



Roj: **AAP V 1811/2017 - ECLI:ES:APV:2017:1811A**

Id Cendoj: **46250370092017200668**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **9**

Fecha: **15/05/2017**

Nº de Recurso: **370/2017**

Nº de Resolución: **615/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PURIFICACION MARTORELL ZULUETA**

Tipo de Resolución: **Auto**

ROLLO NÚM. 000370/2017

VTE

AUTO Nº.: 615/17

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

D. GONZALO CARUANA FONT DE MORA

Dª. PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

D. LUIS SELLER ROCA DE TOGORES

En Valencia a quince de mayo de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA**, el presente rollo de apelación número 000370/2017, dimanante de los autos de , promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a METALTRAVELS SL, y de otra, como apelados a TIBA INTERNACIONAL S.A., en virtud del recurso de apelación interpuesto por METALTRAVELS SL.

HECHOS

PRIMERO .- El auto apelado pronunciado por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE VALENCIA, en fecha 9/12/16 , contiene la siguiente Parte dispositiva:" *Se declara la falta de jurisdicción de este tribunal para conocer del asunto reseñado en los antecedentes de esta resolución, por corresponder su conocimiento a los tribunales de Hong Kong, con imposición de las costas del presente incidente de la declinatoria a la parte actora.* "

SEGUNDO .- Que contra el mismo se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por METALTRAVELS SL, dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO .- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la representación de Metaltravels SL se deduce recurso de apelación contra el Auto del Juzgado Mercantil 1 de Valencia de 9 de diciembre de 2016 , por el que se estima la declinatoria promovida por Tiba Internacional SA por razón de la cláusula de sumisión jurisdiccional a los Tribunales de Hong Kong inserta en el conocimiento de embarque que documenta el transporte de mercancías origen del litigio.

La recurrente - folios 288 y siguientes- expone los siguientes motivos de apelación:



1.- Vulneración de la Legislación vigente y en particular los artículos 11 y 22.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 54.2 y 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . La entidad apelante, con sustento en la Sentencia de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 15 de abril de 1998 , considera que es competente el Juzgado de lo Mercantil de Valencia para conocer de la demanda presentada porque la obligación ha nacido en España, la demandada ha sido demandada en el lugar donde tiene su domicilio y su actuación es contraria a la buena fe, pues no se reputa lógico que un asunto entre dos empresas nacionales deba dirimirse en Hong Kong, cuando no existe ningún punto de conexión y la cláusula que se invoca es nula de acuerdo con el artículo 54.2 de la LEC .

2.- Incorrecta valoración de la prueba en cuanto a la aplicación a su representada de la cláusula de sumisión jurisdiccional pues no asume el contenido de las condiciones generales del conocimiento de embarque en la medida en que no se ha subrogado en el mismo. Argumenta que ostenta la cualidad de destinatario de la mercancía y niega haber asumido las cláusulas del reverso.

2.- Incorrecta aplicación del Derecho e incumplimiento del artículo 25 del Reglamento 1215/2012 porque se trata de la primera operación comercial entre las partes, operación que ha resultado catastrófica para su representada. Considera que no es aplicable la cláusula de sumisión jurisdiccional a tenor de lo establecido en el artículo 468 de la Ley de Navegación Marítima , porque: a) se encuentra incluida en un contrato auxiliar de la navegación y b) no ha sido negociado individual y separadamente. Y añade que no ha sido firmada por su representada.

Y termina por suplicar la revocación de la resolución apelada y la desestimación de la declinatoria con expresa condena en costas de la primera instancia y de la apelación, con devolución del depósito formalizado para el recurso.

La representación de Tiba Internacional SA se opone por las razones que constan en el escrito unido al folio 297 y sucesivos de las actuaciones, en el que tras exponer su discrepancia respecto a las alegaciones adversas, termina por solicitar la desestimación del recurso de apelación con imposición de costas a la parte apelante.

SEGUNDO.- Antecedentes fácticos relevantes.

Delimitado el objeto de la apelación, este Tribunal ha revisado la totalidad de las actuaciones conforme a lo establecido en el artículo 456.1 de la LEC .

La actora reclama a Tiba Internacional SA el importe de la mercancía abonada al vendedor por un total de 251.449 euros por " *incumplir el transitario su deber in vigilando* " al no haberse recibido la mercancía adquirida, con la consecuente pérdida por su representada de las cantidades entregadas, invocando la aplicación al caso de las Reglas de la Haya Visby y la competencia del Juzgado de lo Mercantil por tratarse de una pretensión promovida al amparo de la normativa de transporte. Y subsidiariamente ejercita la acción " *de incumplimiento extracontractual* " invocando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de marzo de 2007 .

Para resolver la controversia (como ya hemos indicado en otras ocasiones en que se ha invocado la sumisión a la jurisdicción de otro estado en el marco de las relaciones derivadas del transporte marítimo de mercancías) es absolutamente imprescindible hacer una descripción de los antecedentes fácticos concurrentes, y así dar puntual respuesta a las partes de acuerdo con lo ordenado en los artículos 218 y 465.5 de la LEC .

De lo actuado en el proceso y de la documental incorporada al mismo se desprende que:

2.1. La entidad demandante, en fecha 6 de marzo de 2014, adquirió a la entidad YANTAI SENSSHENG INTERNATIONAL TRADING CO LTD chatarra de cobre milberry, que había de ser transportada a Valencia desde el puerto de XINGANG, al igual que otros dos contenedores del mismo material verificada sucesivamente 15 y 30 días después de la primera operación. Se acompaña a la demanda fotocopia de las facturas emitidas en fechas 10 y 24 de marzo y 8 de abril de 2014, a los folios 45 a 47 de las actuaciones.

2.2. Para la realización de tales transportes y según se indica en la demanda, la actora contactó con TIBA INTERNACIONAL S.A, quien cursó la oferta que consta acreditada por fotocopia al folio 48 de las actuaciones, comprensiva de los siguientes servicios: contenedor completo y flete marítimo. Ninguna referencia a información adicional en orden a las condiciones generales de contratación más allá de las definiciones de "recargos" para las que remite a la otra parte a la consulta de la página web.

Con el escrito de demanda no se aporta el título de transporte, sino que es la entidad demandada quien, al plantear la declinatoria, aporta al proceso fotocopias de los conocimientos de embarque correspondientes a los contenedores descritos en la demanda.

A destacar de tales documentos que en ellos constan los siguientes datos relevantes:



2.2.1. Su emisión por WORLDWIDE CONTAINER LINE LTD, siendo el puerto de origen Xinxang y el de destino Valencia.

2.2.2. El cargador (shipper) es la mercantil vendedora YANTAI SENSSHENG INTERNATIONAL TRADING CO LTD. El destinatario de la mercancía es la demandante y la transitaria la mercantil demandada, debiendo abonarse el flete y los gastos en destino. El domicilio de la transitaria que aparece en el documento es el sito en la Avenida de Alemania 1-4ª planta de Coslada (Madrid). La demandada es agente de carga y aduanas, especializada en transporte marítimo, entre otras actividades (folio 248 de las actuaciones).

2.2.3. En el anverso de los documentos reseñados (folios 222 a 227) no se hace ninguna referencia a las condiciones generales insertas en el reverso del documento, ni tampoco a su aceptación, sin mención alguna a la inclusión de pacto de sumisión jurisdiccional. Éste aparece en la última de las condiciones del reverso (21.4 Law and Jurisdiction) en letra minúscula e ilegible, como el resto de las condiciones insertas en el mismo (documento 2.4 de la contestación al folio 228 de las actuaciones).

La traducción no discutida de la cláusula 21.4 dice literalmente: " *Ley y jurisdicción: Este conocimiento de embarque y el contrato evidenciado por el mismo será interpretado de conformidad con y estará sujeto a las leyes de Hong Kong. Cualquier reclamación o disputa que pueda surgir de o en relación con este conocimiento de embarque o el contrato evidenciado por él deberá someterse a los Tribunales de Hong Kong y no a cualesquiera otros tribunales.* "

2.3. A la llegada de los contenedores (y en concreto los días 6, 8 y 19 de mayo de 2014) previa comprobación de la alteración de los respectivos precintos se constató que en ninguno de ellos viajaba la mercancía adquirida (cobre) sino ladrillo macizo o baldosas. Por la administración se procedió a la destrucción en fecha 2 de octubre de 2014 (documento 10, al folio 65 de las actuaciones y correlativos).

TERCERO.- Como hemos argumentado en diversas resoluciones recientes (entre otras en Autos de 27 de julio de 2016, dictados en los Rollos de Apelación 450/2016 y 1271/2016, 19 de setiembre, 8 y 17 de noviembre y 28 de diciembre de 2016), el examen de la eficacia de una concreta cláusula de sumisión jurisdiccional en el ámbito del transporte marítimo debe realizarse de forma individualizada para cada supuesto en concreto y tomando en consideración la normativa aplicable al mismo.

No siempre, ni en todo caso, la inclusión de una cláusula de prórroga de jurisdicción a Tribunales de otro estado en el conocimiento de embarque o en la carta de porte, puede tener por efecto la derogación de la jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de la controversia que se plantea ante ellos.

Esa es la razón por la que hemos descrito en el Fundamento Segundo los antecedentes relevantes para la resolución del problema sometido a nuestra decisión.

Hechas las anteriores precisiones, concluimos, en respuesta a los aspectos planteados por la partes, que:

3.1. El artículo 21.1 de la LOPJ dispone que " *Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas.* " Dicha norma se ha de poner en conexión con el artículo 36 de la ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo apartado segundo, regla segunda, se dispone que los Tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan " *cuando en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado.* "

La misma jerarquía normativa resulta del primer inciso del artículo 468 de la vigente Ley de Navegación Marítima (invocado por la demandante, que entró en vigor el 25 de septiembre de 2014), cuyo tenor literal es el siguiente:

"*Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o **arbitraje** en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente. / En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o **arbitraje** en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo.*"

3.2. No entendemos de aplicación al caso el artículo 25.1 del Reglamento 1215/2012 (vigente desde el 10 de enero de 2015) a que se refiere la Fundamentación Jurídica de la declinatoria (folio 189 de las actuaciones), ni del precedente artículo 23 del Reglamento 44/2001 (sucesor a su vez del artículo 17 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968), ni, consecuentemente, de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (y de nuestro Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales que la siguen - también nosotros -) en interpretación



de tales normas. En el caso que se somete a nuestra consideración la cláusula de sumisión jurisdiccional no lo es a los órganos de un Estado miembro de la Unión, sino a los tribunales de Hong Kong, en China.

El Tribunal Supremo ha condicionado la validez y eficacia de las cláusulas atributivas de jurisdicción (a favor de tribunales no pertenecientes a la UE) al requisito de la aceptación expresa en la Sentencia de 31 de mayo de 2012 (ROJ: STS 4025/2012 - ECLI:ES:TS :2012:4025). Dicha resolución confirmó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 24 de abril que negó la existencia del pacto de sumisión a los Tribunales de Yeda (en Arabia Saudí) por no constar la aceptación de la cargadora. Decía el Tribunal Supremo que:

"En todo caso, el artículo 22, regla segunda, de la Ley 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con el artículo 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es interpretado por la Jurisprudencia, en reconocimiento de la libertad de pacto - dentro de los límites señalados a la potencialidad normativa creadora de las partes -, en el sentido de que también permite la sumisión expresa a favor de la jurisdicción de los Tribunales de otros Estados, aunque no sean miembros de la Unión Europea - sentencias de 19 de noviembre de 1990, 942/1993, de 13 de octubre, 1040/1993, de 10 de noviembre, y 687/2010, de 15 de noviembre -.

De otro lado, no hay constancia de que la cláusula de sumisión haya superado límite alguno impuesto a la autonomía de la voluntad de los contratantes en esta materia, por lo que la conclusión se muestra evidente: de haberla realmente convenido las partes, habría que reconocer, en principio, eficacia a la prórroga de competencia a favor de los Tribunales de Arabia Saudí para la decisión del conflicto derivado de la ejecución del contrato de transporte marítimo a que se refieren los escritos de alegaciones y las sentencias de ambas instancias - con efectos extensivos a la aseguradora demandante, en cuanto subrogada en la posición de la cargadora: sentencia 942/1993, de 13 de octubre -.

No obstante, no hay que olvidar que el Tribunal de apelación ha negado que ese pacto de sumisión hubiera realmente existido, por no constar la aceptación de la cargadora. Y, tampoco, que tal negación se asienta en un soporte puramente fáctico, en directa conexión con la valoración de la prueba sobre la realidad del consentimiento de las contratantes - como ha declarado la Jurisprudencia, con carácter general, en relación con los contratos y sus cláusulas: sentencias 1010/1998, de 6 de noviembre, 1011/1998, de 6 de noviembre, y 1012/1998, de 7 de noviembre -."

3.3. El artículo 468 de la Ley de Navegación Marítima, en conexión con el artículo 469 del mismo cuerpo legal (relativo a los criterios de atribución de la competencia, aplicable cuando no se haya introducido válidamente una cláusula de jurisdicción) se ubica en el título IX de la Ley de Navegación Marítima, relativo a las especialidades procesales. La precisión no es baladí a los efectos de su aplicación al caso, pues aún cuando los hechos que dan origen a la reclamación corresponden a un transporte realizado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y de sus aspectos sustantivos, la demanda se presenta el 23 de junio de 2016, de manera que a los efectos procesales de atribución de competencia se ha de estar a la norma vigente a la fecha de presentación de la demanda.

3.4. Dicho cuanto antecede, no mediando cláusula sumisoria a Tribunales de un Estado de la Unión Europea, ni estando atribuida exclusivamente la competencia a los Juzgados de Hong Kong en virtud de convenio internacional aplicable, procede la aplicación al caso de las normas nacionales citadas en el apartado anterior que nos conducen a la revocación de la resolución apelada y desestimación de la declinatoria por las razones apuntadas y por las que seguidamente expondremos:

a) Sin entrar en el debate de la doble condición que la demandada atribuye a la actora (para desvirtuar su cualidad de destinatario de la mercancía según el conocimiento de embarque), lo cierto es que la cláusula de sumisión jurisdiccional se identifica al caso como una condición general de la contratación de la que no consta una negociación individual, ni siquiera la existencia de información alguna acerca de su contenido. Nada resulta del documento aportado con la demanda constitutivo de la oferta y condiciones, y ninguna prevención en torno a la inclusión en el conocimiento de embarque de una cláusula de jurisdicción a los tribunales de Hong Kong.

Aún siendo la práctica habitual la inclusión de cláusulas sumisorias en los conocimientos de embarque y cartas de porte (uso en el sector), cabe la posibilidad de valorar la mayor o menor conveniencia de contratar con una u otra naviera en función del lugar al que ésta impone el sometimiento, ya sea por razones de proximidad, de coste económico, de idioma o de confianza en el principio de seguridad jurídica. La cuestión no es baladí. No cabe duda de la incidencia que ello tiene respecto a las consecuencias de un eventual incumplimiento y necesidad de ejercicio de acciones por quien se ve compelido a iniciar un procedimiento judicial en defensa de sus derechos, justificando no tanto la negociación sobre la inclusión de una cláusula sumisoria conforme al uso en el sector, sino de qué concreta cláusula determinante de una u otra diversa jurisdicción.



No aceptamos los argumentos esgrimidos por la demandada relativos a la conveniencia para la actora de acudir a litigar concretamente a Hong Kong por el hecho de ser un importante centro de negocios y jurídico de Asia o la razonabilidad de tal fuero por la propia presencia de la demandada en China, o la pretendida "accesibilidad" a tales tribunales por razón de que la demandante viajara a dicho país en febrero de 2014 para mantener relaciones comerciales, o finalmente por ser de aplicación el mismo régimen normativo a la solución del fondo de la controversia (Reglas de la Haya-Visby).

No desconoce esta sala las resoluciones de las Audiencias Provinciales que no condicionan la validez y eficacia de la cláusula atributiva de competencia a su aceptación expresa por la aceptación global por el cargador del documento regulador del transporte, con utilización de criterios análogos a los aplicados en caso de sumisión a tribunales pertenecientes a estados de la Unión. Entre ellas, cabe la cita de los Autos de la Sección 15 de la Audiencia de Barcelona 19 de octubre de 2015 - Tokio -, de 27 de julio de 2009 - Seúl -, o de 17 de febrero de 2011 - Singapur -. Sin embargo, como es de ver por sus fechas, tales resoluciones son anteriores a la solución implantada por el artículo 468 de la Ley de Navegación Marítima en materia de jurisdicción y competencia, lo que obliga al replanteamiento de la cuestión (como se aprecia, por otra parte y desde otra perspectiva, en el reciente Auto de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de diciembre de 2016 , en interpretación de los artículos 468 y 251 de la LNM).

b) En este nuevo contexto, no siendo de aplicación el Reglamento 1215/2012, se ha de estar al régimen legal que resulta de los artículos 468 y 469 de la Ley de Navegación marítima y valorar de forma rigurosa la cláusula de sumisión a efectos de la determinación de su validez.

Y en este caso, amén de cuanto se ha expuesto en relación con el documento de oferta remitida por Tiba Internacional a la demandante, el examen de la cláusula inserta en el reverso del conocimiento de embarque no supera - conforme a la normativa nacional - los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 b) de la Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación . Ninguna firma o sello aparece en el anverso de las copias a los folios 222 a 224, 226 y 227, ni tampoco en el reverso de la fotocopia al folio 228 (cuya concentración de texto y tamaño de letra lo hace prácticamente ilegible). El único sello que aparece en el anverso de la fotocopia al folio 225 es el de la demandada con el siguiente pie: "Habilitada esta copia como original a efectos de despacho de aduana". No podemos tener por probada una negociación individual y separada que permita declinar la jurisdicción a favor de los tribunales de Hong Kong.

Procede por ello, la revocación de la resolución apelada.

CUARTO. - Sobre el pronunciamiento sobre costas.

La estimación del recurso implica la desestimación de la declinatoria y la imposición de las costas derivadas de la misma a la parte que la promovió.

En lo que concierne al recurso de apelación, su estimación conlleva respecto de las costas de la alzada que cada una de las partes soporte las causadas a su instancia y las comunes por mitad por aplicación de lo establecido en el artículo 398 de la LEC , al no poder acoger, en este punto, lo argumentado por la recurrente.

Conviene recordar que este Tribunal ha venido manteniendo en interpretación del artículo 398.2 de la LEC que no puede pretenderse con fortuna por quien recurre que se impongan a la parte apelada las costas de la alzada, dado que el precepto establece expresamente que en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Siendo dicha parte la única parte que ha dado lugar y ocasionado con su impugnación la realización de actuaciones procesales en la segunda instancia (que no han sido provocadas por quien no apeló), ello determina que no sea éste, sino aquel, quien haya de correr con el riesgo de la imposición de las costas de la apelación si su apelación es desestimada, mientras que el triunfo de su recurso sólo podrá dar lugar a que no se haga expresa condena por tal concepto, pero no a que se impongan a la parte que sólo se personó en la alzada para defender la Sentencia dictada.

En consecuencia, ni siquiera la estimación del recurso de apelación puede originar la condena de la apelada al pago de las costas de la alzada pedida por la apelante.

Procede la restitución a la apelante del importe del depósito constituido para apelar a que se refiere la Disposición Adicional 15 de la LOPJ .

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación, el Reglamento UE 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 -[que sustituye al artículo 23 del Reglamento 44/2001 , sucesor a su vez del artículo 17 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968), en vigor desde el 10 de enero de 2015], el artículo 21.1 de la LOPJ , el artículo 251 de la Ley de Navegación Marítima , las resoluciones del Tribunal de Justicia Comunitario de 20 de febrero de 1997,



asunto C-106/95, MSG, y de 16 de marzo de 1999, asunto C-159/97 Castelleti y 14 diciembre 1976 [(as. 24/76, Colzani vs. Rüwa), así como los Autos de la Sección 28 de la Audiencia de Madrid de 4 de febrero de 2011 y 9 de febrero de 2015 y Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de febrero de 2011 y 21 de diciembre de 2016 .

LA SALA ACUERDA

ESTIMAR el recurso de apelación formulado por la representación de METALTRAVEL S.L contra el Auto del Juzgado de lo Mercantil 1 de Valencia de 9 de diciembre de 2016 , que revocamos.

DESESTIMAR la declinatoria promovida por la representación de TIBA INTERNACIONAL S.A en autos de juicio ordinario 706/2016 que deberá proseguir su tramitación ante el indicado Juzgado, con imposición a la expresada entidad de las costas de la primera instancia.

No hacemos pronunciamiento impositivo respecto de las costas de la apelación, debiendo soportar cada una de las partes las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Se declara la restitución a la apelante del importe del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas, contra la que no cabe recurso, y a su tiempo, con certificación literal de esta misma resolución y el oportuno oficio, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia.

Así lo acuerdan, manda y firman los Ilustrísimos Sres. Magistrados de la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia.

PUBLICACIÓN.- Que el anterior auto ha sido leído y publicado por el Ilmo. Sr. Magistrado que lo dictó, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy Fe.