



Roj: **AAP IB 121/2019 - ECLI:ES:APIB:2019:121A**

Id Cendoj: **07040370052019200005**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **27/05/2019**

Nº de Recurso: **440/2019**

Nº de Resolución: **18/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA ARANTZAZU ORTIZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5 PALMA DE MALLORCA

AUTO: 00018/2019

Modelo: N10300 PLAZA MERCAT, 12

Teléfono: 971-728892/712454 **Fax:** 971-227217

Correo electrónico: audiencia.s5.palmademallorca@justicia.mju.es

Equipo/usuario: AMT

N.I.G. 07040 47 1 2018 0002198

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000440 /2019

Juzgado de procedencia: JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de PALMA DE MALLORCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000882 /2018

Recurrente: AFG MARINE S.R.L.

Procurador: ALBERTO VALL CAVA DE LLANO

Abogado: YAMANDÚ RODRÍGUEZ CAORSI

Recurrido: BECOOL2 OWNING COMPANY LIMITED

Procurador: MARIA MAGINA BORRAS SANSALONI

Abogado: MIGUEL ANGEL SERRA GUASCH

AUTO Nº 18

Magistrados lltmos. Sres.:

PRESIDENTE:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

MAGISTRADOS:

D^a COVADONGA SOLA RUIZ

D^a M^a ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ.

En PALMA DE MALLORCA, a veintisiete de mayo de dos mil diecinueve.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 882/2018, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de PALMA DE MALLORCA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION 440/2019, en los que aparece como parte apelante, AFG MARINE S.R.L., representado por el Procurador de los tribunales, Sr. ALBERTO VALL



CAVA DE LLANO, asistido por el Abogado D. YAMANDÚ RODRÍGUEZ CAORSI, y como parte apelada, BECOOL2 OWNING COMPANY LIMITED, representado por la Procurador de los tribunales, Sra. MARIA MAGINA BORRAS SANSALONI, asistido por el Abogado D. MIGUEL ANGEL SERRA GUASCH.

Es Ponente la Iltrma. Sra. Magistrada D^a M^a ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Lo Mercantil Número 2 de Palma en fecha 7 de marzo de 2019, se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que debo declarar y declaro la falta de jurisdicción de este Juzgado para conocer de la demanda interpuesta por AFG MARINE SRL, por entender que corresponde a los Tribunales italianos el conocimiento de la reclamación. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas Procesales. Contra este auto cabe recurso de apelación".

SEGUNDO.- Que contra la anterior resolución y por la representación de la parte demandante se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 21 de mayo del corriente año, quedando el recurso concluso para resolver.

TERCERO.- Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La demanda instauradora de la presente litis trae causa de la reclamación contra, **BECOOL2 OWNING COMPANY LIMITED** , en adelante "BECOOL2", como propietaria de la embarcación denominada DIRECCION000 , bandera de Belice, de 30,91 metros, número de registro NUM000 .

La petición denuncia el incumplimiento del contrato de servicios de mantenimiento y reparación prestado por AFG MARINE S.R.L., en adelante "AFG" (empresa de servicios a buques en los ramos de reparación y mantenimiento de motores e instalaciones eléctricas).

En concreto detalla que: *"El 17 de abril de 2015 AFG fue contactada por el Sr. Jaime , manager de la embarcación DIRECCION000 , para encargarle la realización del mantenimiento de las 4,000 horas dos generadores Kohler instalados abordo.*

Con fecha 4 de mayo se remitió una propuesta de servicio, solicitando la hoy demandada una serie de cambios que resultaron en una nueva propuesta de servicio que se remitió al manager el 5 de mayo, siendo aceptada.

Con fecha 13 de junio de 2017 la demandante remitió un presupuesto revisado que fue aceptado por la dirección del barco remitiéndoles a continuación la orden de trabajo, siendo el importe total de los trabajos cotizados la cantidad de 14.276,77 Euros, IVA no incluido (17.417,66 con IVA).

Se acompaña como DOCUMENTO UNO serie de correos electrónicos en mediante los cuales el manager confirma el pedido y como DOCUMENTO DOS la orden de trabajo.

El 14 de junio la demandada ordena un pago de la cantidad de 8.708,83 Euros, correspondiente a la mitad del precio, IVA incluido, confirmando el pedido, procediendo la demandada a la ejecución del encargo.

Al encargo inicial se adhirieron otros servicios solicitados a través del Sr. Luis Enrique , enlace con el armador, servicios que fueron realizados bajo el control del jefe de máquinas, Ingeniero Jesús Ángel y el Capitán Juan Pablo .

Terminados los correspondientes trabajos la demandante remite la factura final por un importe de 12.991,13 Euros que no ha resultado pagada hasta la fecha.

La cantidad adeudada ha sido reiteradamente reclamada a la empresa deudora y al representante del yate sin que se haya obtenido el pago.

Se acompaña como DOCUMENTO TRES la factura NUM001 por un importe de 12.991,13 Euros aún pendiente de pago.

A mediados del mes del mes de julio el armador cambia de manager recayendo la responsabilidad sobre el Sr. Amadeo , de la empresa JET24. El barco abandona el puerto de Viareggio a fines de julio de 2017.

En el mes de septiembre de 2017, a instancia del Sr. Belarmino , coordinador de las obras que se hicieron en el barco en la localidad de Viareggio, el Sr. Amadeo remite un correo indicando que una serie de facturas, entre ellas la de AFG fueron remitidas a la propiedad para que se realizara el pago. Hasta la fecha siguen sin ser pagadas sin que la demandada haya manifestado si va a pagar o porque no paga.

Se acompaña como DOCUMENTO CUATRO correos del manager indicando que la factura de AFG está pendiente de pago. "

Al relato de las vicisitudes de la relación contractual añade: " Es importante poner en conocimiento del Juzgado que la embarcación DIRECCION000 ha sido embargada en Ibiza no solo por la actora, sino que también por las empresas Furlanetto International, Termomarine Impianti y el propio Sr. Belarmino , empresas que también participaron en las obras. El armador del DIRECCION000 abandono el puerto de Viareggio dejando sin ninguna excusa una deuda de 102.987,93 a diferentes industriales, escudándose en la dificultad de poder reclamar el pago de los trabajos realizados a una empresa offshore, como es BECOOL2 OWNING COMPANY LIMITED lo que demuestra una conducta que podría ser incluso objeto de reproche penal. Los acreedores de forma continua intentaron obtener el pago hasta que finalmente, a pesar del gran coste que tiene para ellos, pudieron retener el barco como garantía de pago en Ibiza.

Se acompaña como DOCUMENTO CINCO primera página de los autos decretando el arresto del DIRECCION000 ."

El juzgado admitió a trámite la demanda y emplazó a la demandada quien compareció y planteó la declinatoria por falta de jurisdicción internacional; afirmó la falta de jurisdicción de los tribunales españoles porque el objeto de la disputa era el impago de facturas en concepto de unos alegados trabajos realizados al yate en Italia. Solicitó el sobreseimiento del procedimiento.

SEGUNDO . - El auto resolviendo sobre la declinatoria motivó su razonamiento como sigue: "Por lo tanto el criterio expresado en la demanda no es el determinante para fijar la jurisdicción y competencia de este Tribunal. La clave de la solución radica en las reglas que se han citado en el anterior fundamento y en especial en el art.22 quinquies LOPJ .

En el caso de autos revisada la documentación acompañada con la demanda, se aprecia como aquello que es objeto de reclamación, son el conjunto de trabajos realizados en el barco propiedad de la demandada, que se contrataron y ejecutaron en la localidad de Viareggio (Italia). Por lo tanto, dado que la obligación objeto de la demanda ni se contrató ni se ha cumplido (según la demanda) en España, surge la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de la causa, **resultando, en su caso, los italianos.**" (el destacado es nuestro).

Contra ella se alza la parte actora porque, pese a que no discuten que los trabajos efectivamente se realizaron en Italia, entienden que la decisión apelada " elige mal" la normativa aplicable.

Argumenta que España es parte del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, 1999, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999. A su juicio, en contra de lo que indica el Juez a quo, según este tratado internacional la competencia es de los tribunales españoles.

La Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima ratifica este extremo en el artículo 470 , cuando ordena: "1. La medida cautelar de embargo preventivo de buques, tanto nacionales como extranjeros, se regulará por el **Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999** , por lo dispuesto en esta ley y, **supletoriamente** , por lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Dicha medida conllevará necesariamente la inmovilización del buque en el puerto donde se encuentre.

Sobre la competencia para conocer el fondo del asunto, el Convenio dispone: *Artículo 7. Competencia para conocer del fondo del litigio.*

1. Los tribunales del Estado en que se haya practicado un embargo o se haya prestado garantía para obtener la liberación del buque serán competentes para resolver sobre el fondo del litigio, a menos que válidamente las Partes acuerden o hayan acordado someter el litigio a un tribunal de otro Estado que se declare competente o a **arbitraje**.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, los tribunales del Estado en que se haya practicado un embargo o se haya prestado garantía para obtener la liberación del buque **podrán declinar su competencia si la ley nacional les autoriza a ello y el tribunal de otro Estado se declara competente.** (el destacado es nuestro)

Insiste en que el artículo 7.1 declara que la competencia para conocer el fondo de litigio es de los tribunales de donde se realizó el embargo, España en nuestro caso, o se prestó garantía, que también ha sido en España.

La excepción sería cuando las partes acuerden o hayan acordado someter el litigio a un tribunal de otro Estado que se declare competente o a **arbitraje**, lo que no consta en autos y apunta que la parte demandada ni siquiera lo ha alegado.

La parte demandada se opuso al recurso y solicitó la confirmación del Auto.



TERCERO . - Centrados los términos objeto del debate debemos partir del análisis realizado en el auto dictado por esta sección en el rollo 469/2019 el 13 de mayo de 2019 .

Allí resolvimos sobre la jurisdicción española ante un caso en el que la falta de jurisdicción se había apreciado de oficio: " *SEGUNDO.- Si bien compartimos con el juez a quo, que la competencia para conocer del fondo del asunto, del procedimiento principal, está determinada por la naturaleza y objeto de la pretensión ejercitada y no por los fueros específicos para conocer de la medida cautelar del embargo preventivo de buque, pues como expresamente se razona en la resolución recurrida, el artículo 471 de la Ley de Navegación Marítima establece fueros alternativos y a elección del actor, a saber, el tribunal que tenga competencia objetiva para conocer de la pretensión principal o el del puerto o lugar en que se encuentre el buque o aquel al que se espera que arribe; ello no obstante, no podemos compartir los razonamientos que le han llevado a la inadmisión ad limine litis de la demanda, apreciando de oficio su falta de jurisdicción, por lo siguiente:*

En primer lugar, porque en orden a la extensión y límites de la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles, el artículo 21.1 de la LOPJ, establece 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 lo que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas". Y precisamente al caso resulta de plena aplicación el Convenio de Ginebra que en su artículo 7.1, establece "los tribunales del Estado en que se haya practicado un embargo o se haya prestado garantía para obtener la liberación del buque serán competentes para resolver sobre el fondo del litigio, a menos que las partes acuerden o hayan acordado someter el litigio a un tribunal de otro Estado que se declare competente o a arbitraje". Y aún cuando en su apartado 2, le faculta para declinar su competencia, exige no solo que la ley nacional le autorice para ello sino también ("y") que el tribunal de otro Estado se declare competente.

En el caso, y de lo actuado hasta el momento, no se aprecia que concurren ninguna de las excepciones alegadas.

Recordar al efecto, como ya tuvimos ocasión de señalar en resolución de fecha 8 de octubre de 2015, la primacía de los convenios internacionales en lo que España es parte sobre las normas nacionales españolas, y con cita al ATS de 5 de junio de 2012 en el que se razonaba:

"Más allá de las disposiciones contenidas en las normas procesales nacionales, pues radica en la primacía que las normas supranacionales integradas en el acervo comunitario presentan respecto de las de producción interna, rasgo que en el caso de los Convenios internacionales celebrados para cumplir los objetivos comunitarios tiene un doble fundamento: de un lado, su propio carácter y procedencia (art. 93 CE), y de otro, su naturaleza convencional (art. 96 CE). Junto con esa primacía, es rasgo característico de determinadas normas comunitarias, particularmente los Reglamentos comunitarios, su aplicabilidad directa o efecto directo. Las consecuencias de los principios de primacía y del efecto directo de las normas comunitarias conducen tanto a la inaplicación de las normas internas incompatibles o contrarias a las comunitarias, como a impedir la válida formación de posteriores actos normativos incompatibles con éstas, como, en fin, a la obligación del aplicador del Derecho de garantizar el pleno efecto de esas normas supranacionales, operándose una interacción entre ordenamiento interno y comunitario que se traduce, prima facie, en la interpretación de la legalidad interna conforme al derecho comunitario".

Y en similar sentido el ATS de 14 de marzo de 2006 que indica que:

"El principio de primacía del Derecho comunitario y la aplicabilidad directa o efecto directo que se predica de los reglamentos comunitarios, así como los compromisos adquiridos por los convenios internacionales, determinan que la competencia internacional se rija por estas normas con la consiguiente inaplicación de las normas internas incompatibles o contrarias a las comunitarias, así como la interpretación de la legalidad interna conforme al Derecho comunitario. No obstante esta remisión a los convenios internacionales y a la normativa comunitaria (art. 21 LOPJ), los criterios atributivos de competencia a los juzgados y tribunales civiles españoles tienen su plena virtualidad en los casos que no estén sujetos a aquellas normas, así como en los litigios entablados con demandados que no tengan su domicilio en el territorio de algún Estado miembro, así como en los casos de sumisión a la jurisdicción española que no vulnere las reglas de competencia exclusiva o especial preferentes".

Y en segundo lugar, porque el artículo 22 bis.1 LOPJ, posibilita la competencia de los Tribunales españoles, "cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos", y añade en su apartado 3 "Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones, serán competentes los Tribunales españoles cuando comparezca ante ellos el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia".

En el caso, al haberse inadmitido a trámite la demanda, no puede advertirse si concurre o no "sumisión tácita", por lo que tampoco concurre el presupuesto previsto en el artículo 22 quinquies LOPJ, en que se fundamenta



la resolución de instancia para fundamentar su falta de jurisdicción, pues expresamente establece los fueros que regula "en defecto de sumisión expresa o tácita". (el destacado es nuestro)

En este mismo sentido el AAP Las Palmas de 29 de noviembre de 2007 :

"El art. 22.2 LOPJ posibilita la competencia civil de los Tribunales españoles, con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles. Obviamente mientras no se admita la demanda y se emplaze en forma al demandado difícilmente podrá advertirse la existencia de sumisión "tácita" de tal forma que el propio art. 36.2 de la LEC señala que los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se le sometan cuando, entre otras circunstancias, "nocomparezca el demandado emplazado en debida forma, en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes". Por ello, hasta que no sea debidamente emplaza la entidad demandada y ésta no comparezca, no podrá el Juez a quo hacer uso de la facultad de apreciación de oficio de la falta de jurisdicción internacional en cuanto cabe la posibilidad, admitida por el art. 22 LOPJ , de que una vez emplazada comparezca la demandada sin proponer en forma declinatoria produciéndose así una sumisión tácita que invertiría de competencia a los tribunales españoles". (el destacado es nuestro).

Es por ello que, en el supuesto que apreció la declinatoria de oficio, no constaba la sumisión expresa a Tribunal Judicial o Arbitral.

CUARTO . - En nuestro supuesto, la demandada invoca la falta de jurisdicción por no ser competentes los Tribunales españoles.

El art 39 LEC dispone: Apreciación de la falta de competencia internacional o de jurisdicción a instancia de parte: " El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción **por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia** (el destacado es nuestro).

La jurisdicción española que autorizó el embargo puede conocer salvo que la decline y haya sumisión expresa a otra.

Revisada la alegación de la parte demandada respecto a la declinatoria nada dice sobre cuál es la jurisdicción competente.

No reconoce la reparación (alegados trabajos) pero lo cierto es que hay una demanda admitida a trámite por una controversia sobre un contrato cuyo incumplimiento dio lugar a un crédito marítimo. La alegación de este crédito justificó el embargo acordado por el Juzgado de Palma de Mallorca.

Nada dice sobre cuál es la jurisdicción competente. De nuevo, en la oposición al recurso afirma que: "es indudable la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de la demanda de A.F.G."

No precisa cuál sería el Tribunal Judicial o Arbitral que debe conocer de la pretensión por la que estuvo arrestado este buque, y para cuya liberación consignó la cantidad de 16.888,47.-euros.

La Ley ha diferenciado nítidamente entre la jurisdicción sobre el fondo y la competente para trabar el embargo, no condicionando la segunda a la primera.

Pero para que opere esta diferente jurisdicción, el crédito marítimo por el que solicita el embargo **debe someterse** al conocimiento de una jurisdicción extranjera o de un Tribunal Arbitral (art 474 LNM); en este caso, no ha sucedido tal cosa por lo que procede revocar el Auto y desestimar la declinatoria.

QUINTO .- Como corolario de lo anterior procede recordar que según el expediente digital respecto a la Medida Cautelar, el Auto de 25 de septiembre de 2018 deja sin efecto el embargo del buque, y lo sustituye esta medida por la caución sustitutoria.

En este punto, procede recordar que la dicción del art 479 LMN obliga a fijar un plazo para que el titular del crédito acredite el inicio ante el Tribunal Judicial o Arbitral competente: " **Artículo 479. Jurisdicción sobre el fondo del litigio.**

*En aquellos casos en que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 del Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques , los tribunales españoles **no resulten competentes** para conocer sobre el fondo del asunto relativo a un buque embargado en España, **el tribunal que practicó el embargo deberá de oficio o a instancia de parte, fijar un plazo no menor de treinta días ni mayor de noventa para que el titular del crédito marítimo acredite el inicio de un procedimiento ante el tribunal judicial o arbitral competente. Si no se inicia el procedimiento dentro del plazo fijado, el juez acordará, a instancia de parte, la liberación del buque embargado o la cancelación de la garantía prestada.***



El Auto que dio origen a la discusión sobre la jurisdicción que nos ocupa en este recurso, fue dictado el 27 de agosto de 2018, remite al plazo de 20 días (hábiles) según la LEC tras la notificación del mismo, se aportó la caución exigida para acordar la inmovilización del barco etc.

La demanda se presentó el 26 de septiembre de 2018, no consta a la Sala que se haya cancelado la garantía.

SEXTO .- En consonancia con lo expuesto, procede estimar el recurso de apelación y revocar la resolución apelada, sin hacer expresa imposición sobre las costas procesales devengadas en esta alzada.

SÉPTIMO .- Asimismo y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, en su apartado 8, se acuerda la devolución de la totalidad del depósito constituido para recurrir a la parte apelante.

En atención a lo expuesto la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, acuerda:

PARTE DISPOSITIVA

Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE el recurso de Apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales DON ALBERTO VALL DE CAVA DE LLANO, en representación de A.F.G. MARINE, S.R.L., contra el Auto de fecha 7 de marzo de 2019 dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Palma , en los autos de Juicio Ordinario número 882/18, de que dimana el presente Rollo de Sala, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución, que queda sin efecto, ordenando al órgano de instancia la admisión de la demanda y la continuación del procedimiento por sus cauces legales.

No se hace expresa imposición sobre las costas procesales devengadas en esta alzada.

Procedase a la devolución del depósito constituido para recurrir a la parte apelante.

Así lo mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados arriba indicados. Doy fe.

Información sobre recursos.

Recursos.- Conforme al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 , contra las **sentencias** dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el **recurso extraordinario por infracción procesal** por el **recurso de casación**, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

Órgano competente.- es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio- la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

Plazo y forma para interponerlos.- Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal.

Aclaración y subsanación de defectos.- Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre , el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta sección quinta de la Audiencia Provincial nº 0501, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.