



Roj: **SAP C 2927/2016 - ECLI:ES:APC:2016:2927**

Id Cendoj: **15078370062016100569**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santiago de Compostela**

Sección: **6**

Fecha: **10/11/2016**

Nº de Recurso: **192/2016**

Nº de Resolución: **324/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANGEL MANUEL PANTIN REIGADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 (DESPL)**

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00324/2016**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA**

**SECCIÓN SEXTA**

**SANTIAGO DE COMPOSTELA**

**Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 192/2016**

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ANGEL PANTIN REIGADA -PRESIDENTE-

D. ALEJANDRO MORAN LLORDEN

D. JORGE CID CARBALLO

**SENTENCIA**

**NÚM. 324/16**

En SANTIAGO DE COMPOSTELA, a diez de noviembre de dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 214/2015, procedentes del XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.2 de RIBEIRA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 192/2016, en los que aparece como parte apelante, **C&C SARKL**, representada por el Procurador de los tribunales, Sr. RICARDO GARCIA-PICCOLI ATANES, asistida por el Abogado D. ALFONSO ALVAREZ GANDARA, y como parte apelada, **ACTEMSA SA**, representada por el Procurador de los tribunales, Sra. ELENA RAMOS PICALLO, asistida por el Abogado D. MANUEL RODRIGUEZ RODRIGUEZ; siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. **D. ANGEL PANTIN REIGADA**, quien expresa el parecer de la Sala en los siguientes Antecedentes de Hecho, Fundamentos de Derecho y Fallo.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - Seguido el juicio por sus trámites legales ante el XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.2 de RIBEIRA, por el mismo se dictó sentencia con fecha 1/3/16, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

"Que, debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora D. Elena Ramos Picallo, en nombre y representación de la entidad ACTEMSA SA, contra La entidad C&C S.A.R.L., en rebeldía procesal, y en consecuencia debo condenar y condeno a la citada demandada a que abone a la parte actora la cantidad de 34.960,089 euros, que se incrementará en los intereses prevenidos en el art. 1101 y siguientes del Código Civil desde la interposición de la demanda, 27 de mayo de 2015 hasta la fecha de la presente resolución, a



partir de la cual generarán los intereses del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hasta el completo pago; todo ello con expresa imposición de las costas de este procedimiento a la parte demandada."

**SEGUNDO** .- Notificada dicha resolución a las partes, por C&C SARL se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales del juicio a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, y señalándose para la deliberación, votación y fallo, el pasado día catorce de septiembre de dos mil dieciséis, en que ha tenido lugar lo acordado.

**TERCERO** .- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los de la sentencia apelada

**PRIMERO** - A- Plantea la parte vendedora demandada, con domicilio social en Francia, la falta de competencia internacional del Juzgado de Ribeira al ser aplicable el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que determinaría la aplicación del criterio general en materia de competencia contenido en los arts. 4 y 5 según los cuáles las personas domiciliadas en un Estado miembro solo podrán ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de las normas establecidas específicamente en el Reglamento.

Debe indicarse que en el recurso se hace una somera alusión a supuestos defectos del emplazamiento, pero tal alegación no va acompañada de peticiones anulatorias que se funden en los mismos por lo que no se pide, en definitiva, una respuesta judicial a aquéllos.

Desde una perspectiva procesal ha de destacarse que la impugnación de la competencia se ha alegado por la parte demandada en el recurso de apelación, después de haberse tramitado la primera instancia en rebeldía, sin que por lo tanto se formulara la declinatoria prevista en el art. 39 LEC para denunciar la falta de competencia internacional; y que en el recurso de apelación se han formulado también alegaciones relativas al fondo del asunto.

B- Esta actuación de la parte demandada no puede impedir el examen de la competencia en esta segunda instancia. Ello no se ha de fundamentar propiamente en el deber de oficio de apreciar la competencia internacional que establece la normativa procesal española ( art. 38 LEC ), sino en el principio de primacía de la normativa de la Unión Europea y en el carácter de norma obligatoria y directamente aplicable del Reglamento.

En el mismo se contienen normas específicas relativas a la apreciación judicial de los criterios sobre competencia que en él se establecen (Sección 8, "comprobación de la competencia judicial y de la admisibilidad"), de forma que (art. 27) en caso de competencias exclusivas correspondientes a otro Estado miembro -no aplicables al caso- se impone un deber de declaración de oficio de incompetencia; y que igualmente lo establece "si su competencia no se fundamenta en lo dispuesto en el presente Reglamento" cuando una persona domiciliada en un Estado miembro sea demandada ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro y no comparezca (art. 28.1). Es decir, que en el supuesto de fueros no imperativos -como es el caso- la incomparecencia ha de determinar la declaración de oficio de la falta de competencia si se aprecia que las disposiciones del Reglamento no fundamentan la propia competencia, lo que determina, en virtud del principio de primacía, que en este supuesto no pueda ser aplicable la sumisión tácita, atributiva de la competencia, que el art. 56.2 LEC establece en el supuesto -como es el caso- de personamiento del demandado posterior a la preclusión del planteamiento de la declinatoria.

En el caso, el Juzgado de Ribeira prosiguió la tramitación del proceso y, por tanto, no consideró que fuera incompetente (por estimarlo así o por no proceder a su examen de oficio) y esta asunción de competencia puede ser cuestionada en sede de apelación por la parte demandada, a la cual el Reglamento -a diferencia de la normativa procesal española- no impone deber alguno de comparecer en la primera instancia ante el órgano incompetente para cuestionar la competencia del mismo, bastando la rebeldía para que este deber de control judicial sobre la propia competencia en asuntos sometidos al Reglamento se active, de modo que es posible en apelación cuestionar tal competencia en cuanto la misma es el presupuesto de la resolución dictada sobre el fondo y su ausencia determina la necesaria anulación de la sentencia.

C- Por otra parte, el hecho de que en el recurso de apelación se formulen peticiones, subsidiarias de la nulidad, relativas al fondo del asunto o a las costas, no pueden llevar a estimar que, con arreglo a la normativa procesal nacional ( art. 56.2 LEC ), se ha producido una sumisión tácita al no ceñirse la comparecencia al cuestionamiento de la competencia.



La disposición del Reglamento (art. 26) relativa a la sumisión (prórroga, en su dicción) tácita expresa que "será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia (...)". Existe jurisprudencia comunitaria consolidada (sentencias del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 1981, 22 de octubre de 1981, 31 de marzo de 1982) que interpretando el artículo 18 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, establece que "debe interpretarse en el sentido de que permite al demandado no sólo impugnar la competencia, sino también formular al mismo tiempo, con carácter subsidiario, alegaciones de defensa sobre el fondo, sin perder por ello el derecho a proponer la excepción de incompetencia", habiendo establecido también la jurisprudencia europea (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 junio 2013) la condición de dicha disposición de "sustancialmente idéntica" al art. 24 del Reglamento nº 44/2001 -y, por tanto, al art. 26 del Reglamento 1215/12 - que hace extensible al Reglamento la referida interpretación.

**SEGUNDO** - A- El artículo 7 del Reglamento establece que "una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro:

1) a) en materia contractual, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda;

b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será:

- cuando se trate de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías (...)

c) cuando la letra b) no sea aplicable, se aplicará la letra a)"

El contrato, respecto del cual se aporta la factura (folio 7), establece como condiciones "CFR Vigo (Spain)", constando que la mercancía fue cargada en un barco en Ghana y trasladada a Vigo, donde la autoridad española no autorizó su importación.

No se discute por las partes que, como se deriva de la definición normativa que el apartado b) del artículo establece como lugar de cumplimiento de la obligación, es el lugar de entrega de la mercancía el criterio que permitiría la eventual existencia de un fuero electivo para el demandante. La parte apelante postula que el incoterm CFR (cost and freight, coste y flete) integrado en el contenido contractual determina, conforme a su significado propio, que la entrega se ha de reputar producida en el puerto de origen, en Ghana, donde el riesgo se transfiere al comprador en el momento que la mercancía se encuentra cargada en el buque. La parte demandante, a su vez, postula que la entrega real se debería haber producido en España, al ser Vigo el puerto de destino de la mercancía adquirida como consta en la misma cláusula.

B- La aplicación del Reglamento determina que deban aceptarse las tesis de la parte demandada.

Ha de atenderse a la doctrina que la recurrente invoca, establecida en la STJUE 9-6-2011 (Electrosteel/Edil Centro), que para el Reglamento 44/2001 -no variado al efecto en el actualmente vigente- y en un supuesto de venta por correspondencia pero con una razón decisoria plenamente aplicable al caso presente, decide que "el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías habrá de determinarse basándose en lo que disponga el propio contrato"; que "a fin de comprobar si el lugar de entrega está determinado «según el contrato», el órgano jurisdiccional nacional que conozca del asunto debe tener en cuenta todos los términos y todas las cláusulas pertinentes de dicho contrato que designen de manera clara dicho lugar, incluidos los términos y cláusulas generalmente reconocidos y consagrados por los usos mercantiles internacionales, como los **Incoterms** («international commercial terms») elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, en su versión publicada en 2000" (en el caso estarían vigentes la versión de 2010, pero ello en nada afecta al criterio aplicable); y que "si resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de entrega, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud de la cual el comprador adquirió o hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa".

Se sientan pues como criterios para determinar el lugar de entrega, primero, situar como objeto de examen el propio contrato, sin acudir a la ley nacional aplicable como se había estimado en otra época anterior (STJCE 6 de octubre de 1976 ó 15 de enero de 1987); tener en cuenta a tal efecto las cláusulas integrantes del contrato consistentes en usos mercantiles (**Incoterms** entre ellos) que puedan designar tal lugar; y, en caso de imposibilidad de establecer tal lugar, acudir al destino final de la mercancía como lugar en que se produce efectivamente la entrega al comprador, criterio éste que fue el establecido en la STJUE 25 de febrero de 2010, sentencia "Car Trim", expresamente invocada como fuente en la STJUE 9-6-2011, que también para un supuesto de venta por correspondencia y también "si resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de entrega, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato", considera como más adecuada la hipótesis de entender

como lugar de entrega el de la entrega material de la mercancía al comprador, que la entrega de la mercancía al primer transportista para su transmisión al comprador.

Es decir, que el criterio principal es el de acudir al contenido contractual, incluidos los **incoterms** a los que las partes se hayan sometido, y el subsidiario en caso de imposibilidad de fijación del lugar de entrega con tal base, el de entrega material de la mercancía al comprador.

C- Como señala la sentencia núm. 282/2014 de 24 julio Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) <<las reglas **Incoterms** (acrónimo del inglés "international commercial terms", o "términos internacionales de comercio") son fórmulas que tienen por objeto concretar las condiciones de entrega de las mercancías entre la parte compradora y la parte vendedora en los contratos de compraventa internacional. Mediante estos criterios, que son de aceptación voluntaria entre las partes y que se usan en la práctica habitual del transporte internacional de mercancías para concretar los costes de las operaciones comerciales internacionales, se distribuyen los gastos y se delimitan las responsabilidades y los riesgos de la operación entre el comprador y el vendedor.

Así pues, los **Incoterms** regulan los cuatro aspectos básicos del contrato de compraventa internacional: la entrega de mercancías, la transmisión de riesgos, la distribución de gastos y los trámites de documentos aduaneros>>.

En el caso presente -al igual que se entiende en la STJUE 9/6/11 respecto del Incoterm «Ex Works»- el Incoterm CFR, en la versión 2010, tiene como uno de sus contenidos el delimitar la entrega, que se entiende realizada por el vendedor poniendo la mercancía a bordo del buque, mientras que respecto del comprador la recepción en el lugar de destino se realiza del porteador, no del vendedor, cuya responsabilidad por los riesgos concluye cuando la mercancía está en el puerto de salida a bordo del buque.

En consecuencia, el lugar de entrega según el contenido contractual no es el puerto de destino, ni el establecimiento del comprador, sino el puerto de origen, que al no pertenecer a ningún país miembro hace que no exista un fuero alternativo al general del domicilio del demandado.

D- En todo caso, también asiste la razón a la parte apelante en cuanto, aún de admitirse el planteamiento de la parte demandante y deber atenderse al lugar de destino de la mercancía, éste -según el contrato- sería el puerto de Vigo, que no pertenece al partido judicial ante el cual se planteó la demanda -el del domicilio del demandante-. Establece la norma, con nitidez, que el fuero electivo se sitúa en el órgano jurisdiccional del lugar del Estado miembro donde se produce la entrega, no en el órgano jurisdiccional que determine la legislación del Estado miembro donde se produce la entrega, lo que es coherente con que estas competencias especiales se establezcan "en algunos casos muy concretos en los que el objeto del litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de conexión" (15) y "a causa de la estrecha conexión existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia. La existencia de una estrecha conexión debe garantizar la seguridad jurídica y evitar la posibilidad de que una persona sea demandada ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no hubiera podido prever razonablemente" (16).

Se establece pues una excepción a la regla general de competencia por razón de la conexión entre el órgano jurisdiccional y el objeto del litigio, la cual está ausente en el caso respecto de los Juzgados de Ribeira cuando la relación de compraventa, al menos en cuanto al aspecto que la norma considera determinante de la entrega de las mercancías, se habría debido de agotar en Vigo, sin que exista previsión contractual de que tal entrega debiera extenderse hasta el establecimiento o sede de la empresa demandante. No estamos ante un supuesto de competencia territorial interna española -en el cual sí que sería apreciable la preclusión derivada de la actitud pasiva de la parte demandada en la primera instancia-, sino de aplicación del Reglamento que con claridad establece, como hemos expresado anteriormente, en el art. 28.1 cuando una persona domiciliada en un Estado miembro sea demandada ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro y no comparezca -es decir, para un caso de competencia internacional como el presente- el deber judicial de examinar su propia competencia, la de ese órgano concreto, no la del Estado al que pertenece. Como señala el Auto de la AP La Rioja núm. 79/2011 de 14 julio <<obsérvese que la literalidad del art. 5.1 .b) no permite en absoluto interponer la demanda ante cualquier partido judicial del Estado miembro en el que hubieren sido o debieren ser entregadas las mercancías, sino que exige que, dentro de ese estado miembro donde se entregaron las mercancías, la demanda se interponga precisamente en el concreto "lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías">>.

Por ello, y también desde esta perspectiva, que prima frente a la regla interna del art. 50.2 LEC, el Juzgado de Ribeira carecería de competencia internacional para la tramitación del proceso.

**TERCERO** .- La revocación de la sentencia de instancia y las propias alegaciones de la parte apelante sobre lo técnico de la cuestión debatida determinan que no se haga imposición de las costas.



Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con el artículo 117 de la Constitución , en nombre de S.M. el Rey, por la autoridad conferida por el Pueblo español,

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de C&C S.A.R.L., se revoca la sentencia de 1/3/16 del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Ribeira dictada en el juicio ordinario nº 214/15, de manera que definitivamente se declara la falta de competencia de los Juzgados de Ribeira para conocer de la demanda planteada, sin hacerse imposición de las costas de ninguna de las dos instancias.

Notifíquese esta resolución, en legal forma, a las partes haciéndoles saber, conforme preceptúa el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que contra ella cabe recurso de casación por interés casacional que deberá ser interpuesto ante esta Sección en el plazo de 20 días desde la notificación de la sentencia.

Dentro del plazo legal, devuélvanse las actuaciones originales con testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra resolución de la que se pondrá certificación literal en el Rollo de Sala de su razón, incluyéndose el original en el Libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

**PUBLICACION.-** Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Letrado de la Administración de Justicia certifico.