, también se producirá cesión del privilegio marítimo y subrogación en los derechos que conlleve el privilegio. Dichos acreedores, en este último supuesto, no podrán subrogarse en los derechos a la indemnización que proceda en virtud de un contrato de seguro.

5.3 Audiencia de las partes.

Una vez se ha interpuesto el escrito de solicitud de medidas cautelares, el tribunal tendrá que proceder a darle audiencia a la parte demandada. Este requisito se establece como la regla general, en el artículo 733 LEC, que los tribunales deben de seguir previamente al acuerdo de la medida cautelar. El tribunal en cuestión dará traslado de la solicitud al demandado, que deberá personarse en el juzgado para que dicha parte tenga conocimiento de la solicitud de medida contra él. Sin embargo, como ya se ha mencionado, existe una excepción para la tramitación de la audiencia al demandado, y es que, si el solicitante acredita peligro para el proceso, debido a que se de lugar a dicho trámite, o que existen razones de urgencia, el tribunal no dará traslado de la solicitud al demandado, acordando las medidas cautelares *inaudita parte*, es decir, sin oír antes al demandado. En tal caso el tribunal no procedería a más trámites, y en el plazo de cinco días acordará la medida o medidas solicitadas, mediante auto que justifica su excepción a la audiencia de la parte demandada y la concurrencia de los requisitos que motivan el acuerdo de las medidas cautelares.

Cuando se trata de la solicitud de un embargo preventivo de un buque, la LNM proporciona una ventaja a su solicitante, en cuanto que prevé que el proceso por la reclamación del crédito marítimo alegado se acelere, pudiendo evitar así que por prolongarse el transcurso del proceso, por ejemplo, el buque haya zarpado o que incluso este haya sido ya embargado por cualquier otro tercero. De esta manera, el legislador incluyó en el artículo 476 una disposición relativa a la ventaja que se concede cuando se alega un crédito marítimo, y por consiguiente, se sigue la tramitación procesal del embargo de un buque por lo dispuesto en el Convenio de Ginebra de 1999 y la LNM que lo completa. El artículo 476 LNM establece una presunción de peligro por mora procesal y la urgencia que se requiere en el artículo 733.2 LEC, para que de esta manera, como ya se ha comentado, se produzca una omisión tanto del trámite de audiencia a la parte demandada, así como de la posterior convocatoria de una vista para las partes, en la tramitación del acuerdo del embargo preventivo sobre el buque que se solicita. La posibilidad de lograr la adopción del embargo, con acuerdo del mismo *inaudita parte*, es una de las peculiaridades que caracterizan al embargo preventivo de buques. Así, quien alegue un crédito marítimo y solicite en relación a él la traba del

buque, se asegura que, de manera casi automática, el tribunal una vez conozca del escrito de solicitud del embargo, proceda a su acuerdo.

Una vez concluida la audiencia del demandado, si no concurriese la excepción prevista en el artículo 733.2, una vez recibida la solicitud, el Secretario judicial, en el plazo de cinco días desde que se le dio traslado a la parte demandada, convocará mediante diligencia a ambas partes a una vista que tendrá lugar una vez pasados diez días desde dicho conocimiento de la solicitud (artículo 734 LEC). La vista se convoca al efecto para que ambas partes tengan la posibilidad de exponer y probar todo lo que considerasen al respecto. Por un lado, el demandado intentará que se admitan, y en su caso que se practiquen, las pruebas de las que disponga para atacar la razón de los fundamentos en los que se basa la solicitud de las medidas. Por su parte, el solicitante normalmente, además de lo solicitado en su escrito, probará la buena apariencia de derecho (*fumus bonus iuris*) y el peligro por mora procesal (*periculum in mora*), que será suficiente, junto con la prestación de la caución, para que se acuerden las medidas que se solicitan. Si fuese oportuno, se concederá plazo de cinco días para practicar reconocimientos judiciales como medio de prueba en aquello que se acreditase no poder ser probado en la vista. La vista también podrá aprovecharse por las partes para asuntos relativos a la caución. El solicitante tendrá la ocasión de alegar lo que estime en relación al tipo e importe de la caución que debe prestar, y el demandado podrá solicitar al tribunal que se le permita prestar, como se dispone en el artículo 746 LEC, una caución sustitutoria para que sea aceptada en lugar de que se acuerden medidas cautelares en su contra, siempre que dicha caución sustitutoria no suponga desvirtuar la finalidad que pretendía la medida solicitada. Salvo protesta, el tribunal no aceptará recurso contra lo que estime de la comparecencia o contra lo probado en ella. El tribunal se pronunciará mediante auto respecto al acuerdo de las medidas cautelares en un plazo de 5 días desde la vista.

5.4 Resolución del tribunal sobre la solicitud de las medidas cautelares.

Hayan concurrido los trámites previstos, o no, el tribunal, en los plazos respectivos señalados a tal efecto, se pronunciará mediante auto, que acuerde las medidas solicitadas, o denegatorio de las mismas. Así se regula en los artículos 735 y 736 de la LEC, respectivamente.

Si considera el tribunal que concurren los requisitos necesarios para su adopción y que queda acreditado el *periculum in mora* y el *fumus bonus iuris*, procederá a determinar la medida o medidas que se acuerdan, así como todo lo que respecta a la prestación de la caución que deba realizar el solicitante. Contra el auto que acuerde las medidas cautelares no cabrá otro recurso distinto al de apelación, que en ningún caso producirá efectos de suspensión respecto a las medidas acordadas. Sin embargo, cuando el tribunal haya procedido a acordar las medidas cautelares, omitiendo el trámite de audiencia a la parte demandada y la vista, por haber concurrido razones de urgencia o necesidad, no habrá posibilidad de interponer recurso alguno contra el auto que acuerde. Como consecuencia, en este último caso, se dará de inmediato traslado en ese momento de dicho auto a la parte demandada, y si no fuese posible, se le dará traslado inmediatamente tras la ejecución, teniendo en cuenta que el demandado tendrá más adelante oportunidad de oponerse a las medidas que se adopten, por medio de un incidente de oposición específico, que le dará la oportunidad de que se celebre una vista, que se regula en los artículos 739 a 742 LEC.

El tribunal, si no estima que haya quedado acreditado peligro por mora procesal y demás requisitos que deben concurrir, dictará auto denegatorio de la solicitud de medidas cautelares e impondrá condena en costas al solicitante conforme a lo dispuesto en la LEC para la condena en costas de la primera instancia. Aun así, el solicitante de las medidas denegadas tiene la posibilidad de volver a solicitar dichas medidas si las circunstancias del caso hubiesen variado respecto de aquellas concurrentes en el momento inicial en el que fueron solicitadas al tribunal.

5.5 Ejecución de las medidas cautelares acordadas.

Tras el acuerdo de la medida cautelar, en virtud del artículo 737 LEC, antes de que comience la ejecución de dicha medida, el tribunal solicitará al actor, mediante providencia, que se preste el importe de la caución que estime necesaria para el caso de que se trate. El tribunal tendrá en cuenta las circunstancias que rodean al caso así como la propuesta de prestación de caución incluida en el escrito de solicitud de la medida. La prestación de la caución es requisito necesario para que la medida despliegue su efectividad.

Prestada la caución por el solicitante de la medida, según el artículo 738 LEC, el tribunal procederá de oficio a que se cumpla la medida cautelar acordada utilizando cualquier medio que considerase oportuno para la ejecución, permitiendo dicho artículo la utilización por parte del tribunal de aquellos medios que quedan previstos en la LEC para asegurar la ejecución de las sentencias (artículos 518 y ss.).

Cuando el tribunal hubiese acordado un embargo preventivo, la manera de proceder deberá de seguir lo dispuesto en los artículos 584 y ss. de la LEC , siguiendo el mismo procedimiento regulado para los embargos que se decretan en los procesos ejecutivos.

Siguiendo el Convenio de Ginebra de 1999, en caso de que se solicite el embargo preventivo de un buque o se proceda al levantamiento del embargo, la regulación del procedimiento correspondiente deberá remitirse a la legislación que reciba la medida en el Estado de cuyos tribunales hayan conocido de la solicitud o de la ejecución de dicha medida cautelar de embargo preventivo de buque (artículo 2). De este modo, la LNM recoge el procedimiento que deberá de seguirse en tal caso en sus artículos 477 y 478.

Una vez se haya acordado el embargo del buque, entendiendo el término embargo como su retención, el tribunal en cuestión procederá, con la mayor inmediatez posible, a dar traslado del auto mediante el que se acuerda la medida al capitán marítimo del puerto donde el buque se encuentre, o bien del puerto al que se espera que el buque llegue. Entonces, el capitán marítimo será quien se encargue de adoptar las medidas necesarias para lograr la inmovilización del buque y prohibición de salida del puerto. La

Administración Marítima que deba estar involucrada, se encargará de llevar a cabo la prohibición de salida del buque del puerto donde este se encuentre, y contará con la ayuda y cooperación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de la Autoridad Portuaria y de las entidades públicas que estén destinadas a la labor de la vigilancia de costas, quienes por obligación, estarán para cualquier tipo de colaboración que soliciten en relación al tipo de funciones que desarrollan. Por último, cuando el embargo del barco se haya hecho efectivo, el capitán del buque, o su consignatario en su caso, deberán de ser notificados de la situación mediante el traslado de copia de la demanda interpuesta y del auto que se dictó acordando el embargo preventivo del buque.

5.6 Reembargo del buque y pluralidad de embargos.

Otra de las especialidades que se establecen para el embargo preventivo de buques por la reclamación de créditos marítimos, es la posibilidad de poder reembargar un buque o volver a embargarlo, en virtud del mismo crédito marítimo por el que se acordó el primer embargo. El derecho de reembolso del buque, supone que un nuevo embargo podrá ser solicitado aunque se haya prestado ya garantía en relación a dicho crédito. También puede suponer el tener que solicitar de nuevo su embargo, una vez que este buque hubiese sido ya embargado por el crédito marítimo en cuestión y se hubiese procedido a la liberación del mismo, siendo esta liberación un levantamiento de la traba según lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio de Ginebra de 1999 y no una liberación o salida ilegal del buque embargado.

Dichas posibilidades quedan amparadas en el artículo 5 del Convenio de Ginebra de 1999. No se permite que se ejerza el derecho de reembolso si no está justificado en virtud del artículo 5. El mismo artículo establece una lista cerrada de aquellos presupuestos que deben motivar la práctica de un nuevo embargo preventivo sobre el buque en virtud del mismo crédito marítimo. En primer lugar, sería posible reembargar el buque si el tribunal considerase que la garantía ya prestada en virtud del mismo crédito resultase inadecuada debido a la naturaleza de dicha caución o al importe de la misma. La cuantía total que se debiese prestar en concepto de garantía, para poder en este caso solicitar un nuevo embargo, no podrá exceder del valor de dicho buque. En

segundo lugar, podrá solicitarse el reembargo del buque si, en caso de haber el deudor prestado ya la garantía por el crédito marítimo alegado en su contra, este no pueda o se espere que no pueda cumplir, ya sea total o parcialmente, con sus obligaciones. Finalmente, podrá practicarse de nuevo embargo preventivo sobre el buque por la reclamación del mismo crédito marítimo, cuando se hubiese producido la liberación del buque o la cancelación de la garantía prestada, ya sea cuando hubiesen sucedido dichas situaciones a instancia del mismo acreedor o con su conocimiento, o si, aun a pesar de haber intentado impedir las, el acreedor no haya podido evitar que sucediesen dichas situaciones.

El artículo 5 ya mencionado también habilita, en su apartado dos, la posibilidad de que por el mismo crédito marítimo que se alega, sea embargado otro buque, derivando en una situación en la que concurren una pluralidad de embargos preventivos de buques. Se hace referencia a esta posibilidad, dejando claro que el buque sobre el que se pretende practicar el nuevo embargo preventivo, sería, en todo caso, susceptible de estar sujeto a embargo preventivo en virtud de ese mismo crédito marítimo, si fuese otra la situación. Es decir, con esta premisa, la intención pretendida es que dicho buque cumpla con los presupuestos de embargabilidad establecidos en el ya comentado artículo 3 del Convenio de Ginebra de 1999. Siendo este otro buque embargable por cumplir con los requisitos de embargabilidad previstos por el artículo 3 del Convenio, para que se pudiese proceder a practicar una pluralidad de embargos en virtud del mismo crédito marítimo, al igual que en el apartado 1 del artículo 5 del Convenio, debería de concurrir alguno de los presupuestos antes mencionados. La única diferencia que parece mostrar la redacción del artículo 5 en su apartado 2, en relación a la inadecuación de la naturaleza o cuantía de la garantía que presta el deudor, es que no se dice nada respecto a que el importe que se deba prestar supere el valor total de los buques sobre los que recaiga embargo. Por lo tanto, según su redacción, se entenderá que puede superarlo.

5.7 Incidente de oposición a las medidas adoptadas sin audiencia del demandado.

Como se ha comentado anteriormente, la adopción de las medidas cautelares puede producirse *inaudita parte*. Establecido queda en el artículo 733 LEC la imposibilidad en

estos casos de impugnar el acuerdo a través de recursos, por lo que como antes se ha mencionado, el demandado que fue privado de la celebración de la audiencia previa para él legalmente prevista, tendrá la posibilidad de, en un plazo no superior a veinte días a la notificación del auto acordando la medida, formular un escrito de oposición contra dicha medida.

En virtud del artículo 740 LEC, el demandado tendrá la posibilidad de formular en su escrito aquellos hechos, justificados causalmente, en oposición a la medida acordada en lo relativo a ella; como el tipo de medida, su alcance o cualquier circunstancia relevante. En dicho escrito de oposición, se le permite al demandado ofrecer caución sustitutoria de la medida cautelar acordada, de acuerdo a lo dispuesto en su regulación en la LEC. Del escrito de oposición del demandado dará traslado el Secretario Judicial al solicitante, y al igual que en la celebración de la vista prevista en el artículo 734 LEC, se convocará para que ambas partes puedan comparecer al respecto, siguiendo todo lo dispuesto en el artículo referido. Una vez haya concluido la comparecencia de las partes, el tribunal se dispondrá, en un plazo de cinco días, a pronunciarse mediante auto sobre las medidas. Cuando estime la oposición, las medidas cautelares acordadas serán alzadas de inmediato, y se condenará al solicitante con la imposición en costas y a pagar los daños y perjuicios, que en virtud del artículo 712 y ss. sean determinados, producidos a causa de la adopción de la medida cautelar, para que una vez devengue firme el auto, se proceda a su reclamación, o a su exacción forzosa, si la primera surtiese infructuosa (artículo 742 LEC). En caso de desestimar la oposición, las medidas que se acordaron serán mantenidas y se condenará al opositor en costas de dicho incidente de oposición.

6. CAPÍTULO IV, TÍTULO VI DEL LIBRO III: DE LA MODIFICACIÓN Y ALZAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

6.1 Modificación y alzamiento de las medidas cautelares.

La modificación y el alzamiento de las medidas cautelares encuentran su regulación en los artículos 743, 744 y 745 de la LEC.

Las medidas cautelares son susceptibles de ser modificadas. El que solicite la modificación de las medidas cautelares, pudiendo ser tanto el demandante como el demandado, deberá de interponer un escrito de solicitud, realizando las alegaciones y probando aquellos hechos que justifiquen el cambio de las circunstancias iniciales del momento en que se solicitaron las medidas o en del periodo de tiempo que se le concede al demandado para poder oponerse a ellas. Una vez recibida la solicitud por parte del tribunal, la tramitación que se seguirá para la solicitud de modificación de las medidas cautelares será aquella que se dispone en los artículos 734 y ss. para el proceso de solicitud de acuerdo, u oposición, de las mismas.

El alzamiento de las medidas cautelares supone la remoción de las mismas. En un primer supuesto, podemos encontrarnos con el caso de que haya habido ya sentencia no firme de instancia sobre el litigio. Si esta fuese condenatoria, las medidas cautelares se seguirán manteniendo mientras tanto y se aumentará el importe a prestar en concepto de caución. Además, si la estimación de la demanda hubiese sido parcial, el tribunal dará audiencia a la parte demandada, y se pronunciará mediante auto sobre el mantenimiento, el alzamiento o la modificación de las medidas adoptadas. Si fuese absolutoria, la regla general es que el Secretario Judicial ordene su alzamiento. Para ello el actor principal no ha debido de solicitar su mantenimiento o la adopción de nuevas medidas cautelares. Si lo hiciese, antes de remitir los autos al órgano *ad quem*, una vez haya oído al demandado, resolverá sobre dicha solicitud de mantener la medida o de adopción de una nueva. En un segundo supuesto, se puede dar el caso de que haya recaído sentencia firme sobre el litigio. Si la sentencia es condenatoria, como ya se ha comentado anteriormente, las medidas cautelares permanecerán vigentes al menos por

un plazo de veinte días, que es el plazo que se concede en el artículo 548 LEC para el cumplimiento voluntario de las sentencias, con motivo de que se mitigue el peligro de que pueda comprometerse la ejecución de la sentencia hasta que se permita instar el despacho de la ejecución una vez transcurrido el plazo de veinte días concedido al demandado. Si la sentencia es absolutoria, el Secretario Judicial de oficio alzaré las medidas cautelares que se hubiesen adoptado, ya que desaparece el *periculum in mora* como el *fumus bonus iuris*, y en virtud del artículo 745 LEC, el absuelto tendrá la posibilidad de proceder, conforme a lo dispuesto en el artículo 742 LEC, a exigir los posibles daños y perjuicios que le hubiesen ocasionado las medidas cautelares soportadas. En el segundo párrafo de dicho artículo 745 LEC, se prevén las mismas consecuencias descritas para los casos en que el actor renuncie a la acción o haya desistimiento de la instancia.

7. CAPÍTULO V, TÍTULO VI DEL LIBRO III: DE LA CAUCIÓN SUSTITUTORIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

7.1 La prestación de caución sustitutoria para el alzamiento de la medida cautelar.

Como se ha comentado, el Derecho Procesal español le ofrece la posibilidad al afectado por la adopción de medidas cautelares en su contra de poder prestar una garantía, de posterior cumplimiento de sentencia, en forma de caución sustitutoria de la medida, para que esta pueda ser alzada a cambio.

El demandado deberá de formular una solicitud de la prestación de caución sustitutoria. En el proceso, como ya se ha mencionado, el demandado podrá solicitar al tribunal dicha prestación de caución sustitutoria o bien en la vista donde debe comparecer junto al demandado previa a la resolución de acuerdo de medidas cautelares, o bien podrá hacerlo, si ya se hubiese adoptado la medida, en el trámite de oposición a la misma que se le concede en tales casos. Deberá de acompañar junto con su solicitud información que acredite su estado de solvencia, las consecuencias relativas a la implementación de la medida y una valoración sobre el peligro por mora procesal, que servirán de

fundamento para su solicitud. Al demandado se le permitirá prestar caución sustitutoria en las mismas formas previstas en el artículo 529 LEC, como en la prestación de caución por el solicitante.

Una vez recibida la solicitud de prestación de caución sustitutoria y habiéndole dado traslado de ella al solicitante de la medida, el Secretario Judicial convocará en el plazo de 5 días una vista concerniente a la solicitud de prestación de la caución sustitutoria. El tribunal tendrá que decidir sobre la petición del demandado, y para ello tomará en consideración, por un lado, todo aquello en que motivase el demandado su solicitud para dar crédito de su buena posición jurídica, y por otro lado, el fundamento que motivase la adopción de las medidas cautelares, la naturaleza de dicha medida y el contenido de la pretensión principal del demandante. Además el tribunal también controlará que aquellas restricciones que incidan de un modo grave, sobre aspectos como su patrimonio o su actividad económica, guarden relación de proporcionalidad con aquel aseguramiento que necesita el solicitante; y tampoco pudiendo ser posible que la prestación de caución sustitutoria desvirtúe la finalidad de la medida cautelar. Nuevamente, en un plazo de cinco días el tribunal resolverá mediante auto, lo que estime sobre la solicitud de prestación de caución sustitutoria. Contra dicho auto, las partes no podrán interponer recurso alguno. Si estima la solicitud, se conseguirá el alzamiento de la medida a cambio del importe en garantía del cumplimiento de la posible sentencia condenatoria, y si la rechaza se acordará o se mantendrá la medida cautelar.

Cuando se esté siguiendo un procedimiento en el que se hubiese alegado un crédito marítimo para solicitar el embargo preventivo de un buque, debemos de remitirnos al Convenio de Ginebra de 1999, donde en su artículo 4, regula aquellas especialidades que se prevén en tales procedimientos para la prestación de la garantía en sustitución del embargo. El tipo de alzamiento de esta medida consistente en un embargo es denominado como “levantamiento”. Se debe recordar que en estas situaciones se decreta el acuerdo del embargo preventivo del buque *inaudita parte*, por lo que nos encontramos en el momento en el que por primera vez el demandado tiene la oportunidad de poder oponerse al embargo, y parecer ser la única opción que se le permite para poder oponerse y obtener el alzamiento de la medida.

La prestación de la caución sustitutoria por parte del demandado llevará por consiguiente el levantamiento del embargo acordado sobre el buque en cuestión, a excepción de haber sido este embargado en garantía de la reclamación de los tipos de créditos marítimos expresados en los apartados s) y t) del listado recogido en el ya mencionado artículo 1 del Convenio de Ginebra de 1999. En estos dos casos, el tribunal estudiará la situación, y deberá de decidir sobre autorizar la continuación en la explotación del buque por parte de quién ostente la posesión sobre el buque, o resolver de la manera que estime oportuna como se desarrollará la situación sobre el buque mientras se mantenga vigente el embargo del mismo. Por otro lado, en virtud del apartado 6 de este artículo 4 del Convenio, se permite solicitar en cualquier momento, a quien haya prestado la caución sustitutoria, la reducción, la modificación o la cancelación de la misma.

Cuando se solicite el ofrecimiento de caución sustitutoria, el tribunal conocerá de dicha solicitud y dará traslado, para su conocimiento, a la parte demandante. La parte demandante tendrá que deliberar sobre la suficiencia y la forma en que la parte demandada ha solicitado ofrecer la caución sustitutoria. Normalmente, cuando la caución sustitutoria que se pretenda prestar sea una cantidad de dinero, no presentará ningún problema para su aceptación. Sin embargo, dicha prestación será determinada en su forma e importe de oficio por el tribunal, en caso de que no se llegase a un acuerdo previo de las partes al respecto. Como regla general, nunca podrá exceder el importe de la caución sustitutoria del importe del valor del buque embargado.

Finalmente, encontramos en los apartados 4 y 5 del artículo 4 del Convenio, que hacen referencia a casuística que comprende situaciones en las que se produce el embargo o el levantamiento del mismo en un Estado que no sea parte del Convenio de Ginebra de 1999. En el primer caso al que se hace referencia en el apartado 4, cuando se hubiese embargado el buque en un Estado que no sea parte, y no procediese al levantamiento del embargo pese a haberse prestado caución sustitutoria suficiente en un Estado Parte, el demandado podrá solicitar al tribunal del Estado Parte que ordene la cancelación de la misma. En el segundo caso, dispuesto en el apartado 5, cuando en un Estado no parte se procediese al levantamiento del embargo por haberse prestado allí caución sustitutoria, que deberá estar esta a disposición del acreedor y serle libremente transferible, el importe prestado en el mismo concepto en cualquier Estado Parte se mandará cancelar

siempre que la cuantía de ambas exceda del menor de los valores correspondientes al crédito por el que se embarga el buque, y al valor del buque.

8. CONCLUSIONES.

Una vez completado el estudio de las normativas que conforman las fuentes regulatorias de la medida cautelar del embargo preventivo de buques, se puede dar cuenta de las especialidades, que dentro del régimen general de las medidas cautelares, supone la solicitud y acuerdo de dicha medida, así como de la relevancia que se le otorga a la medida.

El tratamiento procesal que recibe el embargo preventivo de buques, en gran parte, facilita el desarrollo del procedimiento de adopción de la medida. Hay que tener en cuenta que un buque está constantemente desplazándose de un puerto a otro, al servicio de los fines de los encargados de la gestión náutica del buque, llegando a permanecer, en muchos de los casos, escasas horas en puerto al que arriba, pudiendo ser este un puerto español o incluso un puerto perteneciente a otro estado.

Así las cosas, se puede comprobar como dicha regulación del embargo preventivo de buques ofrece a los operadores marítimos, la posibilidad de realizar de manera sencilla, ya que se procede de una forma casi automática, una operación de embargo de un buque; tarea que de otra forma sería imposible o presentaría grandes dificultades guiándonos por lo comentado en el párrafo anterior. De otra manera, los diversos operadores marítimos no se verían envueltos con los armadores de los buques en operaciones que supusieran la concesión de un crédito, ya que no tendrían manera de obtener una garantía realmente eficaz frente al armador y su buque. En la práctica, casi la mayoría de operadores marítimos logra obtener de esta manera la satisfacción del crédito marítimo alegado mediante la prestación de la caución por parte del armador para conseguir el levantamiento de la inmovilización del buque.

Por último, tras el análisis del embargo preventivo de buques respecto al régimen general de las medidas cautelares, como última conclusión, cabe mencionar que dicha

medida, es una medida cautelar que recibe una gran aceptación tanto aquí en España, como en el resto de la comunidad internacional, y como buena prueba de ello están los diferentes Convenios de 1952 y 1999 sobre el embargo preventivo de buques y las disposiciones en relación a la medida recogidas en la Ley de Navegación Marítima, sobre los que se ha basado el estudio, y que surgen por la necesidad de contar con una legislación unificada, lo más completa posible, que tenga por objetivo mejorar tanto la seguridad jurídica como las condiciones del incesante tráfico marítimo, tanto a nivel nacional como internacional.

9. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN CONSULTADA.

9.1 Capítulos de libros.

- Banacloche Palao, J., “Capítulo XXIII: La tutela ejecutiva II y la tutela cautelar.”, *Aspectos fundamentales del Derecho Procesal Civil*, 3ª edición, *La Ley*, Madrid, 2016, pp. 431-445.

9.2 Referencias de internet.

- CGPJ, y RAE, “Diccionario del español jurídico”, *Espasa*, (disponible en <http://dej.rae.es/#/entry-id/E53800>; última consulta en 05/03/2018).
- <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>; última consulta en 6/04/2018.
- Arriagada Vidal, J. J., Comentario de “Práctica Procesal Civil (Brocá-Majada-Corbal)”, *La Ley*, nº 2645, 2014 (disponible en http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUtjc0NjtbLUouLM_DxbIwNDEwNjiEBmWqV LfnJIZUGqbVpiTnEqANv6E2o1AAAAWKE; última consulta en 06/04/2018).

- Quirós de Sas, A., “El nuevo régimen del embargo de buques en el Derecho español.”, Revista “Actualidad Jurídica Uría Menéndez”, nº 32, 2012, pp. 137-141 (disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3496/documento/foro14.pdf?id=4281>; última vez visitado en 29/01/2018).

9.3 Jurisprudencia.

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, nº 572/2016, de 29 de septiembre, CENDOJ.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, nº 967/2000, de 17 de octubre, CENDOJ.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, nº 883/1996, de 31 de octubre, CENDOJ.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5ª, sede en Palma de Mallorca, nº 300/2015, de 28 de diciembre, FJ 2º, CENDOJ.
- Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 5ª, nº 327/2017, de 27 de noviembre, CENDOJ.
- Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, nº 84/2012, de 27 de junio, FJ 1º, CENDOJ.
- Auto del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra, sección 3ª, sede en Vigo, medidas cautelares 190/2011, de 23 de junio, FJ 2º, CENDOJ.

9.4 Legislación.

- Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999 (BOE 2 de mayo de 2011).
- Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993 (BOE 23 de abril de 2004).
- Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas el embargo preventivo de buques de navegación marítima, hecho en Bruselas el 10 de mayo de 1952 (BOE 5 de enero de 1954).
- Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (BOE 25 de julio de 2014).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero del 2000).
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 2 de julio de 1985).
- Real-Decreto Ley 12/2011, de 26 de agosto, por el que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para la aplicación del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques y se regulan competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico (BOE 30 de agosto de 2011).