



Roj: **SAP Z 2813/2017 - ECLI: ES:APZ:2017:2813**

Id Cendoj: **50297370022017100525**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **2**

Fecha: **28/12/2017**

Nº de Recurso: **277/2017**

Nº de Resolución: **844/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO ACIN GAROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 2813/2017,**  
**AAAP Z 929/2018**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2**

**ZARAGOZA**

**SENTENCIA: 00844/2017**

N10250

C/ GALO PONTE, 1, PLANTA 3

Tfno.: 976.208035-031-034 Fax: 976.208032

**N.I.G.** 50297 42 1 2015 0009680

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000277 /2017**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 20 de ZARAGOZA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000372 /2015

Recurrente: MINNESOTA SWINE REPRODUCTION CENTER LLC

Procurador: MARIA LUISA HUETO SAENZ

Abogado: JORDI CALVO COSTA

Recurrido: MAGAPOR S.L

Procurador: MARIA IVANA DEHESA IBARRA

Abogado: ALBERTO SANJUAN BERMEJO

**SENTENCIA NUMERO: 844-2017**

**EN NOMBRE DE S.M.EL REY**

**Ilmos. Señores:**

**Presidente**

D. FRANCISCO ACIN GAROS

**Magistrados**

D. LUIS ALBERTO GIL NOGUERAS

D. MANUEL DANIEL DE DIEGO DIAGO



En Zaragoza, a veintiocho de diciembre de dos mil diecisiete.

Visto por la Sección Segunda de ésta Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto desestimatorio de la declinatoria y la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 20 de los de Zaragoza, en autos de juicio ordinario nº 372/2015, a los que ha correspondido el presente rollo nº 277/17, siendo apelante "**MINNESOTA SWINE REPRODUCTION CENTER LLC**", representada por la Procuradora doña María Luisa Hueto Sanz y asistida por el Letrado don Jordi Calvo Costa, y apelada impugnante "**MAGAPOR S.L.**", representada por la Procuradora doña Ivana Dehesa Ibarra y asistida por el Letrado don Alberto Sanjuán Bermejo.

### ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los que figuran en la sentencia apelada, y

**PRIMERO.-** Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de los de Zaragoza, se dictó el 17 enero 2017 sentencia que contiene el siguiente fallo: FALLO

1º). Se declara resuelto el contrato de distribución en exclusiva de fecha 5 de junio de 2013 celebrado entre megapor s.l. y Minnesota swine reproduction Center LLC.

2º). Se condena a Minnesota swine reproduction Center LLC a que abone a megapor s.l. la cantidad de 20.126,54 euros, más los intereses legales incrementados en dos puntos desde la fecha de esta resolución.

3º). Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

**SEGUNDO** .- La representación procesal de la demandada presentó escrito de recurso de apelación, acordándose remitir las actuaciones a esta Sección y emplazar a las partes por termino de diez días a fin de que compareciesen ante este Tribunal.

**TERCERO.-** Remitidas las actuaciones a esta Sección Segunda, y, no aportados nuevos documentos ni propuesto prueba, ni considerado necesaria la celebración de vista, se señaló día para votación y fallo.

**CUARTO.-** En la tramitación de la apelación se han observado todas las prescripciones legales.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don FRANCISCO ACIN GAROS.

### FUNDAMENTO DE DERECHO

**PRIMERO.-** Presentada demanda por "Magapor S.L.", la representación de "Minnesota Swine Reproduction Center LL" (en adelante "MSRC") formuló declinatoria por falta de jurisdicción al entender que conforme a las cláusulas 19 y 21 del Contrato de Distribución firmado por ambas partes el 5-6-2010 la cuestión planteada debía quedar sometida a **arbitraje**.

En su artículo 19, tras señalarse que cualquiera de las partes tendrá derecho a recurrir a las disposiciones del Reglamento de Procedimiento Precautorio Arbitral (Paris) y declararse ambas sujetas a ese Reglamento, se dice que "Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo al mismo, incluyendo en particular su incumplimiento, interpretación, ejecución, resolución o nulidad, se resolverá mediante **arbitraje** de derecho, definitivamente, de acuerdo con el Reglamento de **Arbitraje** de la Cámara de Comercio Internacional, por uno o más árbitros nombrados conforme a dicho Reglamento de **Arbitraje**"

Seguidamente, en el art 21 se dice que "Las partes por medio del presente documento se someten de forma de forma irrevocable expresa a los procesos, jurisdicción y Juzgados de Zaragoza",

Opuesta la actora, el 24-7-2015 el Juzgado de instancia dictó auto desestimando la excepción, pues, "estando clara la voluntad de ambas partes de someter la cuestión objeto de controversia, bien a **arbitraje** de la Cámara de Comercio Internacional de Paris, bien a los Tribunales de Zaragoza, y dado que esta opción no ha sido reservada a una sola de las partes, debe concederse plena virtualidad a la opción realizada por la parte actora". Y desestimada la reposición formulada, recurre "MSRC" en apelación, alegando que a la vista de lo estipulado en la cláusula 19 del contrato, no puede desconocerse la concurrencia de una inequívoca intención de las partes a someter a **arbitraje** la cuestión planteada -en los términos previstos en el art 9 de la Ley de **Arbitraje** y a la luz de la doctrina sentada por la STS 10-7-2007 -.

**SEGUNDO.-** Alega la recurrente que la polémica suscitada por la validez de las denominadas cláusulas híbridas o mixtas -aquellos pactos en los que se combina la cláusula arbitral con otras, como puede ser la sumisión a determinada jurisdicción, teniendo las partes la facultad de decidir cual o cuales foros serán los más adecuados para la decisión de una disputa, en particular cuando se trata de cláusulas asimétricas, en las que



es únicamente una de las partes, y no las dos, quien puede elegir el modo de resolución- ha perdido fuerza una vez desaparecidas antiguas exigencias las Leyes de Enjuiciamiento Civil 1881 y **Arbitraje** 1988 en relación con la sumisión expresa. Y que si como ejemplo de la progresiva flexibilización de la Jurisprudencia en el tema -condiciones que los pactos de sumisión deben reunir- cita el Juzgador la STS 10-7-2007 , que admite la compatibilidad del pacto de sumisión a **arbitraje** y de forma subsidiaria a jurisdicción, y el auto de 18-10-13 de la AP de Madrid, que reconoció expresamente la validez de las cláusulas híbridas, no comparte las consecuencias que el Juzgador extrae.

En el caso resuelto por la A.P. Madrid las partes, para facilitar al Concesionario demandante una rápida resolución de sus disputas, convinieron que este, como alternativa al ejercicio de la acción en los Tribunales, pudiera someter a arbitro o árbitros independientes cualquier controversia surgida del contrato ( "disputas" en general), para seguidamente pactarse que todas aquellas cuya resolución no se someta a **arbitraje** de conformidad con la cláusulas 14.4 y 14.5 se someterán en primer lugar, exclusivamente, a los Tribunales de S<sup>h</sup>ertogenbosch (Países Bajos)". No siendo, pues, de extrañar que la Audiencia reconociese a la sumisión a **arbitraje** una atribución competencial prevalente, al margen de la que con carácter alternativo se hacía a los Tribunales de aquella Ciudad.

En los pactos de sumisión del contrato suscrito por "Magapor no hay, en cambio, huella de la alternatividad que caracteriza los antedichos. Se dice lo que se dice en el 19 y, seguidamente, las partes se someten en el 21 a los Juzgados de Zaragoza.

Mismo caso que el resuelto por la STS 10-7-2007 , en el que el convenio -hay que apuntarlo desde este momento- era de 28 de septiembre de 1990, vigente la Ley de **Arbitraje** de 1988.

En él, la Audiencia de Barcelona había rechazado la excepción por entender que la exigencia de "voluntad inequívoca" a que se refería la Ley de **Arbitraje** no puede conciliarse con la cláusula en la que las partes se sometieron a los Tribunales de Igualada como fuero voluntario, de modo que la sumisión de las partes al **arbitraje** de equidad para resolver cualquier discrepancia sobre la interpretación del contrato no era suficiente para reputar inequívoca su voluntad se sometimiento a árbitros. Interpretación que el Tribunal Supremo, que estimó el recurso y apreció la excepción opuesta, dijo que no se acomodaba a la doctrina de la Sala conforme a la cual la sumisión dirigida a fijar el fuero voluntario no elimina aquella voluntad inequívoca de sumisión a **arbitraje**, sino que "obedece al interés de seguir tal fuero territorial en lo que sea ajeno al **arbitraje** o en el caso de que se renuncie voluntariamente a éste", añadiendo como argumento de cierre que, "una cláusula que puede dar lugar a cierta confusión no elimina el convenio arbitral".

**TERCERO.-** En cuanto al fondo del asunto, la actora solicitó en su demanda se declare la resolución del contrato de distribución en exclusiva firmado por las partes el 5-6-13, que traía causa de otro firmado el 1-12-2010, y la condena de la demandada al pago de 63.369,74?

La pretensión resolutoria la amparaba en el incumplimiento reiterado de las obligaciones contractuales asumidas, ya por haber vulnerado el pacto de exclusividad que figura en la cláusula 4 a) del contrato, al haber procedido a fabricar y comercializar sin autorización de "Magapor" productos similares a los fabricados y comercializados por esta, como por no haber respetado la forma de pago en los términos pactados en la cláusula 8 b) y c), debido a los retrasos reiterados en el pago y a la no obtención de las garantías pactadas.

A su vez la reclamación de cantidad se justificaba en el impago del pedido cursado el 3-10-14, por importe de 61.400,30 ?.

**CUARTO.-** "MSCR" admite el impago de este pedido, que es visto que no puede justificar la condena por el total importe reclamado -61,400,3 ?-, pues en la demanda no se computa el pago parcial realizado -6681,45 ?- que reduce a 54.718,85 ? la cantidad adeudada; pero se opone, negando la existencia de los referidos incumplimientos, pues la actora aceptó la modificación del sistema de pago estipulado, siendo "Magapor" la que incumplió sus obligaciones, de un lado al obligarla a quedarse con una maquina desfasada cuyo precio -132.444 ?- ha supuesto un lastre para la compañía, impidiéndole la obtención de crédito, y, de otro al haber sido incapaz de hacer frente a la producción requerida y suministrado unos productos defectuosos. Todo lo cual justifica en el sentir de la demandada el impago del pedido reclamado en la presente litis.

**QUINTO.-** La cláusula 4 a) del contrato de distribución modificado y actualizado prevé que "MSRC podrá comercializar o colaborar con otras empresas que vendan productos para la reproducción, siempre que notifique a "Magapor" su intención de hacerlo y, en todo caso, si es con cualquier empresa que "Magapor" denomine competidor directo o indirecto, MSRC deberá obtener la autorización de "Magapor" antes de poder vender dichos productos".

La recurrente niega haber quebrantado ese "pacto de exclusividad", pues según ella lo sucedido fue únicamente que, demostrada por "Magapor" su incapacidad de satisfacer la demanda de sus clientes, no quiso vincular



su futuro a la distribución de sus productos, sino que, transitoria y excepcionalmente, a modo de "plan de contingencia", acudió a la producción de un determinado stock a través de "Innovative Reproduction Technologies LLC" (en adelante IRT), filial suya.

La versión de "MSCR" -constitución de "IRT" a modo de plan de estabilidad, con el indicado carácter transitorio y excepcional- no es verosímil, pues, como dice "Magapor", la lógica dice que la fundación y estructuración de una nueva sociedad, dado su coste, y cuando se trata de copiar y vender el mismo producto, no es imaginable con el carácter transitorio con que se le presenta, siendo solución más lógica y razonable el acudir a la compra del producto a tercero en tanto la situación de necesidad subsista.

En todo caso, de lo actuado, en particular de los docs 36, 37 y 38 de la demanda, resulta que el 19-9-14, cuando ya en agosto MSCR había recibido de "Magapor" un pedido de 100.000 catéteres, de los que ya había suministrado 20.000, Nieves, de MSCR, comunica a "Magapor", de quien ninguna autorización se había solicitado, que había comenzado a vender catéteres a través de "IRT". Situación en la que, a la vista de los nulos o insuficientes resultados de los informes de venta requeridos por "Magapor" -MSCR venía contractualmente obligada entregarlos el 30 septiembre (doc 41, 42 y 43 de la demanda)-, la primera decidió resolver el contrato, por falta de pago de la factura de 3-10-14 e incumplimiento del pacto de exclusividad.

Como razón justificativa del referido "plan de contingencia" alegó MSCR la interrupción en los suministros por parte de "Magapor", causa enlazada a su vez con los defectos que denuncia en los catéteres servidos de procedencia España. Alegato tampoco atendible si se tiene en cuenta que el conflicto surgido con los catéteres que se dicen defectuosos se inició en abril/mayo 2014. Lo que, siendo que el proceso de fabricación se sitúa en una media de tres meses, permite entender que el plagio tuvo lugar en febrero de ese año. Y siendo que la primera comunicación del problema, por MSCR a "Magapor", tiene lugar el 11- 5-14, y días más tarde la respuesta de esta última, es claro que los defectos en cuestión nunca pudieron ser una excusa para comenzar a plagiar y fabricar los propios tres meses antes de que surgiera el conflicto.

Por lo demás, si en justificación de su actuación en 2014 MSRC alega que a finales de 2013 "Magapor" interrumpió sin motivo los suministros, lo que aparece acreditado es que "Magapor" suministró todos los pedidos en firme que se le realizó -así lo admitió la Sra. Nieves, esposa del administrador de MSRC y Directora financiera de esta entidad-, incluido el de 3-10-14, realizado después del descubrirse por la actora el plagio de MSRC en septiembre anterior. Cuestión distinta es que, realizado por MSRC el pedido de fines de agosto de 2014, con todo el desarrollo posterior reflejado en los documentos 12 al 23 de la demanda, se pusieron de manifiesto las dificultades financieras que aquella atravesaba y provocaron la desconfianza de "Magapor" acerca de su solvencia. No había obtenido la carta de crédito a que se comprometió en el contrato suscrito y las dificultades financieras observadas eran claras. Lo que provocó que en los meses de noviembre y diciembre "Magapor" no diera credibilidad a las previsiones de pedidos que MSRC realizó a fines de 2013, decidiendo la aquí apelada no correr más riesgos en tanto que su contraria no fuera capaz de cumplir con lo pactado

**SEXTO.-** Frente a la acción resolutoria ejercitada por "Magapor" opone MSRC los incumplimientos que por parte de la primera harían inviable esa acción y le darían derecho a la indemnización con la que compensar el crédito que se le reclama: de un lado, la compra de la maquina "Bagmatic", que dice indebidamente asumida por ella, que la adquirió por precio de 132.444 ? para su venta a "Smithfield Foods - Murphy Brown" (en adelante "MB") con el compromiso de recompra por parte "Magapor", pero que finalmente hubo de quedársela al no adquirirla "MB", con el consiguiente lastre de su economía al quedar privada de la posibilidad de obtener crédito; y, de otro, la incapacidad de cumplimiento de las previsiones para 2014 que demostró "Magapor", provocando un desabastecimiento que quiso aliviar con unos catéteres fabricados en España -China venía siendo la proveedora normal- que resultaron defectuosos

A) En el caso de la maquina la sentencia no considera acreditado que su venta por "Magapor" tuviese lugar con el referido pacto de recompra, alegando la recurrente que si tal compromiso no es explícito, hay que entenderlo implícito, valorados los derechos y obligaciones de las partes y el iter contractual recorrido por ellas.

"MB" era una "cuenta directa", por lo que -dice la recurrente-, conforme a contrato, en principio, la responsabilidad por las operaciones concertadas con ella por MSCR era "cuenta y riesgo" de "Magapor", que -se dice también- era plenamente consciente de que tal carga no debía ser soportada por la demanda. Lo que la recurrente infiere de la flexibilidad en los términos de pago que admitió "Magapor" y del contenido del correo aportado como doc 23 de la demanda en el que Sabino pregunta a Nieves si podía aportar alguna información de la "Bagmatic M-1000", pregunta únicamente explicable caso de que, como se afirma, MSRC y "Magapor" estuvieren negociando el retorno a España de esa maquinaria.

Los apoyos que sustentan tal conclusión carecen de la debida consistencia. .



Además, lo que se reservó "Magapor" fue la facultad de vender sus productos y maquinaria a sus clientes "Cuenta Directa" -los grandes productores de porcino, uno de ellos "MB"-.

Y es el caso que en el de autos el contrato de opción de compra firmado el 19-3-13 con "MB", en cuyo acuerdo 15 se dice que "se entiende que las partes son proveedores independientes y no empleados o contratistas de ninguna de las partes", lo firmó exclusivamente MSCR, sin que, ni en su clausulado ni en otro documento, "Magapor" asumiese ninguna obligación de recompra.

MSCR dice que compró los equipos por "cuestiones administrativas arancelarias" que no precisa y que, como señala la apelada, no resultan muy creíbles cuando en la amplia comunicación mantenida entre las partes nunca se habló nada de este particular.

No es por otro lado verosímil que si "Magapor" venia obligada a recomprar los equipos caso de no quererlos el cliente, MSCR siguiese realizando pagos por esos equipos en octubre de 2013 siendo que a los seis meses de prueba desde la firma del contrato -julio de 2013- sabia que "MB" no los adquiriría.

E igualmente inverosímil que cuando MSCR solicitó la compensación de perjuicios frente a la reclamación de la factura impagada (doc 56 de la demanda) no dijese nada de este capítulo y de la deuda que reclama.

B) En cuanto a los incumplimientos vinculados al suministro de unos equipos defectuosos -dice MSRC que en los catéteres fabricados en España, a los que "Magapor" hubo de acudir ante la demanda recibida, superior a la esperada, el tubo de plástico que conecta el catéter con la bolsa de semen no tenía la flexibilidad necesaria y en su uso se rompía o desacoplaba y se perdía su contenido-, de un lado la demandada no ha practicado prueba pericial al respecto, y de otro el ofrecimiento de 36.000 catéteres gratis es indicativo de la existencia del defecto invocado, hecho -el del referido ofrecimiento- que "Magapor" deja reducido a lo que se dice fue una solución meramente comercial.

La cuestión se enlaza con la impugnación que formula "Magapor", que niega que los defectos que la demandada esgrime equivaliesen a un verdadero incumplimiento, diciendo también que la demandada no ha acreditado ningún concreto perjuicio.

En lo demás, cabe anticipar el acuerdo de la Sala con el Juez de instancia en que los defectos en cuestión no obstarían al éxito de la acción resolutoria ejercitada, tratándose como se trata de incumplimientos de diferente categoría, grave el de MSRC, por afectar a la esencia misma del contrato de distribución y referido el de "Magapor" a una partida que resultó defectuosa -los catéteres de fabricación española-.

**SEPTIMO.-** Solicita la actora en su impugnación se revoque la sentencia dictada en el único sentido de declarar que no existió incumplimiento contractual por su parte, debiéndose condenar a "MSRC" a pagarle el total adeudado de 54.718,85 ?.

Negados por "Magapor" los defectos en los catéteres fabricados en España y ofrecidos por ella la devolución de su dinero a los clientes insatisfechos y 36.000 catéteres gratis a MSRC con destino a los clientes, surge como cuestión a dilucidar si los defectos de que uno y otro hecho son en principio indicativos fueron tales y si representaron el verdadero incumplimiento que vendría a justificar la postura y reclamaciones de MSCR.

Lo que hay que resolver en sentido favorable a "Magapor", con estimación de su impugnación.

No hay constancia clara de que, obligada por las circunstancias la actora impugnante a acudir a los catéteres españoles, hiciese a MSRC advertencia de sus diferencias con los chinos, habitualmente suministrados; pero ofreció a MSRC los 36.000 catéteres antedichos y la posibilidad de que sus clientes devolviesen los catéteres adquiridos (hecho 5º demanda, folio 16 y doc 29 de la demanda), ofertas en cada caso rechazadas por Nieves, que en petición que en nada ayudaba a solucionar los problemas con los clientes solicitó la compensación de distintos pagos pendientes a cuenta de esos catéteres para él inútiles (doc 32 demanda), e incluso manifestó que trataría de "colocarlos" en los próximos meses (doc 35), ofrecimiento este que poco dice a favor de la inservibilidad que de los mismos se afirma. En ningún momento exigió el pago de los catéteres.

De otro lado, se dice que los clientes le han devuelto los defectuosos, pero no se aporta ni una sola factura rectificadora ni los justificantes de abono; el perito Sr Amador informa que se encuentran en las existencias de MSRC, en tanto que esta dice que los clientes no pueden devolvérselos por motivos de seguridad sanitaria; y si están en sus existencias, no ha mediado explicación de que, ofrecida por Magapor la devolución de su importe, no se haya exigido.

**OCTAVO.-** Estimado en parte el recurso y la demanda de Magapor S.L., no se hace especial pronunciamiento sobre costas en ninguna de las instancias, que dadas las dificultades del juicio de hecho tampoco procede respecto de las de la impugnación de "Minnesota Swine Reproduction Center, LLC"

**VISTOS** los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación



**FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por "**MINNESOTA SWINE REPRODUCTION CENTER LLC**" contra el auto de 24-7-2015, desestimatorio de la declinatoria planteada por la demandada, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictada el 17-1-2017 por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Zaragoza , y estimando la impugnación de "**MAGAPOR S.L.**" contra la referida sentencia, debemos revocarla y la revocamos en parte, estimando en parte la demanda de Magapor S.L. y condenando a "Minnesota Swine Reproduction Center LLC" a pagar a la actora 54.718,85 €. Sin imposición de costas en ninguna de las instancias.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por "Minnesota Swine Reproduction Center LLC" para recurrir, al que se dará el destino que la Ley prevé.

Firme que sea la sentencia, devuélvase a Magapor S.L. el depósito constituido para impugnar y las actuaciones al Juzgado de su procedencia, juntamente con testimonio de la presente para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Contra la anterior Sentencia cabe interponer Recursos de Infracción Procesal y Casación, o Casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, conforme a lo dispuesto por la D.F. 16ª redactada conforme a la Ley 37/2011 de 10 de octubre , que se interpondrá ante este Tribunal en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, debiendo el recurrente al presentar el escrito de recurso acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4899) en la Sucursal 8005 de Banco de Santander, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04-Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando celebrando audiencia pública, esta Sala Segunda, en el mismo día de su fecha, doy fe.