



Roj: **AAP B 34/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:34A**

Id Cendoj: **08019370142019200002**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **14**

Fecha: **15/01/2019**

Nº de Recurso: **598/2018**

Nº de Resolución: **4/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ESTEVE HOSTA SOLDEVILA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO N° 4/2019

Sección Catorce

Rollo núm. 598/2018

Ilmos. señores:

Agustín Vigo Morancho

Ramón Vidal Carou

Esteve Hosta Soldevila

En Barcelona, a 15 de enero de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 42 de Barcelona en las actuaciones de prueba anticipada nº 662/2017-C promovidas por BIODIESEL ARAGÓN, SL, contra AGROMOND PTE LTD. dictó el 27 de abril de 2018 auto con la siguiente parte dispositiva:

DISPONGO: Estimar el recurso de reposición interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Alejandro Font Escofet, obrando en nombre y representación de la entidad AGROMOND PTE LTD, contra la providencia de fecha 19 de julio de 2017, y con revocación de la misma procede declarar nulo de pleno derecho todo lo actuado en el presente proceso, procediéndose al archivo del mismo. Todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la entidad BIODIESEL ARAGÓN, S.L.

SEGUNDO.- Biodiesel Argón, SL, interpuso contra dicho auto recurso de apelación, que fue admitido a trámite. Agromond Pte Ltd. se opuso al recurso y las actuaciones originales se elevaron a la Audiencia Provincial de Barcelona, que las repartió a esta Sección Catorce, en la que, seguidos los correspondientes trámites procesales, tuvo lugar la deliberación el día 13 de diciembre de 2018.

TERCERO.- En la tramitación de esta alzada se han observado y cumplido las prescripciones legales.

CUARTO.- Ha sido ponente el Sr. Esteve Hosta Soldevila, magistrado de esta Sección Catorce.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

En relación con la ejecución del contrato de venta de aceite de cocina usado formalizado el 15 de febrero de 2017 entre Agromond Pte Ltd. (con domicilio en Singapur) como vendedora y Biodiesel Aragón, SL, (con domicilio en Madrid) como compradora, ésta presentó el 21 de julio de 2017 ante el Juzgado de Primera Instancia Decano de Barcelona solicitud de la práctica de la prueba anticipada consistente en una pericial química de unas muestras de la mercancía vendida, todavía depositada en el buque que había realizado su

transporte desde China al puerto de Barcelona. La solicitud fue repartida al Juzgado de Primera Instancia nº 42 de Barcelona (autos nº 662/2017-C), que la admitió a trámite y acordó la práctica de la prueba. La recogida de las muestras y la pericial sobre las mismas se llevó a cabo los meses de agosto y septiembre de 2017 sin previa citación de la demandada, que el mes de noviembre siguiente compareció en las actuaciones y solicitó que se declarase la nulidad de todo lo actuado por infracción del art. 225.3º de la LEC.

Habida cuenta que en el contrato de venta incluía una cláusula de sumisión a la ley inglesa y al **arbitraje** en ('de' en el contrato) Londres, el 27 de abril de 2018 el Juzgado dictó auto en el que después de estimar su falta de jurisdicción para disponer la práctica de la prueba anticipada, declaró conforme al art. 225.3º de la LEC la nulidad de todo lo actuado y el archivo del expediente, con expresa imposición de costas a la solicitante Biodiesel Aragón, SL.

Biodiesel Aragón, SL, recurre en apelación dicho auto alegando los siguientes motivos: 1) infracción del art. 293 de la LEC; 2) infracción del art. 7 de la Ley de **Arbitraje**; 3) infracción del art. 8 de la Ley de **Arbitraje**; 4) infracción por inaplicación del art. 22 sexies de la LOPJ; 5) error de hecho en la valoración del contrato entre las partes y error de derecho por inaplicación del derecho inglés en contravención de lo contractualmente convenido; y 6) sentido común. Principios generales del derecho. En base a tales motivos, la apelante solicita en el suplico del escrito que se estime el recurso y se revoque la resolución recurrida, ratificando la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia para acordar la práctica anticipada de la prueba, la validez de todo lo actuado, con revocación de su condena al pago de las costas, y con condena a la adversa de las de esta alzada si se opusiere.

Agromond Pte Ltd. se opone al recurso: solicita la desestimación del mismo, con imposición de costas a la recurrente.

SEGUNDO.- La fundamentación jurídica del auto de instancia.

Se aceptan y comparten los fundamentos de derecho del auto del Juzgado, con la conclusión a la que llega la magistrada de instancia de que estando la cuestión litigiosa [relativa a la ejecución del contrato de compraventa formalizado el 15 de febrero 2017 entre las partes] sometida a **arbitraje**, es preciso para que pueda llevarse a efecto la prueba anticipada por un tribunal español que previamente así se lo solicite el órgano de **arbitraje**, lo que implica que no habiendo mediado dicha solicitud el Juzgado de instancia carecía de jurisdicción para acordar y practicar la prueba anticipada solicitada. Fundamentación jurídica que complementamos con la que indicamos a continuación.

TERCERO.- La buena fe procesal. El fraude a la ley procesal.

A) Normativa aplicable.

El art. 11.2 de la LOPJ en cuanto establece que los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

El art. 247, apartados 1 y 2, de la LEC en cuanto establece (1) que los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de buena fe, y (2) que los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

Artículo 293 de la LEC . Casos y causas de anticipación de la prueba. Competencia.

1. Previamente a la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo, o cualquiera de las partes durante el curso del mismo, podrá solicitar del tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto.

2. La petición de actuaciones anticipadas de prueba, que se formule antes de la iniciación del proceso, se dirigirá al tribunal que se considere competente para el asunto principal. Este tribunal vigilará de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial que se fundase en normas imperativas, sin que sea admisible la declinatoria.

Preceptos de la Ley española 60/2003, de **arbitraje** (aplicable en defecto de lo que establezca el derecho inglés, que desconocemos):

Artículo 7. Intervención judicial.

En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga.



Artículo 8.2. Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del **arbitraje**.

2. Para la asistencia judicial en la práctica de pruebas será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del **arbitraje** o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia.

Artículo 33. Asistencia judicial para la práctica de pruebas.

1. Los árbitros o cualquiera de las partes con su aprobación podrán solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba. Esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros.

2. Si así se le solicitare, el Tribunal practicará la prueba bajo su exclusiva dirección. En otro caso, el Tribunal se limitará a acordar las medidas pertinentes. En ambos supuestos el Secretario judicial entregará al solicitante testimonio de las actuaciones.

B) Datos relevantes que constan en las actuaciones.

En el contrato de compraventa de 15 de febrero de 2017 (adjuntado por Biodiesel Aragón al escrito de solicitud de la prueba anticipada, en su versión original en lengua inglesa y en la misma versión, pero con 'subtítulos' en castellano) consta al final, justo encima de las firmas de los contratantes " *Law: English law, London arbitration*", cláusula que está traducida al castellano de la siguiente forma: " *Ley: Ley inglesa, **arbitraje** de Londres*".

Sin embargo, en el escrito de Biodiesel Aragón de solicitud de la práctica de la prueba anticipada, la solicitante calló la existencia de dicha cláusula mediante la cual las partes contratantes se habían sometido a la ley inglesa y a un **arbitraje** de (o en) Londres.

Es más, la solicitante no sólo silenció ante el Juzgado la existencia de la cláusula contractual, sino que en la fundamentación jurídica de su escrito, en el apartado " *I.- Competencia del Tribunal - Art 293 LECc*", indicó lo siguiente:

La petición de actuaciones anticipadas de prueba se formule[a] antes del a iniciación del proceso y se dirige al tribunal que se considera competente para el asunto principal, por estar la mercancía en su partido judicial y no contener el contrato una cláusula jurisdiccional válida en sentido contrario.

(Hemos destacado en negrita los particulares más relevantes del párrafo).

C) Conclusión a la que llega la Sala.

Entendemos que en el escrito de solicitud de la prueba anticipada, Biodiesel Aragón ocultó al Juzgado de la cláusula contractual de sumisión al derecho inglés y de **arbitraje** londinense, con lo que actuó con mala fe procesal, infringiendo la buena fe procesal que ha de presidir la actuación de los operadores jurídicos ante los tribunales, como un estándar objetivo de conducta ética, leal y honrada hacia el tribunal y la otra parte, y al mismo tiempo cometió un fraude de ley procesal al indicar como norma procesal aplicable sin ningún condicionante legal el art. 293 de la LEC cuando hubiera debido presentar su solicitud de prueba anticipada al amparo del derecho inglés, incluida su normativa de **arbitraje**, o en su caso la Ley española 60/2003. Con la consecuencia procesal de que ambos defectos, la mala fe y el fraude de ley procesal, fueron determinantes para que en un primer momento el Juzgado se estimara competente y acordara la práctica de la prueba.

La consecuencia de ello ha de ser, conforme al primer inciso del art. 247.2 de la LEC, el rechazo de la petición de la prueba anticipada mediante la desestimación sin más consideraciones del recurso de apelación. Lo que convierte en superfluo el examen de los motivos del mismo.

En conclusión, pues, desestimamos el recurso.

CUARTO.- Las costas de esta alzada.

Habida cuenta la desestimación del recurso, de conformidad al art. 398 de la LEC imponemos las costas de segunda instancia a Biodiesel Aragón.

PARTE DISPOSITIVA

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por BIODIESEL ARAGÓN, SL, contra el auto dictado el 27 de abril de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia nº 42 de Barcelona e imponemos las costas de segunda instancia a la apelante.

Dese al depósito constituido para recurrir el destino legal pertinente.



Esta resolución es firme ya que contra la misma no cabe recurso alguno, sin perjuicio del amparo constitucional. Una vez se haya notificado, los autos se devolverán al juzgado de instancia, con testimonio de la misma, para su cumplimiento.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ