



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 PONTEVEDRA

AUTO: 00372/2017

N10300

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

MA

N.I.G. 36038 47 1 2016 0000428

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000637 /2017

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 1 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS 0000246 /2016

Recurrente: PESCAS CURROMAR LDA

Procurador: PATRICIA CABIDO VALLADAR

Abogado: ROBERTO LAGOA SANTODOMINGO

Recurrido: TECNOPESCA P Y M SL

Procurador: ANTONIO FERNANDEZ GARCIA

Abogado: HENRIQUE FONTERIGO QUIÑONES

Ilmos. Magistrados

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ.

AUTO NÚM. 372/17

En PONTEVEDRA, a veintisiete de noviembre de dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Mercantil núm. 1 de Pontevedra, con fecha 20 de abril de 2.017, se dictó Auto cuya parte dispositiva expresa:

"Se DESESTIMA la oposición a la medida cautelar adoptada inaudita parte, formulada por Pescas Curromar Ltda, y se condena a esta entidad al pago de las costas procesales."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la parte demandada se formuló recurso de apelación, el cual fue admitido en ambos efectos, elevándose las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso, designándose ponente al/ a la **Ilmo/a. Magistrado/a D. FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ**, quien expresa el parecer de la Sala. Formula voto particular el Magistrado D. JACINTO JOSE PEREZ BENINEZ.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han seguido las prescripciones y términos legales.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El auto de instancia desestima la oposición a la medida acordada *inaudita parte* de embargo preventivo del buque "Santa Mae Laura".

En su día, el auto que acuerda la medida cautelar de embargo preventivo de buque, de 22 de noviembre de 2016, se sustenta en la actual Ley de Navegación Marítima (LNM) de 24 de julio de 2014, que remite, en esencia, al Convenio de Ginebra sobre embargo preventivo de buques (CGEB) de 1999, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999, y a nuestra ley de enjuiciamiento civil, en lo no previsto en ambas normas (art. 470 LNM).

Dicha resolución entendió que concurrían todos los requisitos y, esencialmente, que estamos ante la alegación de un crédito marítimo, y el buque era susceptible de la medida conforme al art. 3 del CGEB, pues tanto en el momento de nacer el crédito (suministro de aparejos para labores de pesca), como en el momento de producirse el embargo, la deudora era arrendataria a casco desnudo del buque, incluso pudo haber pasado a ser la auténtica propietaria al haberlo adquirido por compra.

Contra dicho auto se presentó oposición cuyo fundamento esencial era que la sociedad deudora, Curromar Fishing S.L., al momento de solicitarse y acordarse el embargo preventivo del buque no era ya arrendataria del mismo ni tampoco propietaria, resultando ser tal propietaria otra sociedad diferente, de nacionalidad portuguesa, PESCAS CURROMAR LTDA.

El auto resolutorio de la oposición, y ahora impugnado, mantiene el embargo preventivo acordado con fundamento no ya en que la deudora era arrendataria o propietaria del buque, sino al amparo de la norma excepcional del art. 3.3 CGEB, que permite el embargo de un buque que no sea propiedad de la persona obligada en virtud del crédito si, conforme a la ley del Estado en que se solicita el embargo, se puede ejecutar contra ese buque una sentencia dictada en relación con ese crédito, mediante su venta judicial o forzosa. Y para interpretar este precepto la resolución acude a la teoría del levantamiento del velo jurídico societario, admitiendo la posibilidad de que en el juicio ordinario seguido en reclamación de la deuda se considere que el buque embargado es propiedad de las mismas personas que están obligadas por el



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

crédito marítimo, de modo que la sentencia estimatoria de tal demanda pudiera llegar a ejecutarse sobre el buque objeto de embargo preventivo.

Contra dicha resolución se interpone recurso de apelación por PESCAS CURROMAR LTDA. con arreglo a dos motivos de impugnación. El primero interesando al nulidad de actuaciones por vulneración de lo dispuesto en el art. 730.2 LEC, es decir, que no se ha interpuesto demanda en plazo de 20 días desde la adopción de la medida ante el juzgado que la dictó. En segundo lugar, argumentando que no es de aplicación al caso la doctrina del levantamiento del velo.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso ha quedado plenamente desvirtuado por el Auto de la AP A Coruña, sección 6ª, de 8 de junio de 2017 que, al resolver la cuestión de competencia entre el juzgado de Ribeira y el juzgado de lo mercantil de Pontevedra, se inclina por la competencia del primero. Resuelta así la cuestión y siendo firme la resolución, es inatendible la argumentación procesal de la parte apelante de haber incumplido, bajo sanción de nulidad, el no haber presentado la demanda en tiempo ante el juzgado competente, que entendía era el juzgado de lo mercantil de Pontevedra. Siendo resuelto que el competente era el juzgado de Ribeira ante el que efectivamente se interpuso en tiempo la demanda, el motivo debe rechazarse de plano.

TERCERO.- Centrándonos pues en el segundo motivo del recurso, ya se anticipaba que el auto resolutorio de la oposición y ahora impugnado mantiene el embargo preventivo acordado con fundamento no ya en que la deudora era arrendataria o propietaria del buque, sino al amparo de la norma excepcional del art. 3.3 CGEB, que permite el embargo de un buque que no sea propiedad de la persona obligada en virtud del crédito si, conforme a la ley del Estado en que se solicita el embargo, se puede ejecutar contra ese buque una sentencia dictada en relación con ese crédito, mediante su venta judicial o forzosa. Y para interpretar este precepto la resolución acude a la teoría del levantamiento del velo jurídico societario, admitiendo la posibilidad de que en el juicio ordinario seguido en reclamación de la deuda se considere que el buque embargado es propiedad de las mismas personas que están obligadas por el crédito marítimo, de modo que la sentencia estimatoria de tal demanda pudiera llegar a ejecutarse sobre el buque objeto de embargo preventivo.

El juzgado de instancia se plantea si es absolutamente claro y meridiano que el buque embargado en su día, "Santa Mae Laura", es un bien ajeno a la obligada por el crédito marítimo, Curromar Fishing, S.L., de modo que una Sentencia condenatoria frente a esta entidad no podría ser ejecutada

sobre ese buque. Y considera, en respuesta a tal planteamiento que, no debemos olvidar que nos encontramos en el marco de un procedimiento cautelar, donde no es exigible, a la hora de adoptar o mantener una medida, una seguridad absoluta sobre la posición jurídica del que la insta, sino solamente el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho de esa posición. En estas circunstancias, tenemos que valorar aquí la posibilidad de que la pretensión que la demandante cautelar ejercita en el proceso principal (cuya demanda iniciadora aporta como documental), pueda tener visos de prosperar, sobre la base de que podría existir una confusión de personalidades, y por tanto de patrimonios, entre la ahora demandante de oposición, *Pescas Curromar Ltda*, la eventual obligada por el crédito marítimo, *Curromar Fishing, S.L.*, y sus respectivos gestores y socios.

Y toma en consideración los siguientes hechos: (..), hemos de ver las circunstancias que rodean a las sociedades implicadas con el buque que ha sido objeto del embargo preventivo. Así, a la vista de la prueba documental aportada a las actuaciones resulta que *Curromar Fishing, S.L.* (o *Curromar, S.L.*) era la arrendataria del buque en el momento de contraer la deuda con la demandante cautelar; en este sentido, tenemos el contrato de arrendamiento de 9 de diciembre de 2014, y los albaranes y facturas de 25 de febrero de 2015, cuya autenticidad no ha sido discutida en ningún momento. En el mismo contrato se reconoce a la arrendataria una opción de compra sobre el buque, que también podría ejercitar alguna otra sociedad de su grupo (ver cláusula 7.1 de ese contrato).

Por otro lado, observamos que la entidad demandante de oposición, *Pescas Curromar Ltda* (o *Pescas Curromar, Ltda.*), fue constituida en Portugal el día 1 de junio de 2015 (ver información registral portuguesa presentada por la demandante cautelar), poco más de dos meses después, por tanto, de que *Curromar Fishing, S.L.*, hubiese contraído la deuda con la demandante cautelar. Estando estos datos temporales ya claros, también podemos ver que estas dos sociedades tienen exactamente los mismos socios o partícipes, y en idénticas proporciones; se trata de D. Enrique Manuel Caamaño Tajés, D^a. María del Carmen Lestón Santiago, D. Aitor Caamaño Lestón, D. Enrique José Caamaño Lestón, y D. José Luis Antelo Rial; además, los administradores de las dos, los socios D. Aitor Caamaño Lestón y D. José Luis Antelo Rial (ver estos datos en la información registral portuguesa y en la nota simple del Registro Mercantil de Santiago de Compostela, aportados por la demandante cautelar). A mayores de esto, y sin perjuicio de otras coincidencias, también comprobamos, a la vista del contrato de compraventa del buque, que la demandante de oposición, aunque es una empresa portuguesa, abona el precio desde una cuenta bancaria española.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

CUARTO.- Partiendo de los hechos antes expuestos, que no resultan cuestionados ni controvertidos en esta alzada, debe valorarse si sobre ellos puede resultar de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.

Dice sobre la teoría del levantamiento del velo la STS de fecha 14 de octubre de 2010 que: "La doctrina del levantamiento del velo es, como recuerda la STS de 19 de septiembre de 2007 , y reitera la de 28 de febrero de 2008 , un instrumento jurídico que se pone al servicio de una persona, física o jurídica, para hacer efectiva una legitimación pasiva distinta de la que resulta de la relación, contractual o extracontractual, mantenida con una determinada entidad o sociedad a la que la ley confiere personalidad jurídica propia, convirtiendo a los que serían "terceros " - los socios o la sociedad- en parte responsable a partir de una aplicación, ponderada y restrictiva de la misma, que permita constatar una situación de abuso de la personalidad jurídica societaria perjudicial a los intereses públicos o privados, que causa daño ajeno, burla los derechos de los demás o se utiliza como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento y que se produce, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir responsabilidades personales, y entre ellas el pago de deudas (STS 29 de junio de 2006 , y las que en ella se citan). Como dice la sentencia de 28 de enero de 2005, supone, en definitiva, un procedimiento para descubrir, y reprimirlo en su caso, el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan, con lo que se busca poner coto al fraude o al abuso."

Y la STS de fecha 30 de mayo de 2012 que "Con carácter general, recuerda la Sentencia 422/2011, de 7 de junio , "la jurisprudencia justifica la técnica y práctica de penetrar en el substrato personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que el socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), admitiéndose que los jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de esas personas para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 CC)".

El hecho de que nuestro ordenamiento jurídico reconozca personalidad a las sociedades de capital, como centro de imputación de relaciones jurídicas, y sea la sociedad la que deba responder de su propio actuar, aunque instrumentalmente lo haga por medio de sus administradores, no impide que, "excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias -son clásicos los supuestos de

infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso- sea procedente el « levantamiento del velo » a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros" (Sentencia 718/2011, de 13 de octubre , con cita de la anterior Sentencia 670/2010, de 4 de noviembre).

Por lo tanto, con los elementos de hecho antes valorados, no puede excluirse que, precisamente para evitar deudas que ha contraído la inicial arrendataria a casco desnudo del buque, posteriormente, en vez de adquirir por sí misma el buque, utilice otra sociedad (vinculada con ella) a tal fin, defraudando las legítimas expectativas de sus acreedores, que ven obstaculizado su derecho de crédito no ya ante el impago, sino también obstaculizando las medidas de garantía de cobro como el embargo preventivo acordado.

A ello debe añadirse que, en el propio contrato de compraventa del buque que se adjunta a la demanda interpuesta ante el juzgado de Ribeira como doc. N° 8, en la estipulación tercera se reconoce que el buque había venido siendo explotado por la deudora, empresa vinculada a la parte compradora, por lo que declara conocer el estado del buque, y asume los gastos en que haya podido incurrir, incluidos los gastos de tripulación desde el inicio de aquella explotación en diciembre de 2014. Por lo que, conforme a esta cláusula, que podría excluir la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo si implicara una asunción de deudas devendría igualmente responsable contractualmente la actual propietaria del buque, también demandada en el mencionado proceso judicial. De hecho, ambas sociedades constan como demandadas en el proceso judicial instado ante el juzgado de Ribeira.

No consideramos un obstáculo procesal que haya sido precisamente la sociedad aparentemente adquirente del buque la que formalmente se oponga al embargo preventivo. Al configurarse su posición como la del deudor, se le ha de reconocer legitimación para oponerse al embargo sin necesidad de remitirle a la vía de la tercería de dominio para tratar de lograr el alzamiento del embargo (SAP Pontevedra, Sección 3ª, 17 de junio de 1999). Dato que, además, ha permitido una discusión, con audiencia y contradicción, sobre la propiedad o titularidad del buque.

QUINTO.- Una de las cuestiones más controvertidas durante la fase de elaboración del Convenio de Ginebra de 1999 fue, precisamente, la determinación de los buques embargables. Tras diversas propuestas, la determinación del objeto del embargo quedó regulada en el artículo 3 del Convenio en un sentido más restrictivo que el previsto en el Convenio de 1952, dado que si el deudor no es el propietario del buque que ha generado el



crédito, este bien únicamente podrá ser embargado preventivamente en los supuestos en que una sentencia estimatoria pueda ejecutarse contra ese buque, mediante su venta judicial o forzosa (art. 3.3º CGEB). Por lo tanto, si deudor (arrendatario o fletador) y propietario no coinciden, el crédito marítimo deberá estar asistido de algún privilegio o estar garantizado con hipoteca naval para poder embargar ese buque cuyo propietario no es el deudor. A diferencia de lo que sucedía con el Convenio de Bruselas, que permitía embargar preventivamente el buque en los supuestos en los que no coincidían la persona del deudor (por ejemplo, un fletador por tiempo o por viaje) y del propietario, en virtud de los créditos marítimos, tanto privilegiados como no privilegiados, del listado cerrado del artículo 1 del Convenio.

De acuerdo con el artículo 3.1º CGEB, el acreedor puede embargar, en determinados casos, «todo buque con respecto al cual se alegue un crédito marítimo» (el denominado, *offending ship*), es decir, el buque al que el crédito marítimo se refiere y cuya explotación o utilización ha generado dicho crédito o, si se prefiere, del que trae causa el crédito marítimo. Los supuestos concretos en los que se podrá embargar el *offending ship* serán los siguientes: a) si el deudor del crédito era propietario del buque en el momento en que nació el crédito y continúa siendo propietario en el momento de practicarse el embargo; b) si el deudor del crédito era el arrendatario a casco desnudo del buque en el momento en que nació el crédito y continúa siendo arrendatario a casco desnudo (o ha pasado a ser propietario) en el momento de practicarse el embargo; c) si el crédito procede de un derecho real de hipoteca, mortgage o gravamen de la misma naturaleza sobre el buque; d) si el crédito se refiere a la propiedad o la posesión del buque; e) si se trata de un crédito privilegiado (conforme a la normativa aplicable en el Estado en que se solicite el embargo) contra el propietario, el arrendatario a casco desnudo, el gestor o el naviero del buque.

Ahora bien, estos supuestos de embargabilidad, previstos en el apartado 1º art. 3 CGEB, deben interpretarse, como señala la doctrina, junto con la importante limitación contenida en el apartado 3º de dicho precepto. De acuerdo con esta restricción, el embargo de un buque por un crédito cuyo deudor no sea el propietario de dicho buque únicamente será admisible si la sentencia estimatoria puede ejecutarse contra ese buque, mediante su venta judicial o forzosa. Como consecuencia, los créditos privilegiados y los créditos con garantía real habilitarán para embargar preventivamente un buque cuando el deudor no sea el propietario del buque. Sin embargo, conforme a la normativa española, no será posible embargar un buque por créditos marítimos no privilegiados y sin garantía real, cuando el deudor no sea el propietario sino el arrendatario a casco desnudo o el fletador por tiempo o el

fletador por viaje, ya que la sentencia que se dictase en relación con el crédito no podría ejecutarse contra dicho buque.

Por ello el supuesto que nos ocupa no podría residenciarse propiamente en dicho art. 3.3 CGEB, sino, aunque con un carácter ciertamente límite, en el art. 3.1 a), al considerar ya por la vía de la doctrina del levantamiento del velo que el deudor puede ser considerado propietario real frente al aparente (en este mismo sentido puede citarse la SAP Las Palmas, sección 4ª, de 9 de septiembre de 2002), o ya por la vía de la asunción de deuda en que el nuevo propietario se ha subrogado en la posición jurídica del originario deudor, y puede por lo tanto ser considerado como tal a los efectos que ahora interesan.

SEXTO.- Procede imponer las costas a la parte apelante (art. 398.1 LEC en relación con el art. 741 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

LA SALA ACUERDA

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Pescas Curromar Ltda contra el auto de 20 de abril de 2017 dictado por el Juzgado de lo Mercantil 1 Pontevedra, confirmando el mismo, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen. Doy fe.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO ILMO. SR. DON JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ.

En el ejercicio de la facultad establecida en el art. 260 de la LOPJ, discrepo de la argumentación que expone el auto aprobado por la mayoría de la Sala. Las razones de mi discrepancia exigirán partir del relato de los antecedentes procesales, y se sostienen sobre tres argumentos esenciales, relativos a: a) la forma en que se introdujeron los hechos que, a la postre, determinaron la práctica del embargo; b) la que juzgo inapropiada aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario; y c) la imposibilidad de subsumir los hechos en las hipótesis normativas que, tras la entrada en vigor del Convenio de Ginebra, permiten el embargo de buques.

1. La representación de Tecnopescas PYM, S.L. (Tecnopescas, en adelante) solicitó el embargo del buque de pabellón portugués "Santa Mae Laura", en aseguramiento de un crédito marítimo por importe de 17.327,20 euros. En la petición exponía las relaciones subjetivas en torno al buque del siguiente modo: a) el titular registral era D. José Martínez Ferradas; y b) el fletador era la mercantil Curromar, S.L., que resultaba ser la deudora. La solicitud advertía de que Curromar ostentaba en la actualidad la propiedad, si bien no se había verificado todavía en el Registro de Buques el cambio de titular. Se acompañaba la factura acreditativa del crédito, expedida a Curromar Fishing, S.L., y se acompañaba copia del contrato de fletamento (folios 17 y ss.) celebrado entre José Martínez Ferradas, Unipersonal Ltda., como fletante, y Curromar S.L. como fletadora.
2. Seguidamente, inaudita parte, el juzgado dictó auto accediendo al embargo, con fijación de caución por importe de 2.600 euros. Consta después en los autos, (folio 51) que la sociedad Pescas Curromar Ltda prestó caución sustitutoria para liberar el buque, una vez justificado el dominio mediante la aportación de copia del registro. Por auto de 5.12.16 se alzó el embargo admitiéndose la caución sustitutoria.
3. Tecnopescas presentó posteriormente escrito oponiéndose a la cuantía de la caución, que consideraba insuficiente para cubrir principal, intereses y costas. El juzgado rechazó la petición, entre otras razones con el argumento de que el crédito por intereses no constituye un crédito marítimo hábil para fundamentar el embargo.
4. A continuación, Pescas Curromar Ltda presentó escrito de oposición al embargo. La tesis esencial de la oposición era la siguiente: Pescas Curromar Ltda era la propietaria del buque, por lo que no existe coincidencia entre el propietario y el deudor (Curromar Fishing, S.L.) en el momento de practicarse el embargo (se precisaba que la factura era de fecha anterior a la adquisición del dominio por el nuevo propietario), circunstancia que debería haber determinado el rechazo de la solicitud de la acreedora.

5. En la vista de oposición, la representación de la embargante fundamentó la procedencia de mantener el embargo sobre la base de la afirmación del hecho de que el buque venía siendo explotado, en el momento en el que se contrajo la deuda, por Curromar Fishing, S.L. como arrendatario a casco desnudo; se añadía que posteriormente el buque fue vendido a la empresa Pescas Curromar LTDA, pero que esta venta no fue más que un artificio, pues en realidad vendedora y compradora son la misma empresa; por ello, invocando la teoría del levantamiento del velo societario, TecnoPesca sostenía que una futura sentencia de condena podría ser ejecutada sobre el buque, una vez que por la jurisdicción se alzara el velo societario.
6. TecnoPesca aportó en la vista copia de una demanda formulada ante el juzgado de Riveira, en la que se ejercitaba precisamente dicha acción de levantamiento de la personalidad jurídica. Con base en tales hechos y fundamentos jurídicos, la acreedora entendía de aplicación la previsión del art. 3.3 del Convenio de Ginebra, que autoriza el embargo de buque aunque no exista identidad subjetiva entre deudor y propietario en el momento del embargo. Sobre ello se añadía que en el contrato de compraventa, la compradora, -Pescas Curromar Ltda.-, había asumido todos los créditos derivados de la explotación, entre ellos el que daba fundamento al embargo. Esta alegación se realizaba como indicio de la necesidad de alzar el velo, no como argumento autónomo de oposición a la tesis de la deudora.
7. En la vista de oposición a la medida cautelar inaudita parte se aportó una abundante documentación. El acreedor aportó el contrato de compraventa del buque, fechado el 29.12.15, por el cual la sociedad unipersonal José Martínez Ferradas Unipessoal Ltd había vendido el buque a Pescas Curromar Lda. El contrato presentaba cláusulas que luego resultarán de interés para la resolución del litigio. También se aportó el contrato de fletamento (por razones que no se alcanzan, todas las partes, -también el auto del que discrepo-, aluden, sin ninguna explicación complementaria, a un contrato de arrendamiento a casco desnudo, figura diferente al fletamento, que incide en el requisito de la embargabilidad del buque).
8. El juez de lo mercantil desestimó la oposición formulada por la propietaria, acogiendo íntegramente los argumentos de la embargante. Tras la cita del art. 3.3 del Convenio de Ginebra, el juez se pregunta si el actual propietario era persona diferente al deudor del crédito marítimo; sobre la base de las afirmaciones contenidas en la demanda que se tramita a instancias de la embargante en el juzgado de Riveira, el juez consideró que la pretensión del levantamiento del velo de la personalidad de la propietaria Pescas Curromar pudiera eventualmente prosperar en el declarativo. El auto detalla que dicha entidad fue constituida pocos meses después de que Curromar Fishing hubiera contraído la deuda, que ambas sociedades tienen los mismos socios en idénticas proporciones, que cuentan con los mismos administradores, y que el precio se ha abonado desde una cuenta española, a pesar de que la compradora era de



nacionalidad portuguesa. De ahí deduce el auto la probabilidad de que los deudores constituyan sociedades en España y Portugal "a su conveniencia" para defraudar los derechos de sus acreedores. Con base en tales apreciaciones, el auto entiende aplicable la excepción del art. 3.3 del Convenio.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

9. El recurso de apelación formulado por Pescas Curromar Ltda solicita en primer término la nulidad de las actuaciones. La tesis de la parte recurrente consistía en la afirmación de que el demandante que obtuvo la medida cautelar habría incumplido la exigencia impuesta por el art. 730.2 procesal y por el art. 471 de la LNM de interponer la demanda en plazo ante el juzgado competente, pues el juzgado de Riveira no es el órgano que conoció de la medida cautelar. En relación con el fondo, la parte recurrente reitera sus argumentos de la oposición a la medida cautelar, respecto de la imposibilidad de acordar el embargo si no existe coincidencia entre deudor y propietario. El núcleo argumental del recurso se fundamenta en la tesis de la inaplicabilidad al caso de la doctrina del levantamiento del velo ante la ausencia de indicios de fraude.

10. El auto que ha obtenido la aprobación de la mayoría de la Sala asume el mismo razonamiento. El núcleo argumental del auto, -una vez desestimada la nulidad de actuaciones-, radica en la exposición de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo societario y, sobre dicha base, sostiene que, dados los elementos de hecho considerados por el juez mercantil, "no puede excluirse que, precisamente para evitar deudas que ha contraído la inicial arrendataria a casco desnudo del buque, posteriormente, en vez de adquirir por sí misma el buque, utilice otra sociedad (vinculada a ella) a tal fin, defraudando las legítimas expectativas de sus acreedores...". Se añade que el contrato de compraventa incluía la mención de que el buque había venido siendo explotado precisamente por Pescas Curromar Ltda, por lo que se apunta el argumento alternativo de que, como cesionaria de los créditos, la propietaria se había convertido en deudora.

11. Finaliza el auto del que discrepo con una exposición sobre los requisitos de embargabilidad del buque según lo dispuesto en el Convenio de Ginebra, que concluye con la afirmación de que, con arreglo a la legislación española, no sería posible embargar un buque si el crédito marítimo que sustenta el embargo no fuera privilegiado. Adelanto mi conformidad con tal afirmación. Por ese motivo, el auto del que discrepo apunta, en el caso, hacia la inaplicación del art. 3.3 del Convenio de Ginebra, y concluye con el siguiente razonamiento:

"[p]or ello el supuesto que nos ocupa no podría residenciarse propiamente en dicho art. 3.3. CGEB, sino, aunque con carácter ciertamente límite, en el art. 3.1. a), al considerar ya por la vía de la doctrina del levantamiento del velo que el deudor puede ser considerado propietario real frente al aparente...o ya por la vía de la asunción de deuda en que el nuevo propietario se ha subrogado en la posición jurídica del originario deudor..."

12. Seguidamente expongo mi criterio, del que no logré convencer al resto de componentes de la Sala. Fue opción legislativa, -art. 470 de la Ley de Navegación Marítima, LNM en adelante-, la remisión sustantiva del embargo de buque al Convenio de Ginebra de 12.3.1999, al que España se había adherido por instrumento de 31.5.2002. En su momento, la adhesión al nuevo Convenio resultó polémica, pero la opción del legislador de 2014 parecía inevitable, tanto más cuanto que la vigencia del Convenio de 1993 sobre privilegios marítimos e hipoteca condicionaba el mantenimiento del Convenio de Bruselas, al haberse aquél elaborado de forma paralela al nuevo Convenio de Ginebra sobre embargo de buques.
13. Una de las características esenciales de la nueva norma, además de la extensión del listado de créditos marítimos que accedían al embargo, fue la novedosa regulación del requisito de la embargabilidad del buque. El art. 475 LNM remite íntegramente al Convenio de Ginebra, que contempla tal cuestión en su art. 3. En interpretación doctrinal prácticamente unánime, el Convenio de Ginebra cambia la naturaleza de la medida cautelar del embargo de buque, que de ser una suerte de medida coercitiva desvinculada del resultado del pleito del que es instrumento, pasa ahora a convertirse, -aproximándose a la naturaleza de las medidas cautelares en el Derecho continental-, en una medida instrumental de un eventual proceso de ejecución forzosa.
14. Así resulta de la literalidad del art. 3, del que se desprende que para que sea posible el embargo, el deudor ha de ser propietario del buque embargado en el momento en el que aquél se practica, salvo que se trate de un crédito privilegiado, ejecutable sobre el buque directamente con independencia de su titularidad. Precisamente, el último apartado del art. 3, -que a la postre fundamentaría la resolución de primera instancia-, lo que produce es el efecto de asegurar esa exigencia de identidad subjetiva, pues el embargo de un buque que no sea propiedad del deudor sólo procede cuando conforme a la ley nacional del Estado ante el que se solicita el embargo, sea posible la ejecución forzosa sobre el buque.
15. Por ello, de forma paradigmática, el crédito frente al fletador no puede asegurarse con el embargo salvo que se trate de un crédito privilegiado. De esta manera, con los datos que proporcionaba la solicitud de embargo, si el crédito había nacido frente a una sociedad, -Curromar Fishing S.L.-, fletadora del buque, solo cabía la posibilidad del embargo si ésta hubiera adquirido posteriormente el dominio, y esto es lo que el acreedor afirmaba en su petición inicial: que Curromar Fishing S.L. había pasado a ser la propietaria. Sin embargo, con el escrito de oposición a la medida cautelar, -aun antes, con la petición de caución sustitutoria, admitida por el juzgado-, se justificó que el buque había sido vendido con posterioridad a otra sociedad diferente: Pesca Curromar Ltd, habiéndose aportado la correspondiente certificación del registro.



16. Este era el fundamento de la oposición planteada por el deudor. Sin embargo, durante la vista se produjo una mutación del objeto del proceso, de manera que, de basarse la pretensión en la identidad entre propietario y deudor en el momento del embargo, -y justificada la nueva titularidad del buque-, el acreedor se opuso alegando hechos nuevos, consistentes en una supuesta identidad subjetiva entre deudora y nueva propietaria, a partir de la técnica del levantamiento del velo.
17. En mi opinión, si ya ofrecía dudas el requisito de la embargabilidad de haberse alegado en la solicitud de embargo la existencia de un uso fraudulento de la personalidad jurídica, -por la dificultad de su acreditación en ese momento inicial del proceso, donde ni siquiera se exige la justificación documental del crédito-, siempre sería posible que en la vista de oposición el acreedor justificara su alegación y aportara prueba sobre tal motivo. Es carga del acreedor justificar el requisito de la embargabilidad. Pero lo que no me parece admisible es que la oposición a la petición de alzamiento de la medida por el deudor, se fundamente por el acreedor en hechos completamente diferentes, no alegados en la solicitud, pues entre otras cosas ello era susceptible de generar indefensión para la deudora, que tendría que defenderse sin una opción real de aportación de medios de prueba. Este comportamiento procesal suponía una alteración sustancial del objeto del proceso no permitida en el proceso civil.
18. A dicho argumento procesal se añade, a mi criterio, la dificultad que representa, en el trámite de la oposición a la medida de embargo de buque, justificar la concurrencia de los requisitos de la teoría del levantamiento del velo, sobre todo cuando en la solicitud inicial no se había efectuado alegación alguna sobre tal cuestión. La doctrina del levantamiento del velo debe ser aplicada de forma restrictiva, tal como afirma el TS (cfr. STS 31 octubre 1996 *"dicha operación de levantamiento del velo societario debe utilizarse cuidadosamente y en casos extremos, en otras palabras, cuando no haya más remedio y no puedan esgrimirse otras armas sustantivas y procesales"*; la STS de 17 de octubre de 2000 por su parte sostiene: *"[d]ebe considerarse además, que, como resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2000, que reitera las de 25 de octubre de 1997 y 30 de mayo de 1998, la citada doctrina jurisprudencial tiene aplicación limitada, pues lo normal es el obligado respeto a la forma legal, aunque excepcionalmente, cuando se evidencia que la forma esconde una ficción, quepa penetrar en el sustrato personal de dichas entidades o sociedades, para evitar el perjuicio a terceros y su utilización como vehículo de fraude"*. Las voces más autorizadas de la doctrina en nuestro Derecho de sociedades no dejan de criticar el uso desmedido de esta teoría, como *"patente de corso para decidir en conciencia"*, lo que se justifica por *"la comodidad del expediente, unida a su aureola de progresismo..."* (PAZ-ARES, en *Curso de Derecho Mercantil*, Thomson-Civitas, 2ª Edición, 2006, págs. 590-591). Y la reciente jurisprudencia del TS insiste en su aplicación, si no excepcional, sí *"prudente y moderada"*, lo

que exige precisar con nitidez las circunstancias del caso concreto, dentro del vasto grupo de casos que pueden fundamentar su aplicación (cfr. STS 572/16, de 29 de septiembre).

19. Desde esta perspectiva, en un ámbito de conocimiento limitado como es la vista de oposición a las medidas cautelares inaudita parte, con el material probatorio aportado al caso consistente exclusivamente en la prueba documental, apreciar la existencia de fraude me parece más que aventurado. El propio auto del que discrepo alude a una "*situación ciertamente límite*", y por tal motivo apuntala su criterio sobre otro hecho nuevo, no alegado tampoco por la propia parte acreedora solicitante del embargo, como era la existencia de una asunción de deuda por la compradora. La necesaria apreciación circunstanciada y analítica de los hechos, para su subsunción dentro de alguno de los grupos de casos que justifican la teoría del levantamiento del velo, creo que está ausente tanto en el auto de instancia, como el dictado por la mayoría de la sala.

20. Creo que, consciente de tal dificultad, el auto que ha gozado del favor de la mayoría, se ve obligado a añadir un fundamento alternativo a su decisión. En efecto, la aportación del contrato de compraventa del buque en el acto de la vista permitió conocer que la compradora asumía las deudas generadas en la explotación del buque (cláusula tercera); desde este punto de vista, como cesionario del crédito, comparto la opinión de que cabría entender cumplido el requisito de la identidad subjetiva que deriva del art. 3 del Convenio: el deudor cesionario y el propietario eran la misma persona en el momento del embargo. No obstante, con esta forma de razonar se incurre dos veces en el mismo vicio: alterar con un hecho nuevo, y con un nuevo argumento jurídico, la causa de pedir en la que el actor fundamentó su petición de embargo, de manera que una resolución en tal sentido me parece incongruente. Sobre ello añadido la dificultad que ofrece, en el trámite de oposición a las medidas cautelares inaudita parte, la interpretación de dicha cláusula del contrato, que no parece abarcar con claridad un crédito como el que fundamenta la petición, pues no es seguro que la expresión "*...todos los gastos...*" sea igual a todos los créditos, cuando expresamente se menciona el de los trabajadores o los derivados de reparaciones. El demandado no ha tenido ocasión de discutir este argumento, que se introduce por primera vez por la resolución de segunda instancia, y que había quedado inédito en el primer grado de la jurisdicción.

21. Por tales razones considero que el recurso de apelación debió verse estimado, y consiguientemente debió acordarse la revocación de la resolución recurrida, y restituirse a la opositora la caución sustitutoria del embargo.

Dado en Pontevedra, a veintisiete de noviembre de dos mil diecisiete.

Fdo. Jacinto José Pérez Benítez.

Mensaje LexNET - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201710180009420	
Asunto	Comunicación del Acontecimiento 21: AUTO 00372/2017 Est.Resol:Firmada	
Remitente	Órgano	AUD.PROVINCIAL CIVIL-PENAL SECCIÓN 1 de Pontevedra, Pontevedra [3603837001]
	Tipo de órgano	AUD. PROVINCIAL (CIVIL/PENAL)
	Oficina de registro	OF. REGISTRO Y REPARTO AUD.PROVINCIAL CIVIL/PENAL [3603837000]
Destinatarios	CABIDO VALLADAR, PATRICIA [93]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Pontevedra
	FERNANDEZ GARCIA, ANTONIO [124]	
Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Pontevedra	
Fecha-hora envío	27/11/2017 13:44	
Documentos	360383700100000078982017	Descripción: Comunicación del Acontecimiento 21: AUTO 00372/2017 Est.Resol:Firmada Hash del Documento: 5f2a93ac57dceeff305ee588703361ac0e761d9a
	360383700112.PDF (Principal)	
Datos del mensaje	Procedimiento destino	RECURSO DE APELACION (LECN)[RPL] Nº 0000637/2017
	Detalle de acontecimiento	NOTIFICACION
	NIG	3603847120160000428

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
27/11/2017 16:16	FERNANDEZ GARCIA, ANTONIO [124]-Ilustre Colegio de Procuradores de Pontevedra	LO RECOGE	
27/11/2017 13:45	Ilustre Colegio de Procuradores de Pontevedra (Pontevedra)	LO REPARTE A	FERNANDEZ GARCIA, ANTONIO [124]-Ilustre Colegio de Procuradores de Pontevedra

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTIZIA

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 PONTEVEDRA

AUTO: 00372/2017

N10300

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

MA

N.I.G. 36038 47 1 2016 0000428

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000637 /2017

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 1 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS 0000246 /2016

Recurrente: PESCAS CURROMAR LDA

Procurador: PATRICIA CABIDO VALLADAR

Abogado: ROBERTO LAGOA SANTODOMINGO

Recurrido: TECNOPESCA P Y M SL

Procurador: ANTONIO FERNANDEZ GARCIA

Abogado: HENRIQUE FONTERIGO QUIÑONES

Ilmos. Magistrados

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ.

AUTO NÚM. 372/17

En PONTEVEDRA, a veintisiete de noviembre de dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Mercantil núm. 1 de Pontevedra, con fecha 20 de abril de 2.017, se dictó Auto cuya parte dispositiva expresa:

"Se DESESTIMA la oposición a la medida cautelar adoptada inaudita parte, formulada por Pescas Curromar Ltda, y se condena a esta entidad al pago de las costas procesales."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la parte demandada se formuló recurso de apelación, el cual fue admitido en ambos efectos, elevándose las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso, designándose ponente al/ a la **Ilmo/a. Magistrado/a D. FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ**, quien expresa el parecer de la Sala. Formula voto particular el Magistrado D. JACINTO JOSE PEREZ BENINEZ.