Id. Cendoj: 36057370062016100424
ECLI: ES:APPO:2016:1655
ROJ: SAP PO 1655/2016
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Vigo
Sección: 6
Nº de Resolución: 427/2016
Fecha de Resolución: 28/07/2016
Nº de Recurso: 715/2015
Jurisdicción: Civil
Ponente: MAGDALENA FERNANDEZ SOTO
Procedimiento: CIVIL
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

OTRAS MATERIAS SOCIEDADES

Idioma:

Español

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00427/2016

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 de PONTEVEDRA

N01250

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

AV

N.I.G. 36057 42 1 2014 0002207

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000715 /2015

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 13 de VIGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000116 /2014

Recurrente: ARROW SEISMIC INVEST II LIMITED ARROW II

Procurador: PAULA LLORDEN FERNANDEZ-CERVERA

Abogado:

Recurrido: FACTORIAS VULCANO S.A.

Procurador: JOSE RAMON CURBERA FERNANDEZ

Abogado: BERNARDO TOMAS FERNANDEZ VAZQUEZ

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados DON JUAN MANUEL ALFAYA OCAMPO, Presidente; DON JULIO PICATOSTE BOBILLO y DOÑA MAGDALENA FERNÁNDEZ SOTO, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA núm. 427

En Vigo, a veintiocho de Julio de dos mil dieciséis.

Vistos en grado de apelación ante esta Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede Vigo, los autos de Procedimiento Ordinario número 116/14, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13 DE VIGO, a los que ha correspondido el núm. de Rollo de apelación 715/15, en los que es parte **apelante** - ddo.: ARROW SEISMIC INVEST II LIMITED, representado por el Procurador Dª PAULA LLORDEN FERNÁNDEZ-CERVERA y asistido del letrado D. CARLOS LOPEZ-QUIROGA TEIJEIRO; y, **apelada** -dte.: FACTORIAS VULCANO S.A. representado por el Procurador D. JOSE RAMON CURBERA FERNANDEZ y asistido del letrado D. BERNARDO TOMAS FERNANDEZ VAZQUEZ.

Ha sido Ponente la Iltma. Magistrada DOÑA MAGDALENA FERNÁNDEZ SOTO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 13 de Vigo, con fecha 31 de Julio de 2015, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Se estima parcialmente la demanda presentada por el Procurador D. Jose Ramon Curbera Fernandez en nombre y representación de la entidad Factorias Vulcano S.A contra la entidad ARROW SEISMIC Invest II LTD representado por la Procuradora Dña Paula Llorden Fernandez - Cervera.

1º.- Se declara :

. Que la demandada como titular de un crédito ordinario de 7.952.427,83 euros y de un crédito subordinado de 1.643.616,58 euros está sujeta al convenio de acreedores del concurso de Factorias Vulcano aprobado por Sentencia de fecha 27 de marzo del 2012.

. Que en virtud de la quita aprobada en el convenio el crédito de la demandada se ha reducido en ordinario a la cantidad de 1.591.685,57 euros y el subordinado a la suma de

328.723,32 euros.

2º.- Se condena a la demandada a :

. que deje sin efecto la ejecución seguida frente a la actora ante la oficina de embargos de Bergen, y alcen los embargos trabados sobre los créditos que ostenta Factorias Vulcano frente a Armada Seismic Invest I , LTD y Armada Seismic Invest II, LTD

. En el caso de que la demandada perciba algún importe con cargo a bienes de Factorias Vulcano, deberá reintegrar a esta tales importes a la masa del concurso, y en este caso se impondran los intereses legales correspondientes (ex articulo 1108 del Código Civil).

Cada parte abonara las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad"

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por la representación procesal de ARROW SEISMIC INVEST II LIMITED, se preparó y formalizó recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, para su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo, señalándose para la deliberación del recurso el día 14 de Julio de 2016.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Resultan antecedentes necesarios para resolver la controversia que se trae a esta alzada, que, en todo caso, ratifican y completan los vertidos en el fundamento segundo de la sentencia apelada, los siguientes;

1. Consecuencia de un programa de contratación para la construcción de buques sísmicos que debía llevar a cabo Factorías Vulcano, S.A. (en adelante Vulcano) y que no llegó a buen fin, en fecha 8 de enero de 2010 recayó laudo arbitral en el que, en esencia, se declaró: a) que era licita la resolución del contrato instada por la entidad Arrow Seismic Invest II Limited (en adelante Arrow II y actualmente denominada PGS Geophysical (UK) Limited, en adelante PGS) y, b) que Vulcano debía reintegrar a Arrow II las cantidades anticipadas para la construcción que ascendían a 39.695.000 euros, más intereses y costas.

Como quiera que parte de ese importe estaba garantizado por el Banco Popular Español, Arrow II recibió del Banco las sumas correspondientes, quedando pendientes de pago 9.302.232,36 euros más 109.867 coronas noruegas, no cubiertas por la garantía.

2. La entidad Arrow II solicitó ante los tribunales noruegos la ejecución del anterior Laudo, obteniendo de tales tribunales unas medidas de garantías, denominadas conforme al derecho noruego "utlegg", que la actora denomina embargo y en cuya virtud se garantizó la suma de 500.000 euros en resolución de fecha 10 de septiembre 2010 y posteriormente la suma de 10.380.000 euros en resolución de 14 de octubre 2010.

3. En fecha 11 de octubre 2010 Arrow II presenta ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra, con sede en Vigo, procedimiento de reconocimiento y ejecución (exequatur) de Laudo Arbitral, al amparo del Convenio de Nueva York de 10 de junio 1958, dictándose

resolución en tal sentido el 23 de noviembre 2010.

4.- En enero de 2011 Vulcano presenta solicitud de concurso voluntario de acreedores y el 19 de enero de 2011 se dicta Auto por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra, con sede en Vigo , en el que se declara en concurso voluntario a Vulcano al haberse acreditado su situación de insolvencia, procedimiento seguido con el núm. 18/2011.

El crédito de Arrow II fue incluido por Vulcano en la relación de acreedores y, posteriormente, dentro del plazo concedido por los administradores concursales, Arrow II por medio de su representación procesal comunica en escrito presentado el 28 de febrero 2011 sus créditos en el concurso otorgándoles el carácter de ordinarios y subordinados. Consecuencia de ello la Administración Concursal incluyó el crédito de que es titular la demandada por la cantidad de 7.952.427,83 euros, como crédito ordinario y la cantidad de 1.643.616,58 euros como crédito subordinado.

5. Encontrándose en trámite el procedimiento concursal, Vulcano, al amparo del art. 55.1 LC , solicitó del Juzgado en el que se seguía el concurso que se librara oficio a la Oficina de Ejecución Coactiva de Bergen (Noruega) comunicando la declaración de concurso de su representada para que proceda a la suspensión de la ejecución instada, ordenando el alzamiento de los embargos trabados sobre los créditos que la mercantil en concurso ostenta frente a Armada Seismic Investment I AS y Armada Seismic Investment II AS, petición a la que se adhirió la Administración Concursal. El Juzgado de lo Mercantil resolvió en Auto dictado en fecha 12 de abril de 2012 en el sentido solicitado, es decir ordenó expedir testimonio del Auto de declaración de concurso, con la expresión de su firmeza, y con la precisión adicional del efecto suspensivo automático de la declaración de concurso sobre los procedimientos de ejecución iniciados, así como alzar el embargo trabado por el acreedor Arrow II sobre los derechos de cobro que ostenta factorías Vulcano, S.A. frente a Armada Seismic Investment I hasta la cantidad de 500.000 euros y frente a la compañía Armada Sismic Investment II hasta la cantidad de 10.338.000 euros, sin perjuicio del reconocimiento del crédito de dicho acreedor en el concurso.

6. Recurrida en apelación la anterior resolución, la Sección Primera de la Audiencia Provincial dictó Auto en fecha 25 de abril de 2012 en el que estimó parcialmente el recurso en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento de alzar los embargos y ello en base a la consideración de que se habían adoptado antes de la reforma del art. 55 LC , aprobada por Ley 38/2011 de 10 de octubre.

7. En fecha 27 de marzo 2012 el Juzgado de lo Mercantil dicta sentencia aprobando la propuesta de convenio de acreedores presentada por Vulcano. En dicho convenio se estableció una quita del 80% para los créditos ordinarios y subordinados, así como el calendario de pagos que figura en el mismo (f. 90), variando según se trate de uno u otro tipo. Consecuencia de lo anterior se produce la novación modificativa del crédito de Arrow II, quedando el ordinario reducido a la suma de 1.591.685,57 y el subordinado a 328.723,32 euros.

8. Vulcano solicita nuevamente el alzamiento de los embargos, resolviendo el Juzgado de lo Mercantil en providencia de fecha 25 de mayo 2012 en el sentido de remitir a las partes a lo acordado en la sentencia que aprueba el Convenio, providencia que al ser objeto de recurso de reposición por Arrow II dio lugar al dictado del Auto de fecha 25 de junio 2012, en el que se mantuvo lo resuelto en la resolución recurrida.

En su recurso Arrow II sostuvo que no existe cauce procesal en el seno del procedimiento concursal para resolver sobre la petición efectuada, que se impone acudir al procedimiento

declarativo ordinario, además Vulcano ya no se encuentra en concurso, precisando que el embargo llevado a cabo en Noruega se transforma en un derecho real oponible frente al concurso.

Por su parte, en el último inciso del Auto de 25 de junio 2012 se establece que "... corresponderá a la oficina de Ejecución Coactiva de Bergen valorar en su propio procedimiento las consecuencias novatorias sobre créditos del favorido por la medida de garantía, cualquiera que sea ésta su naturaleza, teniendo en cuenta, a todos los efectos, que en el concurso de acreedores sustanciado en España la calificación de los créditos del recurrente no goza de privilegio alguno en el concurso, sin que dicha decisión haya sido recurrida por Arrow II, y que en derecho español la petición del concursado sería atendible en su totalidad".

9. En virtud del Convenio, Vulcano procede a efectuar el primer pago del 10% a los acreedores ordinarios, entre ellos a la demandada, que incluso le comunica su número de cuenta, terminando por recibir su cheque vía notarial.

10. Paralelamente a la tramitación del procedimiento concursal en España, Vulcano procedió a recurrir los embargos decretados a instancia de Arrow II por la Oficina de Ejecuciones de Noruega, en el sentido de que se dejasen sin efecto los utleggs (embargos en palabras de la aquí accionante) trabados, recayendo resoluciones en diversas instancias en las que se resolvió en el sentido de que no procedía la cancelación de los embargos, así la resolución dictada por el Juzgado de 1ª Instancia de Bergen en fecha 15 de febrero 2012, mantenida por el Tribunal de Segunda Instancia en resolución de fecha 21 de agosto 2012 y por el tribunal Supremo en resolución de fecha 24 de abril 2013. En esta última resolución se concluye de la siguiente forma "si los procedimientos concursales extranjeros no impiden procedimientos de recobro de deudas independientes en relación con los activos del deudor en Noruega, tampoco pueden sentar las bases para anular embargos realizados contra el acreedor antes de que se inicien procedimientos concursales en el extranjero".

11. En esta alzada y a instancia de Arrow II (actualmente PGS), se admitió documental, en concreto Auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia de Bergen en el que con ocasión de resolver una demanda de indemnización por daños interpuesta por Arrow II (actualmente PGS) contra Armada Sismic Invest II AS y Banco Popular Español, S.A., la entidad bancaria nombrada en último lugar solicitó la suspensión del procedimiento en base a existir una disputa ante los tribunales españoles entre Arrow II y Vulcano, dentro de la cual el Juzgado de 1ª Instancia núm. 13 de Vigo resolvió que Arrow II debe extinguir el utlegg sobre el derecho de cobro de Vulcano frente a Armada y que cualquier importe recibido al amparo de este utlegg deberá ser devuelto, sentencia que ha sido apelada por Arrow II. El Auto dictado por el juzgado de Bergen en fecha 26 de octubre 2015 desestimó la petición de suspensión instada por la demandada Banco Popular Español.

Posteriormente, ahora a instancia de Vulcano, se admitió documental consistente en sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia de Bergen en fecha 2 de marzo 2015, respecto a la pretensión de indemnización por responsabilidad extracontractual ya referida, es decir la demandada por la entidad Arrow II (actualmente PGS) contra Armada Seismic Invest II AS y Banco Popular Español, S.A., la sentencia referida desestima la demanda interpuesta por PGS (antes Arrow II) contra las ya nombradas partes demandadas.

Expuestos los hechos anteriores, estimamos conveniente recordar que en la demanda iniciadora de la presentes actuaciones, Vulcano, peticionó que se dictase sentencia en la que se declarase:

a) que la demandada, Arrow II (actualmente PGS) como titular de un crédito ordinario de 7.952.427,83 euros y de un crédito subordinado de 1.643.616,58 euros está sujeta al convenio de acreedores del concurso de Vulcano, aprobado por sentencia de fecha 27 de marzo de 2012.

b) que en virtud de la quita aprobada en el convenio de acreedores, el crédito de Arrow II contra Vulcano se ha reducido el ordinario a la cantidad de 1.591.685, 57 euros y el subordinado a la cantidad de 328.723,32 euros, que deberá percibir en los plazos previstos en el citado convenio.

Y se condene

a.1) A Arrow II a que deje sin efecto la ejecución seguida frente a Factorías Vulcano ante la oficina de embargos de Bergen y alce los embargos trabados sobre los créditos que ostenta Vulcano frente a Armada Seismic Invest I, LTD y Armada Seismic Invest II, LTD.

a.2) A que en el caso de que Arrow II, perciba algún importe con cargo a bienes de Vulcano, deberá reintegrar a esta tales importes o, subsidiariamente, que se apliquen a la cancelación del crédito novado por el convenio de acreedores.

a.3) A Arrow II a abonar a Vulcano los intereses devengados al tipo legal del dinero desde la fecha de la sentencia de aprobación del convenio y los procesales desde la fecha de la sentencia, así como al pago de las costas ocasionadas.

La demanda fue estimada parcialmente por la Juez de Instancia, dado que se admitieron las dos pretensiones declarativas (a y

b), así como la de condena (a.1) y, en cuanto a las restantes, se resolvió en el sentido de que en el caso de que la demandada perciba algún importe con cargo a bienes de Vulcano, deberá reintegrar tales importes a la masa del concurso, y en este caso se impondrán los interés legales correspondientes (art. 1108 CC), abonando cada parte las cosas procesales ocasionadas a su instancia y las comunes por mitad.

Los argumentos de la juzgadora que, en síntesis, sustentan los pronunciamientos anteriores son los siguientes: los efectos de la aprobación del convenio de acreedores son los previstos en el art. 136 LC , rechaza la excepción de cosa juzgada internacional, otorga al utlegg la naturaleza de simple embargo ejecutivo, sin los privilegios que el art. 201 LC otorga a los derechos reales entendidos conforme a la ley española, terminado por justificar, legal y materialmente, la petición de alzar los utlegg sobre los créditos que Vulcano ostente frente a Armada, con las consideraciones respeto del reintegro de los importes a la masa del concurso y respecto a los intereses que se contienen en el fundamento sexto de la apelada. Dichos pronunciamientos son recurridos en apelación por la representación de Arrow II, actualmente PGS, en el sentido de que se desestime en su integridad la demanda interpuesta por Vulcano, en aras de cuyo éxito formula los motivos impugnatorios de que vamos a tratar a continuación.

SEGUNDO: Falta de competencia judicial internacional.

Considera la apelante que el art. 5.1.a) del Reglamento (CE) del Consejo 44/2001, de 22 de diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, resulta inaplicable y que, por el contrario, ha de ser aplicado el art. 2.1 del Reglamento 44/2001 , por lo siguiente, el art. 5.1.a) debe interpretarse restrictivamente en tanto que establece una excepción al foro

general del domicilio del demandado, además la aplicación del mismo requiere el cumplimiento de dos requisitos, a saber que se trate de materia contractual y que la obligación haya de ser cumplida en España, apareciendo, a su entender, que el convenio de acreedores no tiene la consideración de materia contractual, por otro lado, las pretensiones de condena interesadas no han de ser cumplidas por su representada en España. Añade a lo anterior que las pretensiones condenatorias contenidas en la sentencia apelada no se fundamentan en el convenio de acreedores, sino en la legislación concursal española, de manera que los únicos tribunales competentes para las pretensiones formuladas por Vulcano serían los del domicilio de su representada, conforme al art. 2 de la ya citada norma comunitaria.

Respecto al expuesto motivo compartimos las apreciaciones vertidas en las resoluciones de instancia dictadas en fecha 6 y 24 de octubre 2014, en las que se desestimó la declinatoria de competencia judicial internacional interpuesta por la ahora apelante y, consecuentemente, que es de aplicación al caso el art. 5.1.a) del Reglamento 44/2001 ; soslaya la apelante hechos como son que su representada Arrow II contrató en su día con Vulcano la construcción de un buque sísmico en sus astilleros de Vigo, que aun cuando el contrato se resolvió a medio de arbitraje llevado a cabo en Noruega, la ejecución del Laudo se llevó a cabo mediante exequátur en España. Tampoco tiene en cuenta que el procedimiento concursal por parte de Vulcano se interpuso en Vigo y que Arrow II, se personó en el mismo, comunicó sus créditos e intervino en el proceso concursal, quedando vinculada por el convenio tanto en la calificación de sus créditos, como en las quitas y esperas a que están afectos. Pero hay más, Arrow II, en palabras de la sentencia de 2 de marzo 2016 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia de Bergen y ello es lo cierto en base a los hechos probados que hemos expuesto, "en febrero 2011 no había notificado a la masa concursal mas que "ordinary creedit" (crédito ordinario), no había invocado el art. 201 LC , como punto principal del recurso contra la resolución de 12 de abril 2011 del Juzgado de lo Mercantil, ni había comunicado a los administradores concursales de forma convincente que, de todos modos, consideraba tener un right in rem (derecho real). Las débil situación de Arrow II se basa además en que, después de la entrega, tampoco recibió el visto bueno de los tribunales españoles con respecto a que la garantía real noruega pudiera ser reconocida en virtud del art. 201 LC .." "el Juez aprecia que Arrow II se puso a sí misma en una posición débil en España... si hubiera actuado de la manera más adecuada posible y notificado su crédito en febrero 2011 como de especial preferencia, en tal situación Arrow II podría haber conseguido la clasificación y el derecho especial, cf. el art. 201 LC ", " el Juez encuentra muy difícil entender por qué Arrow II notificó sus créditos con motivo del concurso en España en febrero 2011, sin remitir a que los créditos estaban protegidos con una garantía real noruega, un right in rem. Estaba, además, claramente invitada a hacerlo, ya que la posición de acreedor privilegiado de Arrow II le habría reposicionado favorablemente frente al convenio concursal, que era un posible efecto del proceso de insolvencia". Con ello queremos poner de manifiesto que Arrow II cuando se personó en el concurso seguido ante los tribunales españoles y pidió la inclusión y reconocimiento de los créditos que consideró oportunos lo hizo calificándolos expresamente de ordinarios y subordinados y, por lo tanto, omitiendo la existencia de privilegio alguno, tal resulta también de su escrito presentado en fecha 28 de febrero 2011, por lo tanto sometiéndose a todas los efectos y consecuencias que se pudieran derivar, de acuerdo con la legislación española, de la aprobación del convenio, entre ellas no solo la del art. 157.2 LC , que los créditos ordinarios serán satisfechos a prorrata, sino las derivadas del alcance universal que tiene el concurso, en tanto que, tanto en relación con la masa activa como la pasiva, extiende sus efectos dentro y fuera de España (art. 200 LC), de manera que, en principio, todos los bienes del deudor, estén donde estén, quedan afectos a dicho procedimiento concursal y todos los acreedores, estén donde estén, deberán realizar sus créditos en el mismo, salvo las excepciones que se derivan de los art. 201 LC , que no es el caso, pues se

ha de insistir que, por su propia iniciativa, los créditos de la apelante se calificaron de ordinarios y subordinados.

En este sentido ya en el auto de la Audiencia Provincial de fecha 25 de abril 2012 , donde se planteó la misma pretensión de alzamiento de los embargos, pero frente a las autoridades noruegas, y sin convenio, en fase común, se argumentaba que los efectos extraterritoriales del concurso se regulaban por la ley española, luego no podía ejecutarse sobre bienes de la concursada al margen del concurso.

Por otro lado, la controversia en orden a que no nos encontramos ante una materia contractual, no puede ser aceptada, pues, se ha de insistir, que Arrow II compareció voluntaria y libremente en el procedimiento concursal, personándose, comunicando su crédito como ordinario y ejercitó sus derechos en el seno del mismo, hasta que finalmente se dictó sentencia aprobando la propuesta de convenio presentada por la deudora Vulcano. Pues bien, en este contexto el aspecto negocial del convenio ha de ser aceptado. En efecto, tradicionalmente se vino defendiendo el carácter contractual del convenio sobre el razonamiento de que con independencia de quién hubiera sido la parte que lo hubiera propuesto (el deudor o, según los casos, los acreedores), al ser aprobado por éstos últimos y aceptado por aquél, en realidad el convenio no era en esencia sino un contrato entre el deudor y sus acreedores. En la LC no resulta tan clara la necesaria existencia del elemento contractual básico de la concurrencia de los consentimientos del deudor y de los acreedores para que el convenio pueda existir y vincular a las partes, pero lo que sí es claro que tal elemento concurre cuando, como fue en el caso de autos, el convenio finalmente aprobado es el propuesto por el deudor, ya que éste tiene que obtener la aceptación de la mayoría de los acreedores que establece la LC. En fin, que estimamos que el convenio de acreedores es materia contractual a los efectos del art. 5.1.a) reglamento 44/2001 al concurrir en su formación la existencia del elementos contractual básico, a saber la concurrencia de consentimiento del deudor y de los acreedores sobre el convenio.

Tampoco hay duda de que las obligaciones derivadas del convenio en los términos en que fue aprobado judicialmente -con la calificación de ordinarios y subordinados y afectados por quitas y esperas- se han de cumplir en España, de hecho así se está haciendo, incluso se ha acreditado que el importe del primer plazo ha sido pagado notarialmente a la ahora apelante en nuestro país. En fin, que las pretensiones de condena interesadas en este procedimiento derivan única y exclusivamente del convenio y de la obligación asumida por Arrow II de estar y pasar por el mismo, en tanto que estamos ante la determinación de los efectos del convenio sobre derechos -utlegg- constituidos antes del concurso, materia directamente relacionada con un procedimiento de insolvencia, de manera que lo que es concursal a efectos de reconocimiento de un crédito ha de serlo a efectos de la competencia.

Sobre esta cuestión la Sala debe, también, traer a colación las disposiciones contenidas en el art. 22 bis.3 LOPJ y concordantes, pues resulta contrario a la buena fe someterse por Arrow II a un procedimiento, como fue el concursal, y una vez finalizado intentar desconocer sus consecuencias conforme a derecho español, intentando hacer valer un derecho extranjero en aquello que considera le favorece.

Por último cumple añadir que, en contra del criterio de la apelada, no es de aplicación al caso el art. 3. 1 del Reglamento CE 1346/00 de 29 de mayo de 2000, ya que al no pertenecer Noruega a la UE, el presente litigio queda fuera de su ámbito de aplicación.

TERCERO: Indebida estimación de las pretensiones declarativas .

Argumenta la apelante que la pretensión declarativa de sujeción al Convenio carece de todo interés legitimo, en tanto que no cumple con los presupuestos necesarios para su apreciación, resultando contrario a derecho la declaración de reducción (y aplazamiento) del crédito de su representada, pues no tiene en cuenta que, conforme a los art. 136 y 140.4 LC , el incumplimiento del convenio conlleva, entre otras consecuencias, el automática restablecimiento de los créditos respecto a su importe originario, de hecho el Convenio de Acreedores únicamente conlleva una novación modificativa, no extintiva, de manera que con tal declaración se estaría limitando definitivamente el crédito de PGS frente a Vulcano, al margen de la suerte que corra en el convenio.

Aun partiendo de la innegable premisa de que los efectos de los créditos de Arrow II, afectados por el convenio, se desprenden de la sentencia dictada en el seno del mismo y de la ley, resulta conveniente la admisibilidad de las pretensiones declarativas ejercitadas. En efecto, tal se desprende de los hechos declarados probados estimamos que Vulcano tiene legitimo interés en los pronunciamos declarativos que interesó en su demanda, por cuanto la actuación procesal de la ahora apelante, desde el momento que pretende mantener un privilegio -utlegg- en otro país respecto de sus créditos y al margen del concurso español, no revela, precisamente, su voluntad de acatar el convenio en orden al cumplimiento de su obligación como acreedor ordinario de Vulcano, con la consiguiente inseguridad jurídica para la accionante, ello a pesar de que el art. 133 LC establece que el "convenio adquirirá su plena eficacia desde la fecha de la sentencia en la que se apruebe dicho convenio, cesando todos los efectos de la declaración del concurso, que quedarán sustituidos por lo previsto en el propio convenio...", vinculando su contenido -nos referimos al convenio- al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados (art. 134 LC).

El mismo criterio sirve para apreciar la necesidad de un pronunciamiento declarativo en el que queden fijados los importes de los créditos de la apelante, tras la novación modificativa operada como consecuencia de la aprobación del convenio, pues éste no los recoge de manera expresa, sin que sea obstáculo a lo anterior que tal novación no es definitiva porque la consideración de que sus efectos desaparecerían si el convenio no se cumpliese, es un efecto previsto en la ley (art. 136 , 140 LC).

CUARTO: Indebida calificación de la naturaleza de los utlegg constituidos bajo el derecho noruego .

En este sentido la apelante defiende la naturaleza de derecho real de la expresada figura conforme a la legislación noruega, lo que, a su entender, ignora la juez de instancia, trasgrediendo el art. 33.1 del Convenio de Lugano , así como su efecto, que no es otro que la inoponibilidad de una situación de insolvencia del deudor, de hecho en el seno del concurso no se acordó la cancelación de dichas garantías.

Convenimos con la apelada que la discusión de si el utlegg es un derecho real o un simple embargo ejecutivo, en este procedimiento es baladí, pues fue la propia Arrow II la que compareció en el procedimiento concursal de Vulcano calificando su crédito como ordinario, es decir omitiendo el supuesto carácter privilegiado de su crédito, calificación que fue aceptada por la administración concursal y no fue hasta que Vulcano pidió que se alzasen los embargos en Noruega cuando por primera vez defiende el carácter real de los utlegg. En este sentido en la sentencia de fecha 2 de marzo de 2016 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia de Bergen se expresa lo siguiente "si Arrow II hubiera notificado sus créditos remitiendo a la garantía prendaria y con pretensión de privilegio, el Juez no estima improbable que la garantía real noruega hubiese sido reconocida como right in rem en el concurso español en virtud del art. 201 LC ..."

Ocurre, además, que en el caso la demandante no ha peticionado en el suplico de su demanda que el juzgado alce los utlegg que garantizan los créditos en Noruega, sino que la demandada sea condenada a dejar sin efecto la ejecución seguida en Noruega y que, en consecuencia, los alce, efecto legitimo en tanto que consustancial a uno de los principios fundamentales que inspiran la ley concursal, cual es el principio de la igualdad de trato entre los acreedores, generándose una comunidad de suertes entre ellos al compartir un sacrificio común (pars conditio creditorum).

Abundando en lo anterior, recordar que en el ya mencionado auto de fecha 25 de abril 2012, dictado por la Sección Primera de esta Audiencia con ocasión de la pretensión de alzamiento de los utlegg frente a las autoridades noruegas, no frente a la demandada, ya se declaró que tal figura, conforme a la ley española, no podía ser considerada un derecho real sino un mero embargo ejecutivo en el proceso de ejecución del laudo.

En todo caso, hemos de volver a insistir, que tal garantía noruega, a efectos del convenio ni fue ni puede ser considerada, ya que la titular del crédito no la hizo valer en el concurso, de ahí la calificación de sus créditos como ordinarios y subordinados y sin privilegio alguno.

QUINTA: Indebida desestimación de la cosa juzgada internacional .

Dentro de este motivo argumenta la apelante que en el procedimiento iniciado por Vulcano ante los Tribunales noruegos se buscaba, con justificación en el concurso, que se dejasen sin efecto los utlegg, de ahí que se trate de la misma pretensión, aun formalmente planteada en otros términos.

No puede acogerse la excepción de cosa juzgada que plantea la apelante. Dicha excepción no concurre, pues aún concurriendo la identidad subjetiva no concurre la necesaria identidad de causa petendi; el procedimiento seguido en Noruega ante la oficina de embargos de Bergen es un proceso de ejecución en el que se embargan unos créditos de Vulcano, ante lo cual una vez presentado en España el concurso voluntario y tras acordar el Juzgado de lo Mercantil por Auto de fecha 12 de abril 2011 el alzamiento de los embargos en Noruega, los acreedores concursales solicitan en la Oficina coactiva de embargos de Bergen que se alcen, mientras que en este procedimiento lo que se ejercita es una pretensión de cumplimiento frente a Arrow II en el sentido de que deje sin efecto el embargo trabado en Noruega en base a los términos que resultan de la aprobación judicial del convenio, novación modificativa que implica que los embargos no puedan mantenerse al desaparecer, aunque lo sea temporalmente, la exigibilidad de los créditos en su configuración originaria.

En todo caso volver a reiterar, como bien argumenta la apelada, que el convenio de acreedores en nada se refiere a los utlegg, por la simple razón de que ni siquiera se comunicó temporáneamente su existencia, de ahí que su calificación jurídica resulte indiferente, lo decisivo, dadas las pretensiones ejercitadas, son las consecuencias que la aprobación del convenio tiene para la apelante, como acreedora ordinaria que es.

SEXTO: Indebida estimación de las pretensiones de condena .

Alega el apelante que la condena tendente a dejar sin efecto la ejecución y a instar el alzamiento de las medidas acordadas en Noruega, carece de fundamento legal y es contraria a las normas de nuestro ordenamiento jurídico, por lo siguiente: los preceptos en que se ampara la resolución apelada (art. 134 , 136 y 208 LC) no amparan la cancelación de los utlegg, ni siquiera el Convenio se refiere a los mismos; la extinción de cargas y gravámenes no es un efecto que pueda derivarse del Convenio, además a la fecha de

declaración de concurso no existía previsión normativa, por lo que resultaba inaplicable el art. 55.3 LC ; el art. 218 LC no establece como efecto del cobro, en otra jurisdicción, de cantidades a cargo del patrimonio del concursado la de renunciar a proseguir las acciones que posibilitan dicho cobro, sino, en su caso, la de reintegrar esas cuantías; el mantenimiento de los utlegg no afecta al contenido del Convenio, ya que en el mismo nada se contempla al respecto

Y añade, que también carece de fundamento legal la condena de su representada a reintegrar, con intereses, los importes que, en su caso, pudiese percibir con cargo a bienes de Vulcano, pues los utlegg no resultan ilícitos ni contrarios al Convenio, se ha declarado su legalidad por sentencias noruegas, cuyo reconocimiento en España ha de ser automático, además el pronunciamiento combatido se ampara en el art. 218 LC , sin considerar que los efectos del concurso cesan con la aprobación del Convenio.

En cuanto a la primera cuestión convenimos con la juzgadora de instancia y a la par con la consideraciones vertidas en el Auto de fecha 25 de junio 2012 por el Juzgado de lo Mercantil, en que existe justificación legal y material para condenar a la demandada a que proceda a alzar los utlegg trabados sobre los créditos que la actora ostenta frente a Armada Seismic Invest I y Armada Seismic Invest II; legal porque el concurso pretende una ejecución ordenada sobre el patrimonio del deudor de todos los créditos concurrentes, que en este caso se han concretado en el convenio, bajo el principio de la par conditio creditorum y la comunidad en las pérdidas según la diferente clasificación de los créditos reconocidos. Por tanto, es claro que no puede admitirse que cada acreedor inicie o prosiga contra el deudor ejecuciones singulares que menoscaben su patrimonio al margen del concurso, de ahí la condena de la demandada para que deje sin efecto la ejecución y que cobre sus créditos en condiciones de igualdad con los restantes acreedores ordinarios. Principio que se infiere de los art. 134 , 136 y 218 LC y de la vis atractiva que tiene el proceso concursal (art. 55 LC). Y, justificación material porque el mantenimiento de los utlegg impide a Vulcano recibir la importante cantidad que le adeuda Armada Seismic Invest LTD, mientras que el crédito de Arrow por su propia decisión y calificación sigue siendo ordinario.

En cuanto a la segunda cuestión, es cierto que la Sentencia aprobando el convenio supone el cese de todos los efectos del concurso (133.2. LC), pero el concurso no concluye hasta que se decreta el cumplimiento del mismo (176.1.2.º LC), y para que pueda cumplirse han de estar adscritos a ese procedimiento todos los activos, dondequiera que se encuentren, incluidos los créditos que las autoridades noruegas embargaron, de ahí la aplicación del art. 218 LC .

En efecto, partiendo de la ya mencionada vocación de universalidad que tiene el concurso y de los problemas que se pueden generar en relación a terceros Estados cuando no exista un convenio bilateral sobre reconocimiento reciproco de decisiones judiciales, la solución la ofrece el mencionado art. 218 LC , pues desde el punto de vista del Derecho español el acreedor que ejecuta su crédito en el extranjero está cobrando indebidamente, de ahí que deba restituir lo cobrado a la masa del concurso. Aunque la letra del precepto sólo habla de concurso, es evidente que deberá aplicarse también a situaciones pre-concursales, pues no hay duda que la regla contenida en el precepto descansa sobre los principios generales del cobro de lo indebido (art. 1895 y sig. CC), por consiguiente consideramos que cabe su aplicación por analogía no solo cuando se obtiene una satisfacción individual en el extranjero en contravención con lo acordado en un convenio resultante de un procedimiento concursal abierto en España, sino también en el caso de medidas cautelares llamadas a asegurar una eventual condena restitutoria.

Consecuencia de todo lo expuesto, es que se ha de desestimar el recurso, pues, a modo de recapitulación, cumple decir que aprobado el convenio en el procedimiento concursal núm. 18/2011, los créditos se someten a él. Si en el convenio se hubiera reconocido a Arrow II un privilegio, si podría ejecutar sus utleggs sin restricciones, pero ocurre que la única realidad es que su crédito no es privilegiado, luego deben alzarse como consecuencia de la aprobación del convenio

SEPTIMO: Las costas procesales que se hubieren devengado en esta instancia, se imponen a la parte apelante (art. 398 LEC).

En atención a lo expuesto y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Doña Paula Llorden Fernández-Cervera, en nombre y representación de PSG Geophysical (UK) Limited (antes denominada Arrow Seismic Invest II Limited), frente a la sentencia dictada en fecha 31 de julio 2015 por el Juzgado de 1ª Instancia núm.13 de Vigo, Juicio Ordinario 116/2014, la cual se confirma en su integridad, imponiendo las costas procesales de esta instancia a la parte apelante.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación para el caso de que se acredite interés casacional o, en su caso, infracción procesal, en base a lo establecido en el art. 477 LEC , debiendo interponerse dentro de los veinte días siguientes a su notificación en la forma establecida en el art. 479 LEC .

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.