

# **OCW 2009**

## **MATERIALES**

**MATERIA: DERECHO INTERNACIONAL  
PRIVADO**

**PROF.<sup>a</sup> ROSA LAPIEDRA ALCAMÍ**

\* Esta entrega incluye cuestiones a resolver sobre jurisprudencia extractada reciente en materia de Derecho internacional privado. Argumentar jurídicamente todas las respuestas.

# **INDICE**

## **I.- COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL**

- I.1.- Competencia judicial internacional en materia de divorcio**
- I.2.- Competencia judicial internacional en materia de secuestro internacional de menores.**
- I.3.- Competencia judicial internacional en materia de procedimientos concursales.**
- I.4.- Declinatoria de jurisdicción**

## **II.- RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS**

- II.1.- Cuestiones de carácter general**
- II.2.- Reconocimiento y ejecución en materia de familia**
- II.3.- Reconocimiento de documentos públicos extranjeros**

## **III.- ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**

- III.1.- Cuestiones de carácter general**
- III.2.- Recurso de anulación contra el laudo.**

## **IV. DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE**

- IV.1.- Prueba del derecho extranjero**
- IV.2.- Institución desconocida**
- IV.3.- Sucesiones**

**IV.4.- Contratos internacionales**

**IV.5.- Procedimientos concursales**

**IV.6.- Transporte internacional**

**IV.7.- Propiedad Industrial**

## **JURISPRUDENCIA EXTRACTADA Y CUESTIONES A RESOLVER**

### **I.- COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL**

#### **I.1.- Competencia judicial internacional en materia de divorcio**

**I.1.A.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 2ª, 13-6-2008, nº 378/2008, rec. 131/2008. (EDJ 2008/183168)**

*Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia divorcio en virtud de una sumisión realizada por dos nacionales peruanos que residen habitualmente en España, de conformidad con los arts. 22.2 y 22.3 LOPJ. Incompetencia de la jurisdicción española para conocer de los derechos y acciones que pudieran corresponder a los abuelos para comunicarse con los nietos por tratarse de nacionales de otro Estado que residen habitualmente en otro País.*

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- (...) El art. 22.2 de la L.O.P.J EDL1985/8754 establece que, en el orden civil, los Tribunales españoles serán competentes, con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España.

El art. 36 de la L.E.Civil EDL2000/77463 define la extensión y límites del orden jurisdiccional civil estableciendo, en el número uno, que esta extensión se determinará por lo dispuesto en la L.O.P.J. EDL1985/8754 y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte añadiendo, en su apartado segundo, que los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer:

1º) De los asuntos en los que concurra inmunidad de jurisdicción o ejecución conforme a las normas de derecho internacional; 2º) De los asuntos en los que esté atribuida la competencia a la jurisdicción de otro Estado en virtud de lo dispuesto en convenio internacional; 3º) Cuando el demandado no comparezca en debida forma, en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes.

En el presente caso, no concurre ninguno de los supuestos excepcionales de los núm. 1 y 2 del art. 26 de la L.E.Civil EDL 2000/77463 ▼ ; Ambos litigantes son de nacionalidad peruana, pero tienen fijada su residencia en España, y han sometido el conocimiento de su divorcio a los Tribunales del orden jurisdiccional civil, de conformidad con lo dispuesto en el art. 22.2 y 3 de la L.O.P.J EDL 1985/8754 ▼ ., lo que determina la competencia de la juzgadora de instancia para decidir sobre las medidas a las que se refiere el art. 91 y concordantes del Código Civil EDL1889/1 , por sumisión de las partes.

Cuestión completamente distinta es que la jurisdicción de los Tribunales españoles pueda alcanzar a los derechos y acciones que, en su caso, pudieran corresponder a los abuelos paternos para comunicarse con los nietos, pues la legitimación para el ejercicio de estos derechos, cuyo conocimiento excede del ámbito del procedimiento de divorcio en el que nos encontramos, corresponde en exclusiva a los abuelos, de nacionalidad peruana y con residencia fuera del territorio español, ninguno de los cuales ha sido emplazado en este procedimiento, por lo que estas cuestiones a resolver: no entran dentro del ámbito de la jurisdicción civil española, por aplicación de las mismas disposiciones anteriormente citadas, sin que la estricta observancia de estas normas de competencia y de legitimación (normas de orden público e imperativo cumplimiento) pueda comportar un quebrantamiento de los principios constitucionales de igualdad, (...).

#### **- Cuestiones a resolver:**

1. **¿Qué criterio de competencia opera en este supuesto?**
2. **¿Pueden las partes elegir el juez competente?**
3. **¿Qué hubiera hecho el juez si la contraparte hubiera presentado la declinatoria?**

#### 4. ¿Qué posibilidades procesales tienen los abuelos?

---

##### **I.1.B.- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 22ª, A 10-4-2008, nº 119/2008, rec. 264/2008. (EDJ 2008/85914)**

*Se declara la competencia de los tribunales españoles, dado que el actor tiene su domicilio en Madrid, habiendo además mantenido dicha situación durante un período superior a un año, y con independencia de tener la demandada su residencia en Perú.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- (...) D. Rosendo de nacionalidad peruana y residente en Madrid, interesa la disolución por divorcio, del matrimonio que en Lima (Perú) contrajo con Dª Paloma de la misma nacionalidad, quien según se alega en la demanda tiene su domicilio en Lima (Perú).

El órgano a quo, mediante auto de 17 de octubre de 2007 , acuerda inadmitir a trámite dicha demanda en base al artículo 22 de la L.O.P.J EDL1985/8754 . destacando que ambas partes son extranjeros y la demandada reside en el extranjero.

Y contra dicho criterio, invocando el artículo 22 de la L.O.P.J EDL1985/8754 y el artículo 107 del C.C EDL1889/1. se alzó el citado litigante, solicitando de la Sala que, revocando el mismo, se establezca la competencia del Juzgado para conocer de la demanda de divorcio.

SEGUNDO.- Si bien la aplicación al caso del precepto en el que se apoya la decisión impugnada podría, en principio, determinar la desestimación de la pretensión revocatoria deducida, en cuanto ni el demandante es español, ni la demandada tiene su domicilio en España al tiempo de la presentación de la demanda, no puede olvidarse que tal normativa, tras la entrada en vigor del Reglamento núm. 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea , ha pasado a tener un carácter meramente residual, en virtud de lo prevenido en los artículos 96 de la Constitución española EDL1978/3879 y 21 de la repetida Ley Orgánica , por lo que los criterios establecidos en el artículo 22 de esta última, respecto

de la competencia de los Tribunales españoles, tan sólo son de aplicación a aquellos supuestos no contemplados en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

Podría, sin embargo, alegarse que el citado Reglamento tan sólo es de aplicación a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea, lo que dejaría fuera de sus previsiones a supuestos como el que nos ocupa, en que los cónyuges inmersos en la litis de separación, divorcio o nulidad ostentan una nacionalidad distinta.

Pero es lo cierto que la competencia que regula, respecto de dichos procedimientos, el repetido Reglamento no se apoya, al menos con carácter principal y mucho menos exclusivo, en el criterio de la nacionalidad de los esposos, en cuanto perteneciente a alguno de los Estados de la Unión, sino en el principio de territorialidad, en concreta y reiterada referencia al lugar de residencia habitual de los esposos o de alguno de ellos, lo que permite la aplicación de tal norma comunitaria a nacionales de Estados no miembros, pero residentes en la Comunidad europea.

Así queda inequívocamente evidenciado mediante la dicción del artículo 3 que, en su apartado a), y en lo que afecta a los procedimientos matrimoniales, declara la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentra la residencia habitual de los cónyuges, o el último lugar de residencia habitual de los mismos, siempre que uno de ellos aún resida allí o, en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de los cónyuges, o la residencia habitual del demandante si ha permanecido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda.

Adviértase que tales previsiones no hacen referencia alguna a la nacionalidad de los cónyuges, al contrario de lo que acaece en el último inciso del apartado a), en el que se exige, a tales efectos competenciales, que el demandante sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, que tenga allí su "domicile", y ello para los supuestos en que tenga en el Estado miembro su residencia habitual y haya residido allí al menos los seis meses anteriores a la presentación de la demanda.

En consecuencia, y a salvo de este último supuesto, no se exige que uno de los cónyuges, el actor en tal previsión, sea nacional de un Estado miembro, por lo que, en las demás hipótesis anteriormente mencionadas, la competencia de dichos tribunales se extiende a quien cumpla los requisitos de residencia referidos, con absoluta independencia de cuál sea su nacionalidad.

En el supuesto que nos ocupa el demandante tal como pone de manifiesto el padrón municipal de habitantes, su informe de vida laboral a fecha 14 de mayo de 2007 (documentos que obran a los folios 12 y 13) tiene su residencia habitual en España desde principios del año 2004, y el hecho de tener la demandada su residencia en Perú no puede excluir la competencia de los

Tribunales españoles, dado que el actor tiene su domicilio en Madrid, habiendo además mantenido dicha situación durante un período superior a un año, en relación con la fecha de la presentación de la demanda

En consecuencia, y aunque la examinada norma comunitaria no ha sido expresamente invocada por el recurrente, se impone necesariamente su aplicación al caso en virtud del principio "iura novit curia", lo que determina el acogimiento de la pretensión revocatoria deducida por aquél.

**- Cuestiones a resolver:**

1. **Determinar el instrumento aplicable al supuesto para determinar la competencia judicial internacional.**
2. **¿Son competentes los tribunales españoles para conocer sobre esta demanda de divorcio? ¿Con base en qué criterio de competencia?**
3. **¿Debe el juez controlar su competencia? ¿Puede hacerse a instancia de parte?**
4. **¿Deben las partes alegar las normas de competencia judicial internacional?**

---

**I.2.- Competencia judicial internacional en materia de secuestro internacional de menores.**

**I.2.A.- Auto de la Audiencia Provincial de Almería, sec. 3ª, A 9-6-2008, nº 74/2008, rec. 29/2008. EDJ 2008/235306**

*Competencia judicial internacional: Cualquier modificación de las medidas de la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas del menor, debe hacerse ante las autoridades judiciales, donde residía habitualmente el menor antes de su traslado ilícito. La AP desestima el recurso de apelación interpuesto por la madre, y confirma la resolución que declaró la restitución del menor. Los progenitores tienen la custodia compartida y la madre incumple el régimen de visitas previsto en el auto firme por no retornar al menor una vez concluido el curso escolar.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente al Auto de instancia, que ordena la ejecución de la restitución del menor Ángel Jesús, de once años de edad, acordada en anterior resolución de 15 de junio del mismo año, en cumplimiento de la solicitud formulada por la Autoridad Central del Reino Unido al amparo del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980 , ratificado por España mediante Instrumento de 28 de mayo de 1987 (BOE de 24 de agosto), interpone la madre del menor recurso de apelación interesando la revocación de la citada resolución dictando otra que declare no haber lugar a hacer efectiva la restitución de su hijo.

Argumenta la recurrente como primer fundamento de su impugnación que el auto combatido, al ordenar la restitución del menor sin oír previamente a éste y a su madre, con la que convive en España desde el mes de marzo de 2006 en que abandonaron Inglaterra, le ha impedido someter a la consideración del Juzgado el cambio de circunstancias operado con posterioridad a la resolución dictada el 15 de junio del pasado año que, a solicitud de la propia Sra. Esperanza acordó la restitución del niño a su país de origen al ostentar ambos progenitores la patria potestad compartida, teniendo el padre su residencia en aquel Estado, comprometiéndose la recurrente a llevar a cabo dicho retorno una vez concluido el curso escolar, anunciando su propósito de instar a su regreso al Reino Unido la modificación ante la autoridad judicial británica del régimen de visitas establecido a favor del padre en el procedimiento de divorcio. Sin embargo, transcurrido con creces el plazo concedido sin haber procedido a la restitución del menor, pretende justificar su incumplimiento en una supuesta imposibilidad sobrevenida motivada por su situación laboral (...).

El motivo ha de sucumbir habida cuenta que, en primer lugar, el solo hecho de trabajar en España no entraña "per se" la imposibilidad de desplazarse al extranjero utilizando días de vacaciones o de asuntos propios, (...).

SEGUNDO.- Seguidamente se alega en el recurso que, habiéndose comprometido la madre a regresar a su país a los solos efectos de instar judicialmente la modificación del régimen de visitas reconocido al padre del menor, comoquiera que reside en España desde marzo de 2006 la competencia para conocer de dicha pretensión correspondería a la Jurisdicción española y, más concretamente a los Juzgados de Huércal Overa, en cuya demarcación radica la localidad de Arboleas en que madre e hijo tienen su domicilio, invocando en apoyo de su tesis el art. 8 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, precepto que atribuye a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro la competencia en materia de responsabilidad parental



respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional.

Sin embargo, olvida la recurrente que, por ministerio del art. 10 del citado Reglamento comunitario "en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y...a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención", no concurriendo ninguna de las excepciones contempladas en la norma al encontrarse vigente la orden de restitución dictada por el Juzgado "a quo", por lo que mientras tal situación subsista cualquier modificación de las medidas reguladoras de la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas del menor, deberá hacerla valer ante las autoridades judiciales del Reino Unido, por ser el Estado donde residía habitualmente el menor antes de su traslado ilícito, por falta de consentimiento paterno, a territorio español.

**- Cuestiones a resolver:**

1. **¿Qué instrumento determina la competencia judicial internacional en materia de secuestro internacional de menores?**
  2. **¿Qué ocurre con la orden de restitución del menor?**
  3. **¿Cómo incide la ausencia de consentimiento paterno en la competencia judicial internacional?**
  4. **¿Qué órgano judicial será competente sobre la modificación de medidas sobre guarda y custodia y régimen de visitas del menor?**
- 

**I.3.- Competencia judicial internacional en materia de procedimientos concursales.**

**I.3.A.- Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1, Alicante, A 16-6-2008, nº autos 149/2008. (EDJ 2008/137740)**

*El Juzgado desestima la declinatoria presentada por el deudor en relación a la solicitud de su concurso de acreedores efectuada por un tercero acreedor, al ser competentes los tribunales españoles por tener en este territorio su principal centro de interés.*

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Primero: Frente a la solicitud de concurso formulada plantea el deudor Hugo (...) declinatoria por considerar que no son competentes los tribunales españoles sino los alemanes, al no tener el centro de intereses principales en España sino en Alemania, limitándose a residir de forma esporádica en la localidad de Benissa (Alicante); extremo éste negado por el solicitante, que además con carácter previo invoca la infracción del artículo 12 LC al no haberse indicado en la declaratoria el tribunal de Alemania competente

Segundo.-El motivo procesal no puede prosperar ya que se confunde la declaratoria por falta de jurisdicción con la declaratoria por falta de competencia territorial. En este último caso, que es propiamente el previsto en la Ley Concursal, entra en juego lo previsto en el párrafo segundo del artículo 62.1 y es preceptivo indicar el tribunal al que, por considerarse territorialmente competente, han de remitirse las actuaciones. En cambio en la primera, como ocurre con los casos en los que se entiende la falta de competencia por corresponder a órganos de otro orden jurisdiccional o a árbitros, basta denunciar la falta de competencia indicando que corresponde el conocimiento de la misma a tribunales extranjeros, sin especificar en concreto a cuál de ellos, ya que en este caso si se estimase la declinatoria, el órgano judicial se limita a abstenerse de conocer y sobreseer el proceso (artículo 65. 2 LEC EDL2000/77463 ) pero no remitir a los autos con emplazamiento de las partes al que considere competente. Determinación de competencia ad intra (en ese caso del Juzgado alemán que corresponda) que no puede hacerla un órgano español

Tercero.- La competencia internacional para declarar y tramitar el concurso está prevista en la Ley Concursal en el artículo 10, que de forma poco clara entremezcla la atribución de competencia de los juzgados españoles (propiamente la competencia internacional) con la competencia territorial interna, es decir, qué juzgado entre los españoles es el concretamente competente para conocer, pero lo relevante es que en primer lugar habrá que acudir al Reglamento (CE) núm. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, de preferente aplicación, que en su artículo 3 determina que son competentes los tribunales del Estado miembro cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor. Concepto este que aclara en el

Considerando 13 y que se plasma en el artículo 10 de la ley concursal española según la cual se entiende por centro de los intereses principales el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social. Será ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso.?

El problema radica en determinar si el sujeto pasivo de la solicitud de concurso tiene el centro de intereses principales en España.

Al respecto rigen los siguientes principios: i) primacía de la administración de los intereses sobre la localización de los mismos: lo relevante no es donde están los intereses sino el lugar desde donde el deudor gestiona o conduce los mismos; ii) el principio de apariencia: lo relevante es que a efectos de terceros se presente como lugar de gestión; es preciso, pues, atender a esa proyección externa, y iii) el principio de unidad, como inherente al concepto de centro, de manera que solamente hay un único lugar de gestión, a completar con la previsión de concursos territoriales donde el deudor tenga establecimiento, pero limitado sus efectos a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro

Al no poder entrar en juego la presunción de que este centro de intereses principales se ubica en el lugar del domicilio social, que solamente es aplicable para las personas jurídicas, la doctrina científica considera que en el caso de las personas naturales si se dedican a actividades empresariales o profesionales, el centro de los intereses principales se ubica donde se localice el centro empresarial o profesional; si no lleva a cabo tales actividades, será su residencia habitual, pues desde aquí habrá que entender que gestiona su patrimonio

Cuarto.- Dado que no consta que D. Hugo desarrolle actividad empresarial o profesional, habrá que acudir a la residencia habitual y a tales efectos son relevantes para resolver la cuestión los siguientes datos:

i) consta en el poder de representación procesal otorgado por Hugo que su domicilio está situado en Benissa

ii) se practicaron notificaciones en dicha localidad a una persona que figura como empleado del deudor en un juicio de ejecución de títulos judiciales en fecha 28/9/2007 (documento número 1 de la oposición a la declaratoria) y no ha resultado infructuosa por desconocido el emplazamiento en esa localidad en las presentes actuaciones dirigidas al mismo domicilio en fecha 18/4/2008

iii) consta que D. Hugo tenía aperturada en 2007 cuentas bancarias en entidades bancarias españolas en oficinas de la localidad de Benissa (documento 9º de la solicitud de concurso)

iv) figura el citado D. Hugo como titular de una línea telefónica fija en partida Faradux 89 Benissa (documento número dos de la oposición a la declinatoria)

vi) consta certificación negativa de residencia de Hugo en la ciudad de Alemania que figura en su tarjeta de identificación (aportada por escrito de 26/5/2008)

La apreciación conjunta de todo ello permite deducir que la residencia D. Hugo en Benissa no es esporádica sino prolongada en el tiempo, con vocación de permanencia y por ende su centro de intereses principales debe ubicarse en dicha localidad, y consiguientemente son competentes los tribunales españoles, y entre ellos, este juzgado mercantil al estar dicha localidad en la provincia de Alicante.

**- Cuestiones a resolver:**

1. **Identificar el instrumento aplicable al supuesto para la determinación de la competencia judicial internacional en materia concursal.**
2. **¿Debe el juez controlar de oficio su competencia o puede impugnarse a instancia de parte?**
3. **¿Cuál es el juez competente para conocer de la excepción por falta de jurisdicción?**
4. **¿Cómo se concreta el criterio “centro de intereses principales” del deudor?**

\_\_\_\_\_

**I.4.- Declinatoria de jurisdicción**

**I.4.A.- Tribunal Supremo Sala 1ª, S 27-5-2008, nº 428/2008, rec. 314/2003. (EDJ 2008/82717)**

*Se confirma la sentencia de instancia y se admite la declinatoria internacional de jurisdicción presentada por la demandada, declarando la incompetencia de los tribunales españoles y declarando la competencia territorial de los tribunales de Londres para conocer del fondo de la cuestión por la cláusula de sumisión expresa el conocimiento de embarque. Debe concluirse que existe consentimiento a la incorporación de la cláusula de sumisión aunque no aparezca la firma de la recurrente, pues se deduce claramente la voluntad de las partes al aparecer la cláusula en el frontal del contrato y de modo destacado. Se afirma que la firma constituye sólo el instrumento usual de exteriorización.*

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Doce de Bilbao, interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía "E., S.A.", contra "Marítima S.", en reclamación de cantidad. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... se dicte sentencia condenando a la demandada, "Marítima S." al pago a mi principal de la suma de 610.698,53 USD (seiscientos diez mil seiscientos noventa y ocho dólares americanos con cincuenta y tres centavos) o su equivalente en pesetas, mas los intereses legales y las costas procesales que se causen en la presente instancia."

Admitida a trámite la demanda, emplazada la demandada, se personó el Procurador de los Tribunales D. Rafael Eguidazu Buerba, en nombre y representación de "Marítima S.", y presentó escrito a los exclusivos efectos de interponer declinatoria Internacional de Jurisdicción, para terminar suplicando: "...se declare la incompetencia de la jurisdicción española y la exclusiva competencia de los Juzgados y Tribunales de Londres, para conocer y resolver del pleito principal del que trae causa la presente excepción, (...).

El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia, con fecha 29 de octubre de 1999 (...): "debo declarar y declaro la incompetencia territorial de la jurisdicción española, y la correlativa competencia de los tribunales de Londres, para conocer sobre el fondo de la cuestión deducida en el pleito del que trae causa este incidente, (...)"

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación "E., S.A.". Sustanciado el mismo, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bilbao dictó Sentencia, con fecha 22 de noviembre de 2000, con el siguiente fallo:

"Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de "E., S.A." contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia núm. 12 de los de Bilbao en el incidente de declinatoria internacional de jurisdicción del juicio declarativo de menor cuantía núm. 175/99 que de este rollo dimana, confirmamos íntegramente la expresada resolución, (...)"

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La declinatoria por medio de la que la demandada, "Marítima S." denunció la falta de jurisdicción del Tribunal ante el que "E., S.A." había interpuesto, en su contra, la demanda -el Juzgado de Primera Instancia número Doce de los de Bilbao-, fue estimada en las dos instancias.

En particular, el Tribunal de la segunda entendió que correspondía conocer de dicha demanda a órganos jurisdiccionales extranjeros -en concreto, los de Londres-, por contener una cláusula de sumisión expresa el conocimiento de embarque que había aportado al proceso la propia demandante, en prueba del contrato de transporte marítimo de mercancías en cuyo funcionamiento se habían producido las alegadas averías de la carga por las que "E., S.A.", como cargadora, pretendía la condena de "Marítima S." como porteadora, al pago de una indemnización.

Declaró dicho Tribunal concurrentes los requisitos precisos para la aplicación del artículo 17 del Convenio de 27 de septiembre de 1968, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en la redacción modificada por el Convenio de 26 de mayo de 1989, relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa. (...).

TERCERO.- De los requisitos exigidos por el artículo 17 del Convenio de 1968, la recurrente señala como incumplido en el caso el relativo a su consentimiento a la incorporación de la cláusula de sumisión, el cual niega por dos razones. La primera es que no consta firmado por ella el conocimiento de embarque que la contiene. La segunda, que no se dedica al tipo de actividad, la de transportista marítima, a la que corresponde la prestación que debía la demandada por virtud el contrato celebrado con ella.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2000 (C-387/98) EDJ2000/32255 destaca que, al subordinar la validez de las cláusulas atributivas de competencia a la existencia de un convenio entre las partes, el artículo 17 del Convenio impone al Juez que conoce del asunto la obligación de examinar, en primer lugar, si aquellas han sido, efectivamente, objeto de un consentimiento, manifestado de manera clara y precisa por ambas partes, así como que los requisitos de forma exigidos por el artículo 17 tienen por misión garantizar que se acredite, efectivamente, el consentimiento.

La sentencia recurrida en casación reconoció validez a la cláusula atributiva de la competencia por constar por escrito el consentimiento de las partes contratantes, entre ellas, la propia demandante, por lo que aplicó la letra a) del artículo 17. Según el Tribunal de apelación, la concorde voluntad de las partes había quedado probada, pese a la ausencia de firma de la cargadora, porque la cláusula aparecía "en el frontal del contrato y en letra negrita, perfectamente destacada".

CUARTO.-, (...) Debe tenerse en cuenta que el artículo 17 del Convenio de 1968 lo que exige es el consentimiento de las partes contratantes, respecto del que la firma constituye sólo el instrumento usual de exteriorización.

Incluso el artículo 17 -letra c)- presume ese consentimiento cuando el convenio atributivo de competencia se hubiera celebrado, en el comercio internacional, "en una forma conforme a los usos que las partes conocieron o debieron conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado". -sentencias de 20 de febrero de 1997 (C-106/95) EDJ1997/18600 y 16 de marzo de 1999 (C-159/97) EDJ1999/2633 -( ...)

SEXTO.- (...) la sentencia recurrida declaró que el pacto de atribución de competencia a los Tribunales de Londres vinculaba a la demandante porque constaba por escrito y lo había consentido.

**- Cuestiones a resolver:**

1. **¿Qué hubiera ocurrido si la demandada contesta a la demanda y adjunta una declinatoria?**
2. **¿Qué requisitos formales se exigen en una cláusula de sumisión expresa?**
3. **¿Debe el juez español trasladar los autos al juez competente, en este caso, la jurisdicción inglesa?**
4. **¿Cómo se articula procesalmente la declinatoria por falta de jurisdicción?**

---

## **II.- RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS**

### **II.1.- Cuestiones a resolver: generales**



**II.1.A.- Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 15ª, A 24-4-2008, nº 175/2008, rec. 510/2007. (EDJ 2008/135719)**

*La AP desestima el recurso contra el auto que otorgó ejecución a la resolución dictada por un tribunal extranjero. Alegaba el recurrente que nunca fue emplazado en forma y que no tuvo conocimiento del juicio. Queda acreditado que el deudor fue debidamente emplazado y la ausencia procesal se debe única y exclusivamente a su actitud renuente a recibir notificaciones.*

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- La mercantil portuguesa "C.", solicitó al Juzgado a quo, al amparo del Reglamento CE 44/2001 del Consejo de 22 diciembre de 2000, que en su artículo 38.1 dispone que "las resoluciones dictadas en un Estado miembro que allí fueren ejecutorias se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hubiere otorgado su ejecución en éste último", (...).

Contra el mismo se alza la ejecutada, alegando que no fue emplazada en forma, pues tras recibir por fin el texto de la demanda en castellano no se le dio plazo para contestar, así como que nunca tuvo conocimiento de la citación al juicio ni de la sentencia que se reputa firme. Es por ello la sentencia ejecutada contraria al orden público español; en todo caso, de concederse el exequátur, éste debería limitarse al principal, nunca a los intereses, que también resultan contrarios al orden público, pues se fijan en un 12% anual, algo no previsto en nuestra legislación. (...).

SEGUNDO.- Según el Considerando núm. 16 del Reglamento CE 44/2001, "la confianza recíproca en la justicia dentro de la Comunidad legitima que las resoluciones dictadas en un Estado miembro sean reconocidas de pleno Derecho, sin que sea necesario, excepto en caso de oposición, recurrir a ningún otro procedimiento". (...).

El Reglamento CE 44/2001, en efecto, establece las causas taxativas por las que el Tribunal requerido puede denegar la ejecución de una resolución, (...).

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, no podrá procederse a la fiscalización de la competencia del tribunal del Estado miembro de origen. El orden público contemplado en el punto 1 del artículo 34 no afectará a las reglas relativas a la competencia judicial." Una vez el ejecutante ha cumplido con las formalidades que le imponen los artículos 53 y 54, es decir, ha presentado una



copia auténtica de la resolución a ejecutar y la certificación expedida por el tribunal del Estado miembro en el que se hubiere dictado sobre las partes de la ejecutoria, la fecha de emplazamiento al ejecutado condenado en rebeldía y la fecha de notificación de la resolución (Anexo V), lo procedente, según el artículo 41, es otorgar inmediatamente la ejecución, sin proceder a ningún examen de acuerdo con los artículos 34 y 35 y sin que la parte contra la cual se solicitare la ejecución pueda, en esta fase del procedimiento, formular observaciones. Sí cabrá, una vez notificado el despacho, recurrir esa decisión, como aquí ha ocurrido, aunque teniendo presente que, conforme al artículo 45, el tribunal requerido que conociere del recurso sólo podrá desestimar o revocar el otorgamiento de la ejecución por uno de los motivos previstos en los artículos 34 y 35, antes expuestos, y que "la resolución del Estado miembro de origen en ningún caso podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo".

(...) también es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional conforme a la cual la mera existencia de una irregularidad en un acto de comunicación no da lugar a su nulidad, como equivalente a su ausencia, si no ha generado indefensión con relevancia constitucional, siendo evidente que tienen una importancia básica aquellos actos que permiten a la parte conocer la existencia de un proceso dirigido contra ella, al efecto de darle la oportunidad de defenderse frente a la pretensión ejercitada.

TERCERO.- (...) no existe razón bastante para revocar el auto recurrido y, con ello, denegar la ejecución interesada.

Respecto a la rebeldía, el Reglamento 44/2001 procura asegurar que la misma no sea ficticia ni derivada de causas que no le eran imputables al ejecutado, o lo que es lo mismo, que se le dio la oportunidad de intervenir en el proceso y se respetó el principio de contradicción. (...) deben ser verificados incluso de oficio por el órgano jurisdiccional requerido por afectar de forma directa al derecho de defensa y tutela judicial efectiva, constitucionalmente relevante de acuerdo con el artículo 24 de la Carta Magna EDL1978/3879 . (...).

Consta en la documentación presentada y asume la propia ejecutada en su recurso que, recibida una primera comunicación para emplazarle ante el Juzgado portugués por el plazo de 30 días, "H., S.L." hizo alegaciones, de modo que, no sólo requirió la recepción del emplazamiento en lengua castellana o catalana, sino que además esgrimió sus argumentos en contra de la competencia internacional de dicho órgano y entró incluso en los motivos de fondo de la reclamación dineraria que le hacía la ejecutante. El requerimiento del tribunal de Portugal para que estas alegaciones se hicieran conforme a la legislación local, es decir, mediante abogado y en portugués, fue reiterado de nuevo, y a pesar de ello el órgano jurisdiccional, después, hizo que la ejecutante presentara una versión en castellano de la demanda, que le fue remitida a la ejecutada y que ésta recibió en marzo de 2004. La certificación del tribunal extranjero, por tanto, era certera, y consta que en esa nueva traducción, como por otra parte resulta enteramente lógico, se daba de nuevo

el plazo legal de 30 días, prorrogables por otros tantos, para contestar (resultaría absurdo acceder a enviar una demanda traducida para luego computar el plazo desde la recepción de la primera). No existe atisbo alguno de indefensión en la ejecutada.

(...) el Convenio suscrito entre el Reino de España y la República de Portugal de 19 de noviembre de 1.997, que entró en vigor el 19 de diciembre de 1.998, en cuyo artículo 1 se establece que no se exigirá traducción al idioma propio del Estado requerido ni se exige apostilla en las certificaciones, según el artículo 2.

CUARTO.- Respecto a la notificación de la sentencia, la ejecutada niega validez a la certificación del Tribunal de Anadia que la ejecutante acompañó, que indica que la sentencia fue debidamente notificada. Sin embargo, en la documentación aportada a estos efectos por la ejecutante consta que la sentencia fue remitida al domicilio social de "H., S.L." en Ripollet, que era el que constaba en las actuaciones y el que se empleó en las anteriores comunicaciones, cumpliendo así con las disposiciones procesales del país de origen. Si en el interim la ejecutada cambió de domicilio a Barberá del Vallés, sólo a la decisión de no acudir ni intervenir en el proceso se debe que al Tribunal ese cambio no le constara, por lo que no cabe alegar ahora indefensión ni lesión al orden público.

**- Cuestiones a resolver:**

- 1. ¿Cómo debe interpretarse la rebeldía del demandado en aras al reconocimiento y ejecución de una resolución judicial?**
- 2. ¿Qué implica que la parte contra la que se pide la ejecución no sea oída en primera instancia?**
- 3. Cómo incide la existencia de un Convenio internacional bilateral sobre la materia?**
- 4. ¿Qué documentación debe aportarse a la solicitud de ejecución según el Reglamento 44/2001?**

---

## **II.2.- Reconocimiento y ejecución en materia de familia**

**II.2.A.- 2008/03.- Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Primera, Auto nº 90/2008, de 28 de abril de 2008. (JUR 2008\244171).**

Divorcio otorgado por comparecencia efectuada ante la Notario cubano.— Oposición al exequátur del Ministerio Fiscal.— Denegación del reconocimiento por el Juzgado de Primera Instancia.— Doctrina del Tribunal Supremo.— Revocación de la sentencia de instancia.

[...] De lo actuado aparece que por Julián, se pretende mediante acción de exequátur la homologación de la disolución del vínculo matrimonial por divorcio otorgado por comparecencia efectuada ante la Notario Ana Maria Lesmo Lee de la Provincia de Santi Spiritus, con sede en Cabaiguán (Cuba), el 7 de junio de 2004, respecto del matrimonio celebrado el 23 de mayo de 2002 en esa ciudad. A la petición formulada se opone el Ministerio Fiscal, por entender que el reconocimiento solo se puede efectuar respecto de sentencias judiciales dictadas por Tribunales extranjeros. Y, en el procedimiento se dicta Auto, que declara “No haber lugar a la petición de reconocimiento de resolución extranjera interesada”, con fundamento en que “los términos del art. 951º LEC son claros y precisos en el sentido de permitir exclusivamente el reconocimiento de “sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros”. Por la parte apelante se interesa, sustancialmente, la revocación y se de lugar al reconocimiento u homologación del divorcio conforme a lo solicitado.

Es reiterada posición del TS, respecto de la cuestión planteada relativa a divorcio de mutuo acuerdo ante Notario de Cuba, que se cumplen los requisitos del art. 954 LEC/1881, atendiendo a que, la circunstancia 1ª ha de entenderse cumplida habida cuenta de la naturaleza personal de la acción de divorcio; que el requisito 2º del mismo art. 954 LECiv, se cumple si se tiene por probado que el divorcio fue promovido conjuntamente por ambos cónyuges; y por lo que interesa al requisito 3º del precitado art. 954 LEC, refiere el ATS, Sala 1ª, de 20 de enero de 1998, que: “... el art. 85 Cc establece, la posibilidad del divorcio cualesquiera que sean la forma y tiempo de celebración del matrimonio. Se hace necesario precisar, llegado este punto, la posible vulneración que del orden público puede suponer la existencia de un divorcio acordado por ambos cónyuges y autorizado ante notario. Esta Sala mediante Autos de 1 de octubre y 19 de noviembre de 1996, despejaba de cualquier duda que dicho tipo de divorcio pudiera plantear, por cuanto del tenor del derecho cubano parece desprenderse que la intervención del Notario no se limita a funciones fedatarias, autorizando un mutuo disenso sobre el vínculo matrimonial, sino que se le atribuyen competencias en orden a la comprobación de determinadas condiciones a las que quedan sujetos la ruptura del vínculo y los efectos derivados de él en orden a los hijos menores comunes, ello dentro de un determinado procedimiento al que de modo preceptivo deberán acomodarse las solicitudes de divorcio de mutuo acuerdo. De esta suerte, no cabe desconocer en la intervención notarial la existencia de un cierto ejercicio de funciones de homologación de la voluntad de las partes traídas del

ordenamiento de origen, que atribuye a los fedatarios competencias en tal materia, al parecer, de manera exclusiva, de modo que no puede decirse que el divorcio así obtenido repugne al orden público interno, concepto éste que se ha ido desarrollando hasta cobrar un contenido netamente constitucional, comprensivo de los principios jurídicos y derechos constitucionalmente consagrados (SSTC 54/1989 y 132/1991, entre otras), lo cual posibilita el reconocimiento de la escritura notarial que lo declara, en línea con la postura mantenida por la Sala ante casos en los que, como el presente, no interviene un órgano jurisdiccional en su concesión sino una autoridad o funcionario de distinto orden con competencia para ello de acuerdo con el ordenamiento de origen (vid. AATS 2 de julio de 1996, 16 de julio de 1996, 19 de noviembre de 1996, 4 de febrero de 1997 y 24 junio 1997”. Esta posición jurisprudencial se mantiene y se reitera la argumentación en Autos posteriores, así los de 5 de octubre de 1999 y de 21 de noviembre de 2000, respecto de los Notarios cubanos. Consiguientemente, el exequátur no se limita a las sentencias judiciales, y se hace extensivo a otros documentos. A mayor abundamiento, en reciente ATS de 17 de octubre de 2006, se resuelve, sin oposición del Ministerio Fiscal, el otorgar el exequátur a resolución dictada por el Notario de la Oficina del Registro Civil de El Cairo, Egipto, por la que se acordaba el divorcio de matrimonio contraído en El Cairo, Egipto, e inscrito en el Registro Civil español.

Esta posición que resulta de la doctrina del TS expuesta, ha sido acogida en el Auto de esta Sección 1ª de fecha 10 de marzo de 2008 en el que se acuerda – en supuesto idéntico–, dejar sin efecto la resolución apelada debiendo de continuar el procedimiento en la primera instancia “y resolver el Juzgado en definitiva sobre la pretensión deducida”. Posición que igualmente ahora se asume, por lo que con revocación de la resolución apelada se deja la misma sin efecto, y se acuerda que se continúe por el Juzgado de Primera instancia el trámite de homologación al ser susceptible de examen en tal sentido el documento notarial aportado, por apreciarse que la pretensión ejercitada tiene su encaje dentro del procedimiento que se comprende dentro de los arts. 951ss LEC/1881, cuya particular vigencia mantiene para estos casos la Disp. derog. Única, ap. 1º, excepción tercera, de la LEC/2000; por lo que, establecida la competencia objetiva del Juzgado de primera instancia para conocer de la pretensión ejercitada y la adecuación del procedimiento, al mismo ahora corresponde hacer la valoración y aplicación de los preceptos legales correspondientes para decidir con carácter definitivo sobre la homologación pretendida, atendido el caso concreto que se plantea. Todo ello supone la estimación parcial del recurso de apelación, al dar lugar a la revocación del auto, pero no a que directamente por este tribunal de apelación se resuelva sobre la procedencia de la homologación, por cuanto el examen de lo relativo al cumplimiento de los demás requisitos para la homologación, corresponde al juzgado de primera instancia, una vez superado el obstáculo procesal que ha servido de fundamento para el rechazo del conocimiento inicial.

- **Cuestiones a resolver:**

1. **¿Puede solicitarse el exequátur de un divorcio otorgado por una autoridad pública no judicial?**
  2. **¿Qué significa “equivalencia funcional” entre el divorcio judicial español y el divorcio notarial cubano?**
  3. **¿Cómo deben interpretarse las condiciones del artículo 954 de la LEC1881?**
  4. **Caso de denegarse el *exequátur* ¿qué opciones tendría la actora en España?**
- 

### **II.3.- Reconocimiento de documentos públicos extranjeros**

**II.C.1.- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 19ª, A 13-6-2008, nº 176/2008, rec. 373/2008. (EDJ 2008/140678)**

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- La demandante, P.M.C- Planning and meeting-consultat, de nacionalidad portuguesa, presentó demanda, y de contrario se excepcionó la falta de personalidad de la actora, concediendo un plazo de 10 días para subsanación, que aportó documento de 26 de octubre 2007 en el que aparece Legitimación y Notaría de Lisboa, Carlos Enrique Ribeiro Melón; en el mismo, literalmente se recoge bajo la fe notarial que " PMC es una sociedad de jurisdicción portuguesa, debidamente constituida con todos los requisitos impuestos por la ley portuguesa y con personalidad jurídica propia (...)que el otorgante Nuno Duarte Pardéelas de Almeida Nunes es socio gerente de la sociedad, con poderes y capacidad de representar y para constituir mandato

forense a favor de abogados y mandatarios a modo de ser por estos representados en Tribunal". Dice el juzgador de la primera instancia, tras la cita de los preceptos que estima de aplicación, que el control de la validez y eficacia del apoderamiento así otorgado que impone la *lex fori*, pasa, desde luego por comprobar si a la hora de autorizar la escritura, el Notario llevó a cabo un juicio sobre la capacidad, sobre la representación y sobre el ámbito de las facultades conferidas al otorgante, y si para ello, tuvo a la vista las oportunas certificaciones y documentos que le permitiesen efectuar tal juicio. Entiende que del documento de apoderamiento, se advierte una falta de control respecto a las facultades concedidas al gerente, cual se exige en las leyes españolas, la estructura y competencia del órgano de representación, si son uno o varios y en su caso solidarios o no, y acuerda sobreseer el procedimiento por falta de representación en el procurador.

SEGUNDO.- El art. 323.1 LEC EDL2000/77463 dispone que a los efectos procesales se consideraran documentos públicos los documentos extranjeros, a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o leyes especiales haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el art. 319 de esta ley " puesto en relación con el Convenio de la Haya que considera a efectos de prueba en el proceso, como públicos" los autorizados por Notario conforme a derecho" no parece que la labor del juez español en supuestos como el presente, pueda ir más allá de contrastar la validez del documento y que reúne las formalidades legales para producir efectos. Se une a ello, que con arreglo al art. 9.11 del CC EDL1889/1, " la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y rige en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación...y el art. 10.11 del mismo código , " a la representación legal se aplicará la ley reguladora de la relación jurídica en la que nacen las facultades del representante..."

Una lectura del documento del que nacen las del representante de la empresa, acompañado al acto de la vista, evidencia que el notario actuante, certifica la capacidad del representante de la empresa y añade que verificó a través de los Estatutos de la sociedad que el representante es socio gerente y las facultades del mismo. Exigir un plus de legalidad en base ahora a la legislación española, excede de las facultades atribuidas al juez español atendida la validez y eficacia del documento otorgado en el extranjero, en este caso, en Lisboa.

**- Cuestiones a resolver:**

- 1. ¿Qué debe entenderse por documento público extranjero en materia de reconocimiento?**
- 2. ¿Cuál es la ley aplicable al documento de poder de representación?**



3. ¿Qué requisitos se exigen para proceder al reconocimiento de un documento público extranjero?
  4. ¿El juez español puede aplicar la legislación española para ponderar la validez del documento?
- 

### III.- ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

#### III.1.- Cuestiones a resolver: generales

##### **III.A.1.- Audiencia Provincial de Alicante, sec. 5ª, A 28-5-2008, nº 92/2008, rec. 176/2008. (EDJ 2008/137612)**

*La Audiencia Provincial estima el recurso interpuesto contra el auto admitiendo la declinatoria por sumisión al arbitraje, al ser dicha cláusula del contrato de agencia nula de pleno derecho por venir así establecido en la Ley de Contrato de Agencia, que establece que la competencia para el conocimiento de las acciones derivadas de estos contratos corresponde al domicilio del agente, y declara la nulidad de cualquier pacto en contrario.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- (...) El contrato en cuestión lleva por título "contrato de agencia general de ventas", (...).

La demandada planteó declinatoria por considerar, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 15ª del contrato, que la cuestión estaba sometida a arbitraje, tesis aceptada en el auto objeto del recurso.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso de apelación se argumenta que en realidad lo que se planteó es la sumisión a un arbitraje internacional, y que situación ha sido abordada por el Tribunal Supremo en el sentido de considerar aplicable el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL1985/8754 cuando se constate que ese planteamiento obedece a intentos dilatorios, motivo que no tiene la entidad suficiente, ni tampoco resulta planteado en términos concluyentes.

En segundo lugar, se alega que la cláusula de sumisión al arbitraje de la Cámara de Comercio de Ginebra constituye una violación de la Ley española, y es nula por aplicación de la Ley de contrato de agencia , Ley 12/92, de 27 de Mayo EDL1992/15425 , en virtud de lo que dispone la disposición adicional única, discrepando también de la aplicación de la ley portuguesa a la que también alude el auto recurrido, en base a la cláusula 14º del contrato de 1 de mayo de 1986 .

En efecto, el contrato (...) de agencia, (...) está regulado por la Ley 12/92, de 27 de mayo sobre ese tipo contractual EDL1992/15425 .

La disposición adicional de esa Ley establece expresamente que la competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponde al domicilio del agente, y declara la nulidad de cualquier pacto en contrario.

El auto antes citado argumenta en supuesto similar lo siguiente: Esta disposición debe considerarse materia de orden público no sólo porque procura el seguimiento del proceso ante el órgano judicial más adecuado (el domicilio del agente es normalmente el lugar donde éste realiza su actividad, donde se encuentran las pruebas de los hechos litigiosos, etc.) sino porque responde a la protección del interés de la parte económicamente más débil, cosa que aquí se pone sin duda de manifiesto, ya que la sumisión se hizo única y exclusivamente en beneficio de la empresa concedente, por imposición de esta y con graves perjuicios para el agente que se vería obligado a desplazarse a Suiza para ventilar las consecuencias de un contrato concluido y ejecutado en España.

En consecuencia, el pacto de sumisión debe reputarse nulo de pleno derecho (artículo 6 del Código Civil EDL1889/1 ) y no cabe invocarlo como fuente de competencia en orden a la aplicación del artículo 17 del convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1998, por lo que la competencia judicial internacional debe regirse por el artículo 22-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL1985/8754, que la atribuye a los Juzgados y Tribunales españoles en relación con todos "los litigios relativos a la explotación de una sucursal, agencia, o establecimiento mercantil cuando éste se encuentre en territorio español", argumentos plenamente aplicables a la cláusula en cuya virtud se ha atribuido la competencia a la Cámara de Comercio de Ginebra, razones que imponen la revocación del auto recurrido.

#### **- Cuestiones a resolver:**

- 1. ¿Qué requisitos se exigen en un convenio arbitral para que resulte válido?**



2. ¿Puede la sumisión tácita posterior a los tribunales anular una cláusula arbitral?
3. ¿Qué implica procesalmente la excepción de arbitraje presentada ante un órgano judicial?
4. ¿Qué tipo de normas son las que protegen a la figura del agente y qué efectos tienen sobre los pactos *inter partes*?

---

**III.A.2.- Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 15ª, S 23-4-2008, nº 138/2008, rec. 602/2007. (EDJ 2008/169170)**

*Se declara la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de la validez de una cláusula arbitral. Asimismo, se confirma la validez y eficacia de la cláusula pactada entre las partes de sometimiento a arbitraje en caso de conflicto, sin que la misma pueda considerarse contraria al orden público.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida desestimó la demanda interpuesta por la entidad mercantil "LAURENFILM, S.A." en la que se interesaba la declaración de nulidad de (1º) la cláusula de sumisión a arbitraje, (...).

La parte actora funda su recurso de apelación en las siguientes razones: 1º) la cláusula de sumisión a arbitraje es nula por ser contraria al orden público; (...).

La parte demandada se opone al recurso y, además, impugna la sentencia por declarar la jurisdicción y competencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda rectora de este procedimiento.

Procede, en primer lugar, resolver la impugnación formulada por la demandada y ello por cuanto su estimación privaría de competencia a este Tribunal para conocer el recurso formulado por la actora.

SEGUNDO.- La demandada fundamenta su impugnación en los siguientes motivos: primero, el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona a quo carece de jurisdicción de conformidad con el artículo 65.2 de la LEC EDL2000/77463 por cuanto el contrato, cuya resolución se impugna por la actora en la demanda rectora del presente procedimiento, contiene una cláusula de sumisión expresa al Tribunal arbitral de la IFTA para cualquier controversia derivada del contrato, con excepción de la solicitud de medidas cautelares que podrá efectuarse ante los tribunales españoles, y, además, dicha cláusula ha sido declarada válida por el Juzgado a quo; segundo, MIRAMAX no se sometió ni tácita ni expresamente a los tribunales españoles en su solicitud de medidas cautelares y, por el contrario, LAURENFILM compareció ante el Tribunal arbitral planteando declinatoria de jurisdicción; tercero, el Juzgado a quo carece de competencia objetiva, de conformidad con el artículo 65.3 de la LEC EDL2000/77463 y V.1 .e) del Convenio de Nueva York, para conocer de la validez de la cláusula arbitral como cuestión de orden público relativas al arbitraje, por ser competencia exclusiva del Juzgado (Juzgado de Primera Instancia núm. 10 ) que conoció el procedimiento de exequatur del laudo arbitral instado por MIRAMAX y de los Tribunales del país en que ha sido dictada la sentencia arbitral (tribunales de los Estados Unidos).

(...) debemos señalar que los tribunales españoles son competentes para enjuiciar la validez de una cláusula arbitral conforme a lo dispuesto en la LOPJ EDL1985/8754 art. 22 y, en particular, con arreglo al reconocimiento expreso de competencia para considerar la invalidez del convenio arbitral del artículo II.3 del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1988, en vigor en España desde el 10 de agosto de 1977, que reza como sigue: "3.-El Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable".

Los tribunales españoles deberán enjuiciar la validez de la cláusula arbitral de conformidad con el derecho español, en particular en méritos de la norma flexible a favor de la validez de la cláusula arbitral que dispone su validez si es conforme a una de las tres normativas que enumera con carácter alternativo el artículo 9.6 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje EDL2003/156997 (LA): "Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por la normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español", que también es de aplicación a los arbitrajes internacionales aún cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España (art. 1.2 LA).

De lo que se colige la competencia del Juzgado Mercantil a quo para conocer de la nulidad de la cláusula arbitral y, en consecuencia, procede desestimar la impugnación formulada por la demandada.

TERCERO.- Cuestión distinta se suscita cuando la validez de la cláusula arbitral se plantea en un procedimiento de oposición a la ejecución de un laudo arbitral extranjero. (...).

En ese supuesto la competencia jurisdiccional de los tribunales españoles para la ejecución forzosa en España de laudos arbitrales dictados fuera de España le viene atribuida por méritos, además del artículo 22.1º de la LOPJ EDL1985/8754, de los artículos 1.2, 8.6 y 46 LA, precepto, este último, que remite al Convenio de Nueva York de 1958 como normativa aplicable al exequatur.

De tal suerte, el tribunal español deberá enjuiciar la aplicabilidad de la cláusula arbitral de conformidad con el artículo V del Convenio de Nueva York de 1958 en el que se establecen de forma tasada los motivos de oposición al reconocimiento y ejecución por un tribunal español de un laudo arbitral dictado fuera de España.

Pues bien, la parte actora, con posterioridad a la interposición de la demanda rectora de estas actuaciones, impugnó la validez de la cláusula arbitral en el procedimiento de ejecución de laudo arbitral instado por la parte aquí demandada ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Barcelona. El Auto resolviendo en primera instancia la oposición a la ejecución del laudo arbitral fue apelada ante esta Sala dictándose Auto, no firme, de fecha 12 de septiembre de 2007, en el que se declara la validez de la cláusula arbitral, rechazando la concurrencia de las dos causas de nulidad de la cláusula arbitral esgrimidas por la actora, a saber: la parcialidad de la institución arbitral y la renuncia por la ejecutada a la cláusula de sometimiento arbitral como consecuencia de formular demanda de medidas cautelares a los juzgados de Barcelona.

CUARTO.- En cuanto al recurso de apelación interpuesto por la actora procede, en primer lugar, examinar el motivo de apelación fundado en la nulidad de la cláusula de sumisión arbitral (...).

La parte actora-apelante invoca la nulidad por abusiva de la cláusula de sumisión expresa al Tribunal arbitral de la IFTA (Independent Film & Televisión Alliance) (...) sostiene que la cláusula arbitral litigiosa es una condición general de la contratación nula de pleno derecho por infringir, en perjuicio de la actora, las normas nacionales que garantizan la igualdad de las partes y el derecho a un árbitro imparcial.

"QUINTO: (...)Respecto a la nulidad de la cláusula arbitral por parcialidad (...) lo cierto es que no consta la parcialidad de la institución arbitral, que LAURENFILM extrae de la relación de la IFTA con MIRAMAX. (...).

- Cuestiones a resolver:

1. ¿Cuál es el tribunal competente para conocer sobre la validez de una cláusula arbitral y en virtud de qué criterio competencial?
  2. ¿Cuál es el Derecho aplicable a la validez de una cláusula arbitral que aplicará dicho juez competente?
  3. ¿Cómo se articula procesalmente la validez de una cláusula arbitral en un procedimiento de *exequatur* de un laudo arbitral extranjero?
  4. ¿Qué significa que 5 de los 7 motivos de denegación del artículo V del convenio de Nueva Cork de 1958 sean alegables a instancia de parte?
- 

**III.2.- Recurso de anulación contra el laudo.**

**III.B.1.- Audiencia Provincial de Madrid, sec. 12ª, S 17-6-2008, nº 462/2008, rec. 3/2007. (EDJ 2008/152473)**

*Se desestima el recurso de anulación del laudo arbitral. Se han respetado las normas procesales básicas y los principios fundamentales de audiencia, contradicción y defensa, sin que en el laudo dictado se haya incurrido en infracción alguna que permita su anulación. (...)*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal Dr. Everardo interpone ante esta Sala recurso de Anulación contra el Laudo dictado con fecha 1 de febrero de 2007 en el procedimiento seguido ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid, a instancia de Laboratorios Leti S.L., el 17 de octubre de 2005. Alegando que el arbitraje incoado no se ha ajustado al acuerdo entre las partes, se infringe el art. 41 D y F de la Ley de Arbitraje de 26 de diciembre de 2003, y es contrario al Orden Público.

Lo impugna la hoy recurrente por haber utilizado el idioma castellano en lugar del inglés como se había pactado en el convenio arbitral, alega también por no haberse permitido la asistencia de traductor acompañando al representante legal de la impugnante, así como por no haber firmado el laudo nada más que dos árbitros en lugar de los tres designados, interesa por todo ello que se declare la nulidad del laudo al no haberse ajustado a lo convenido por las partes y ser contrario al Orden Público, ya que entiende afecta a los derechos protegidos en el art. 24 CE EDL1978/3879 lo que le ha provocado indefensión. (...).

SEGUNDO.- (...) El 19 de febrero de 2001, los hoy litigantes suscribieron un contrato de distribución exclusiva, (...) En dicho contrato, en su cláusula 15ª se pactó que cualquier litigio relativo al contrato firmado se sometería a arbitraje de derecho en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid. (...) dicho arbitraje se celebraría en Madrid y sometido a las leyes españolas, el idioma que se utilizaría sería el inglés. La razón de utilizar dicho idioma según explicación del testigo, letrado en aquel momento y redactor del contrato de la hoy apelante, que declaró en el acto del juicio era para que fuera una lengua extranjera para las dos partes.

La demandante, Laboratorios Leti S.L., presenta la solicitud de arbitraje en inglés y español el 17 de octubre de 2005, al amparo del convenio arbitral contenido en la mencionada cláusula 15.2 del contrato, y fue contestada por la demandada Dr. Everardo el 19 de diciembre de 2006 formulando además demanda reconvencional, únicamente en castellano. (...) En todo momento se utilizó el castellano como idioma de los árbitros, letrados y partes, así el 24 de julio de 2006 el Colegio Arbitral en aplicación del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid de 26 de marzo de 2004, (...).

(...) En el escrito de conclusiones presentado Dr. Everardo de 13 de diciembre de 2006 y en su alegación segunda en relación con el idioma manifiesta "se ha aceptado el uso de la lengua castellana si bien Laboratorios Leti S.L., ha incumplido con su obligación de servir a la Corte traducción al inglés de todos los documentos escritos que presentaba a pesar de los reiterados escritos presentados por esta representación al respecto" y en el SUPlico a la Corte

ninguna referencia se hacía a la posible indefensión por utilización del castellano.

TERCERO.- la pretensión de anulación del laudo se fundamenta en síntesis en que al haber utilizado el idioma castellano se incumplen los principios de igualdad, audiencia y contradicción. Y ello ha creado indefensión a esta parte por lo que el laudo es contrario al orden público al conculcar derechos fundamentales expresamente recogidos en la Constitución Española EDL1978/3879 , en concreto en el art. 24 , y al art. 41 D y F de la citada Ley . (...).

"Así, en el art. 45 se contemplan las causas de anulación judicial de un Laudo, las cuales, en atención a la naturaleza propia del instituto del arbitraje, necesariamente deben limitarse a los supuestos de contravención grave del propio contrato de arbitraje (aps 1º a 4º art. 45 ) o de las garantías esenciales de procedimiento que a todos asegura el art. 24 CE EDL1978/3879 , sin extenderse a los supuestos de infracción del Derecho material aplicable al caso, y ello porque, de lo contrario, la finalidad última del arbitraje, (...).

CUARTO.- (...) mediante la acción de anulación sólo podrá obtenerse la nulidad total o parcial del laudo, nunca su modificación. (...) la acción de anulación no supone una nueva instancia revisora. La Audiencia Provincial de Madrid en reciente Sentencia de fecha 18 de abril de 2006 EDJ2006/82057 , señala que: "La acción de anulación del laudo arbitral, regulada en los arts. 40 y ss. de la vigente Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003, se configura como un remedio extraordinario, sui géneris, con motivos tasados de corte casacional (...).

La vulneración del orden público sólo es posible cuando el árbitro haya pronunciado su laudo con clara infracción de derechos fundamentales. (...)

QUINTO.- (...) El recurso de anulación no constituye pues una vía para quien pretende una resolución más justa, sino que atiende a los casos de "ilegalidad" del laudo, (...).

La producción de la indefensión ha de vincularse con la infracción de formalidades y principios esenciales y básicos. Por tanto, sólo se origina indefensión cuando se infringen principios esenciales del procedimiento arbitral. En tal sentido, la indefensión, que se alegue, a causa de que en el procedimiento arbitral no se hayan aplicado los principios esenciales y básicos indicados en el art. 24 CE EDL1978/3879 , no debe originarse en el propio comportamiento de quien la alega. (...).

(...) es evidente que a pesar de haberse convenido que el idioma del procedimiento sería el inglés, ambas partes aceptaron la utilización del castellano de conformidad con lo que se establece en el Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid, por tanto, en el

presente caso no apreciamos vulneración de tales garantías y derechos fundamentales. (...)

NOVENO.- Como último motivo se refiere la sociedad impugnante al hecho de que uno de los árbitros, el designado por ella misma, no firmó el laudo; aunque dicho motivo no fue alegado en la vista oral hemos de decir que tampoco es motivo de nulidad. (...) El art. 37.3 de la actual LA establece que cuando haya más de un árbitro bastaran las firmas de la mayoría del Colegio Arbitral o sólo la de su presidente siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas. E incluso en el Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid en su art. 43 se establece que la decisión se tomará por mayoría de votos y en su art. 45 que si alguno de los árbitros no lo firmase se entiende que se adhiere a la decisión de la mayoría. Debe pues también rechazarse este motivo del recurso.

DÉCIMO.- En definitiva, en el expediente arbitral se han respetado las normas procesales básicas y los fundamentales principios de audiencia, contradicción y defensa, sin que en el laudo dictado se haya incurrido en infracción alguna que permita su anulación. (...)

**- Cuestiones a resolver:**

1. **¿Qué posibilidades de recursos disponen las partes contra el laudo arbitral?**
2. **¿El recurso de anulación de un laudo arbitral puede modificar el contenido del mismo?**
3. **¿cuáles son los motivos de anulación de un laudo arbitral bajo este tipo de recurso?**
4. **¿Pueden las partes del procedimiento arbitral modificar elementos del convenio arbitral?**

**III.B.2.- 2008/03.- Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena, nº 221/2008, Sentencia de 5 de mayo de 2008. (JUR 2008\177811)**

Acción de anulación.- Laudo contrario al orden público.- Falta de independencia del árbitro: improcedencia.- Conversaciones que dieron lugar a la integración del despacho de abogados de uno de los árbitros con el de una



de las partes.– Decisión adoptada con anterioridad al inicio de dichas conversaciones.– Anulación improcedente.

SEGUNDO.– (...) debe resaltarse el carácter internacional del laudo, cuya nulidad se solicita a tenor del art. 3 de la Ley de Arbitraje, al concurrir todos los requisitos que dicho precepto establece, al tener el domicilio ambos contratantes en Estados distintos, y al afectar dicho laudo a interés del comercio internacional, si bien y en base a lo establecido en el art. 1 de la citada ley, al haberse dictado el laudo impugnado en España, debe aplicarse la ley española en base a lo establecido en el art. 1 de la Ley de Arbitraje, que establece que la citada ley será aplicable a los arbitrajes que hayan tenido lugar en el territorio español, sea de carácter interno o internacional, sin perjuicio de que deba tenerse en cuenta el Reglamento de la CCI, para examinar la regularidad del procedimiento arbitral. (...)

CUARTO.– (...) El 24 de octubre de 2001 entre ABENER y SKODA se firmó un contrato para el suministro de un tubo generador para la planta de generación de energía por ciclo combinado de “EL SUEZ”, sita en Méjico, siendo comprador ABENER, y suministrador o contratista la entidad SKODA.

En dicho contrato se pactó una cláusula de sometimiento al arbitraje de las desavenencias que pudieran surgir en relación a dicho contrato, que se resolvería por tres árbitros de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. (...).

El procedimiento Arbitral se inició a instancias de ABENER en fecha 14 de junio de 2004, procediendo cada una de las partes a designar uno de los árbitros, designando ABENER a D. Julio González Soria y SKODA a D. José Manuel Merino Merchán, acordando dichos árbitros el nombramiento como Presidente del Tribunal a D. Manuel Olivencia Ruiz, el cual con carácter previo a su aceptación comunicó de la CCI y a las partes el hecho de que en el pasado había prestado asistencia legal al GRUPO ABENER, a pesar de lo cual, ninguna de las partes puso objeciones a su nombramiento, al entender que tal hecho no suponía ningún tipo de obstáculo a la independencia de dicho arbitro. (...).

Del resultado de la prueba documental aportada a los autos, así como de la declaración de los testigos que declararon el acto del juicio, especialmente de la declaración de D. Manuel Olivencia Ruiz, a principio del mes de mayo de 2006, entre dicho testigo en su calidad de director del Despacho de Abogados Olivencia–Ballester se iniciaron negociaciones con el Despacho de Cuatrecasas, firma de abogados que asesoraba en dicho procedimiento arbitral a ABENER, con el fin de proceder a la integración o fusión de ambos despachos de abogados, llevando a cabo las negociaciones de dicha fusión o integración el Sr. Pedro Jesús en representación del Despacho Olivencia–Pedro Jesús, y en nombre de Cuatrecasas D. Iván, conversaciones que culminaron con un acuerdo de integración de ambos despachos de abogados



aprobado en la junta general de accionistas de Cuatrecasas de fecha 11 de julio de 2006, pasando a asumir las funciones de Vicepresidente del nuevo despacho de Abogados D. Manuel Olivencia Ruiz.

QUINTO.– (...) deber resolverse la cuestión central de la nulidad solicitada del laudo a tenor del art. 41.1 de la Ley de Arbitraje que establece d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley, o bien por ser contrario al orden público, en este último caso por entender que la falta de independencia de los árbitros constituye una vulneración del orden público.

(...) debe distinguirse entre la imparcialidad y la independencia de los árbitros, debiendo distinguirse por un lado el hecho de la imparcialidad del árbitro con la obligación de ser y permanecer independiente de las partes. Respecto a la denuncia de infracción del deber de imparcialidad del árbitro, ha de partirse del hecho acreditado en los autos, que el laudo fue aprobado por unanimidad de los tres árbitros, presentándose el borrador de dicho laudo ante la Secretaría de la Corte el día 10 de marzo de 2006, a fin de que en base a lo establecido en el art. 27 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, se procediera a su examen previo por la Corte, examen que en el caso de autos, tal como manifestaron los testigos que declararon en el acto del juicio, dos de ellos miembros del Tribunal arbitral, y de forma especial D. José Fernando Merino Merchan, se limitó a aspectos meramente formales del auto, debiendo deducirse por lo tanto que en el presente caso no concurre la falta de imparcialidad del árbitro presidente, a los efectos de entender que el laudo sea nulo por ser contrario al orden público, pues si bien consta en los autos, y así se declara probado en esta resolución, que existieron relaciones de carácter profesional entre el Despacho de abogados del que formaba parte el árbitro–presidente del Tribunal arbitral, con anterioridad a la firma definitiva del laudo, con el despacho de abogados que asesora a una de las partes en el procedimiento, el tribunal arbitral ya había adoptado por unanimidad de todos sus miembros su decisión, y lo había elevado a la Secretaría de la Corte con anterioridad al inicio de los contactos entre ambos despachos para llevar a cabo su integración o fusión, y desde esta perspectiva no puede entenderse que se haya visto afectada la imparcialidad del árbitro por dichos contactos, y desde esta perspectiva no puede entenderse que el auto sea nulo en base al art. 41.1º.f LA, pues tanto desde un punto de vista objetivo, como desde un punto de vista subjetivo, cuando el tribunal arbitral tomó su decisión no existían los contactos entre ambos despachos de abogados, debiendo estarse y examinarse esta cuestión no en base a aspectos meramente formales, como es la fecha en que formalmente aparece dictado el laudo, sino a la fecha en que el tribunal arbitral resolvió la controversia entre las partes, y remitió el laudo, para su examen formal a la Secretaría de la Corte, hechos todos ellos que se produjeron con anterioridad a iniciarse los contactos entre ambos despachos de abogados.

SEXTO.– (...) art. 41.1, d, (...) impone (...) a la parte que insta la nulidad no sólo que alegue la causa de nulidad, sino que pruebe ella, y no la parte contraria, la concurrencia del vicio o defecto en el procedimiento arbitral que a su juicio determina la nulidad del laudo.

(...) el art. 7 del Reglamento de Arbitraje Internacional, y el art. 17 LA establecen no sólo la obligación que tiene todo árbitro de ser y permanecer independiente de las partes, sino también el deber de comunicar inmediatamente y por escrito, tanto a la Secretaría como a las partes cualquier hecho o circunstancia que surja durante la tramitación del procedimiento arbitral, susceptible, desde un punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia.

(...) ha quedado acreditado en los autos, que las conversaciones entre el despacho Olivencia– Pedro Jesús y Cuatrecasas para su fusión o integración se iniciaron a principios de mayo de 2006, según reconocimiento de D. Manuel Olivencia en su declaración como testigo, la primera conversación sobre este tema tuvo lugar el día tres de mayo de 2006, y el laudo fue firmado de forma definitiva por las partes el 28 de junio de 2006, es decir que desde el día 3 de mayo de 2006 fecha en que se iniciaron las conversaciones entre el despacho de abogados en el que estaba integrado el presidente del tribunal arbitral y el despacho de letrados que asesoraba a una de las partes en el procedimiento arbitral, hasta el día 28 de junio de 2006 se estaban desarrollando las conversaciones entre ambos despachos de abogados para su integración.

Con relación a la relevancia de estos hechos, y si los mismos debían ser comunicados por el árbitro afectado por esta situación a la Secretaría de la Corte como a las partes, a pesar de la confidencialidad que debe reconocerse a dichas negociaciones, teniendo en cuenta que los árbitros no sólo deben ser realmente independientes de las partes, sino también debe mantener esa independencia formal o externa, a fin de evitar toda duda sobre esa independencia o imparcialidad, tal hecho, como es las negociaciones existentes entre ambos despachos de abogados, el despacho en el que se hallaba integrado el árbitro– presidente del Tribunal y el despacho que asesoraba a una de las partes, tiene suficiente relevancia a los efectos de que debía ser comunicado a las partes en el cumplimiento que este deber que establece tanto el art. 7 del Reglamento de la CCI, como el art. 17 de la Ley de Arbitraje, sin que pueda servir de justificación a dicha omisión la mayor o menor amplitud o extensión que pueda existir entre los despachos de abogados afectados, y que no existiera sobre esa cuestión ninguna conversación entre ambos despachos, por ser letrados y personas distintas las que asumieran las conversaciones sobre la fusión o integración, y otros letrados los que asumieron el asesoramiento el procedimiento arbitral de una de las partes en dicho procedimiento.

Ahora bien debe examinarse si el incumplimiento de dicha obligación debe tener como consecuencia la nulidad del laudo dictado en base al art. 41.1º.d,

de la ley de arbitraje, al entender que el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo de las partes, en el presente caso al Reglamento de Arbitraje de la CCI, al no haberse notificado ese hecho relevante por el árbitro. Con relación a esta cuestión debe partirse también de que no toda infracción del procedimiento arbitral puede o debe llevar a la nulidad del procedimiento arbitral, ha de tratarse de una infracción esencial, que tenga una incidencia importante en la tramitación del procedimiento, en la medida que afecte bien a normas esenciales del procedimiento arbitral, o bien afecte a los principios básicos de la institución arbitral.

Partiendo del presupuesto que de que el deber de ser y mantenerse independiente e imparcial de las partes de los árbitros, es un presupuesto básico de todo procedimiento arbitral, es necesario determinar si el incumplimiento de ese deber de información, de los hechos acaecidos con posterioridad al nombramiento del árbitro—presidente del colegio arbitral en el presente caso ha de ser configurado o calificado como esencial o trascendente sobre la regularidad del procedimiento arbitral.

(...) tal hecho no afectó a la imparcialidad del árbitro, en la medida que la decisión del tribunal arbitral se había adoptado con anterioridad a ocurrir tales hechos, como es que el inicio de las negociaciones tuvo lugar con posterioridad al momento de remitirse el borrador del laudo a la Secretaría de la Corte que tuvo lugar el día 10 de marzo de 2006, con anterioridad a la fecha en que se iniciaron dichas negociaciones, limitándose la corte a una revisión formal del laudo, ha de llevar a la conclusión que el hecho de no haberse revelado tal dato a las partes, no tiene la trascendencia ni importancia suficiente para determinar la nulidad del laudo, (...) aunque formalmente el laudo no se firmara y notificara a las partes hasta después de haberse iniciado las mismas. (...).

#### **- Cuestiones a resolver:**

- 1. ¿Qué condiciones debe reunir un arbitraje para ser considerado como internacional?**
- 2. ¿Cuál es la Ley aplicable al procedimiento arbitral y dónde se regula esta circunstancia?**
- 3. ¿Cómo debe interpretarse el deber de independencia e imparcialidad de los árbitros?**
- 4. ¿Supone esta obligación una causa de nulidad del laudo arbitral?**

## IV. DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE

### IV.1.- Prueba del derecho extranjero

#### **IV.A.1.- Audiencia Provincial de Las Palmas, sec. 3ª, S 13-6-2008, nº 416/2008, rec. 695/2007. (EDJ 2008/158367)**

*Se desestima la demanda de divorcio, confirmando la sentencia de primera instancia, por inactividad de las partes en la prueba del derecho extranjero, por tratarse de un matrimonio de dos nacionales ecuatorianos, alegando que éstos debieron de haber acreditado el derecho ecuatoriano en materia de divorcio, por ser esta la ley aplicable correspondiente a su nacionalidad común.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda de divorcio solicitado por la apelante al considerar que al ser ambos contrayentes de nacionalidad Ecuatoriana y regirse el divorcio por su Ley nacional debió ser acreditado el derecho Ecuatoriano, en materia de divorcio, se alza la actora señalando, en primer término que el derecho aplicable es el español, en contra de lo manifestado en la sentencia pues, según lo establecido en el art. 107 CC EDL1889/1 se aplicará la Ley española en todo caso cuando uno de los cónyuges resida habitualmente en España y en el presente caso ambos cónyuges residen en España tal y como consta acreditado en autos y, en segundo lugar que según lo dispuesto en el artículo 281 LEC EDL2000/77463 la prueba del derecho extranjero recae sobre la que lo invoque aparte de que es doctrina la que señala que el derecho extranjero puede conocerse por cuantos medios de averiguación estime el tribunal.

Como cuestión previa señalar que los casos como el presente de crisis matrimoniales, debe atenderse en virtud de la norma de remisión contenida en el artículo 9.2.2º CC EDL1889/1, a lo dispuesto en el artículo 107 CC EDL1889/1, y en cuyos supuestos, sin perjuicio de cuanto seguidamente se dirá, en modo alguno resulta de aplicación el Derecho español aún de forma subsidiaria.

En primer término la residencia de uno de los cónyuges en territorio Español no hace aplicable el derecho español, en todo caso, sino cuando concurre alguno de los presupuestos que bajo los epígrafes a; b y c se consignan a

continuación del segundo párrafo del artículo 107 CC EDL1889/1, es decir que resultará aplicable al divorcio (que es el caso) la ley española cuando cumulativamente concurren dos requisitos: primero, que uno de los cónyuges resida habitualmente en España; y segundo, alguno de los supuestos previstos en los epígrafes señalados, y si bien no existe controversia acerca de la concurrencia del primer requisito, residencia en España, nada se alega, ni se prueba, sobre la concurrencia de alguno de los supuestos previstos a continuación (no aplicación de alguna de las leyes de referencia; petición del divorcio por ambos cónyuges o por uno con consentimiento del otro o que la Ley que resultaría aplicable no reconoce el divorcio o lo hace de forma indiscriminada o contraria al orden público) que la separación (o el divorcio) se pida por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

En segundo término, en contra de lo señalado en el recurso, no se infringió por el Juzgador lo dispuesto en el artículo 281 LEC EDL2000/77463 pues si bien dicho precepto permite al juzgador a averiguar por todos los medios que estime necesarios el Derecho extranjero aplicable, no le obliga a ello, recayendo sobre la parte la obligación de alegar y probar la vigencia y contenido del derecho ecuatoriano dado que es evidente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 107 CC EDL1889/1, que el presente pleito debe de resolverse necesariamente de conformidad con el derecho Ecuatoriano al ser la ley nacional común de los dos cónyuges, lo cual es cuestión de orden público de cuya aplicación no pueden las partes sustraerse. La intervención del Juez solo puede ser complementaria de la labor de las partes, pero nunca sustitutiva de su inactividad; inactividad ésta que es la causa única de la desestimación de la demanda. Criterios éstos que confirma la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de diciembre de 2000 EDJ2000/49731 al exponer que es doctrina de la Sala 1ª considerar al derecho extranjero como cuestión de hecho que, por tanto, corresponde alegar y probar a la parte que lo invoca (SSTS de 11 de mayo de 1989 EDJ1989/4902 y de 3 de marzo de 1997 EDJ1997/497 ); que los órganos judiciales tienen la facultad pero no la obligación, de colaborar con los medios de averiguación que consideren necesarios (SSTS de 9 de noviembre de 1984 y 10 de marzo de 1993 EDJ1993/2390 ); que no puede en España aplicarse de oficio la ley extranjera, cuando la misma no ha sido alegada suficientemente (sentencia de 23 de octubre de 1992 EDJ1992/10381 ).

#### **- Cuestiones a resolver: generales**

- 1. ¿Cuál sería el Derecho aplicable a este supuesto de divorcio entre dos personas extranjeras?**
- 2. ¿Puede el juez aplicar de oficio el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española?**

3. ¿Qué problemas plantea el archivo de la causa por falta de alegación del Derecho extranjero?
4. ¿De qué medios disponen las partes para alegar y probar el Derecho extranjero?

---

**IV.A.2.- Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 18ª, S 3-6-2008, nº 381/2008, rec. 158/2007. (EDJ 2008/135904)**

Alegación y prueba del derecho extranjero aplicable por una de las partes a requerimiento del tribunal: Prueba negativa del derecho alemán. No puede aplicarse el derecho alemán porque desconoce la separación judicial. Se aplica subsidiariamente el derecho español. En concreto, se aplica el “Codi de Família” al tener las partes su última residencia habitual en Cataluña.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- (...) A todo ello se opuso el demandado alegando que era de aplicación el Derecho Alemán, y que interpuso demanda de divorcio en Alemania antes de la notificación de la demanda de autos, peticionando que no se diera lugar a la misma.

La sentencia recurrida desestima la demanda con fundamento en que no se ha probado el Derecho extranjero, Derecho que es de aplicación según lo dispuesto en los arts. 12 y 107 CC, y contra la misma se alza la apelante alegando que quien alegó el Derecho extranjero fue el esposo, e insiste en su solicitud inicial.

A instancia de esta Sala se requirió a la apelante a fin de que informara sobre la situación del procedimiento de divorcio en Alemania, dado que el acto del juicio estaba previsto para el 21-6-2006. Tal requerimiento se evacuó en el sentido de que tal vista había sido suspendida, y que el Derecho Alemán desconoce la separación judicial, por lo que han recurrido al Derecho del Estado de su residencia habitual, España, ello con la finalidad de regular las relaciones entre las partes hasta que se dicte sentencia de divorcio. También manifestó que se sigue en Alemania otro procedimiento de alimentos para después del divorcio, así como una cuestión correlativa para la liquidación del régimen de participación en ganancias.



SEGUNDO.- Establece el art. 12 CC EDL1889/1 que las normas de conflicto son aplicables de oficio. El art. 9 CC EDL1889/1 señala que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad; dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte; añade que la nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el art. 107 CC EDL1889/1, es decir, por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda. Las partes son de nacionalidad alemana y contrajeron matrimonio en Alemania.

Pues bien, como ya se dijo en la sentencia de esta Sala de 17-4-2007 , ciertamente la doctrina mayoritaria del TS en sus sentencias, entre otras, de 17-7-2001 y 5-3-2002 , ha mantenido la aplicación del Derecho nacional cuando el Derecho extranjero no haya sido probado, para evitar el vacío jurídico y evitar indefensión, pero es de destacar que la sentencia del mismo Tribunal de 4-7-2007 , viene a decir que el derecho extranjero se aplica porque lo exige la norma de conflicto; es tratado como un hecho y por ello debe ser objeto de alegación y prueba; incluso la sentencia de 10-6-2005 llega a afirmar que la norma jurídica extranjera viene designada por la norma de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio. De todo ello se desprende que la imperatividad de las normas de conflicto faculta a los jueces y Tribunales a introducir la aplicación del Derecho extranjero que se derive de las normas del procedimiento, de manera que no es imprescindible que su aplicación sea alegada por las partes, sino que puede ser introducida de oficio por el juez.

Sentado lo anterior, el tema está ahora en resolver sobre la prueba de tal derecho extranjero. Al respecto, la sentencia del TS de 4-7-2006, en su Fundamento de Derecho Segundo, 3º , viene a decir que si bien el art. 281.2 LEC EDL2000/77463 , semejante al derogado art. 12, 6, 2 CC EDL1889/1 , establece que el Juzgador podrá valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, nunca podrá suplir la prueba del derecho extranjero, sino que podrá recabar de las partes que se aporten los documentos correspondientes. Y esto es lo que ha llevado a la Sala a formular el requerimiento que efectuó, del que se desprende que no se pueden aportar las normas del derecho alemán porque desconoce la separación judicial, y como dice la representación de la apelante, "los hechos negativos no se pueden demostrar". En consecuencia, si es aplicable de oficio el Derecho Alemán, si se ha recabado la prueba del mismo, y esa prueba ha resultado negativa porque la separación matrimonial no se contempla en el Derecho Alemán, será de aplicación el art. 107.2 CC EDL1889/1 después de la reforma por la Ley 11/2003 que obliga a aplicar el Derecho español, más en concreto el Codi de Família al tener las partes su última residencia habitual en Castelldefels desde el año 1974.

**- Cuestiones a resolver:**

1. ¿El derecho alemán ha sido suficientemente alegado y acreditado por las partes?
2. ¿Qué problemas de Derecho internacional privado se plantean en este supuesto?
3. ¿Sería de aplicación el Código civil o el Derecho foral catalán?  
¿Por qué?
4. ¿Resulta conveniente la aplicación del Derecho español pese al mandato de la norma de conflicto?

---

**IV.2.- Institución desconocida**

**IV.2.1.- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, S 30-4-2008, nº 338/2008, rec. 1832/2001. (EDJ 2008/48900)**

*No se aplica el derecho norteamericano en materia sucesoria, que es la ley nacional del causante, por no haber sido probado. Ante la falta de prueba del contenido del derecho extranjero, se aplica el derecho español. Ha de rechazarse la validez del “trust” por ser una institución desconocida en el derecho español, y dar validez al legado testamentario del causante.*

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

TERCERO.- El primero de los motivos del recurso, con amparo en el núm. 4º del artículo 1.692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil EDL2000/77463 , denuncia la vulneración de los artículos 6.3 y 9.8 en relación con el artículo 12.2 y 12, párrafo último, del Código Civil EDL1889/1 y jurisprudencia, al aplicar la sentencia recurrida el derecho español a las cuestiones a resolver:



sucesorias objeto de debate, en vez de aplicar el derecho norteamericano, que era el propio de la nacionalidad del causante.

Olvida la parte recurrente que la sentencia impugnada reconoce que el derecho aplicable a la sucesión del Sr. Alberto es el propio de su nacionalidad, y concretamente el vigente en el estado de Arizona por aplicación de lo dispuesto en la norma de conflicto contenida en el artículo 9.8 del Código Civil EDL1889/1 en relación con el 12.1 del mismo código, aun cuando la sentencia no llegue a aplicar la normativa de dicho estado por afirmar que la parte actora no ha cumplido con la carga probatoria que le incumbe en orden a acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española (artículo 12.4 Código Civil EDL1889/1 ).

A este respecto ha de recordarse lo razonado por la sentencia de esta Sala de 27 diciembre 2006 EDJ2006/364877 que, reiterada por la de 4 julio 2007 EDJ2007/80186 , se pronuncia en los siguientes términos:

"... el derecho extranjero es una cuestión de hecho, y es necesario acreditar y probar la exacta entidad del derecho vigente, su alcance y autorizada interpretación, pues de otro modo, cuando no le sea posible al Tribunal español fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrá de juzgar y fallar según el Derecho patrio, de acuerdo con el artículo 12.6 II del Código civil EDL1889/1 (texto entonces vigente), cuyo inciso final y la interpretación en base a jurisprudencia consolidada (sic).

Lo que no puede ser confundido con la aplicación de oficio de la norma de conflicto, además de que la jurisprudencia ha declarado que quien invoca el Derecho extranjero ha de acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma y su aplicación al caso litigioso, y la facultad que se concede al juez en el artículo 12.6. II, inciso final (texto hoy derogado por la Ley 1/2000 de 7 de enero EDL2000/77463 ) no constituye una obligación".

Esto es en definitiva lo resuelto por la sentencia impugnada que, en consecuencia, no ha infringido ninguno de los citados preceptos al aplicar correctamente al caso la norma de conflicto y, posteriormente, lo previsto en el derecho español ante la falta de acreditación del contenido y alcance del derecho extranjero, extremos que el juzgador no estaba obligado a investigar de oficio.

CUARTO.- (...) ha partido de la consideración de que efectivamente el derecho aplicable a la sucesión del Sr. Alberto era el propio del estado de Arizona por aplicación de la norma española de conflicto (artículo 9.8) pero, al no haber sido acreditado el contenido y alcance de la normativa material aplicable en relación con el caso presente, se imponía la aplicación del derecho español, pues necesariamente había de resolverse la cuestión planteada como exige el artículo 1.7 del Código Civil EDL1889/1; siendo así que en tal sentido habían de aplicarse las disposiciones contenidas en el testamento del Sr. Alberto y no

las del trust, instituido por el mismo en la misma fecha, al tratarse en el caso de un negocio sucesorio no previsto en el derecho español.

El trust constituye una figura por la que se establece una relación fiduciaria en la que una persona es el titular del derecho de propiedad sujeto a una obligación de equidad de mantener o usar la propiedad en beneficio de otra.

Se puede constituir el trust tanto por acto "inter vivos" como "mortis causa". Se trata de un negocio jurídico ampliamente utilizado en los países del Common Law con diversas finalidades; pero resulta desconocida en derecho español, tanto material como internacional privado.

De su importancia e implantación da muestra la existencia del Convenio de La Haya de 1 julio 1985 sobre ley aplicable al trust y su reconocimiento, que pretende hacer frente a los problemas derivados del desconocimiento de la institución en muchos ordenamientos jurídicos.

El Convenio entró en vigor el 1 de enero de 1992 y ha obtenido hasta ahora escasa ratificación, sin que haya sido suscrito por España.

El artículo 2 del Convenio define los elementos que han de concurrir en una institución para poder ser calificada como trust a efectos de su aplicación y así reza lo siguiente:

"A los efectos del presente Convenio, el término "trust" se refiere a las relaciones jurídicas creadas -por actos inter vivos o mortis causa- por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un "trustee" en interés de un beneficiario o con un fin determinado.

El "trust" posee las características siguientes:

- a) Los bienes del "trust" constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del "trustee".
- b) El título sobre los bienes del "trust" se establece en nombre del "trustee" o de otra persona por cuenta del "trustee".
- c) El "trustee" tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del "trust" y las obligaciones particulares que la ley le imponga".

Partiendo de que en el caso se trataba de un trust constituido "mortis causa", resulta claro que la inexistencia de norma específica de conflicto en derecho español determinante de cuál sería el derecho material aplicable a la figura ha de suplirse acudiendo a la norma de conflicto propia de la sucesión "mortis causa" que, contenida en el artículo 9.8 del Código Civil EDL1889/1, remite al derecho representado por la ley nacional del causante; en este caso, la propia del estado de Arizona.

Sentado lo anterior, no puede prosperar ninguno de los anteriores motivos ya que, falto de prueba el contenido del derecho extranjero aplicable, ha de rechazarse la validez del "trust", desconocido en el derecho español, y, aplicándose éste, dar validez al legado testamentario del causante (...)

QUINTO.- Igualmente se ha de rechazar el motivo cuarto, que se formula por infracción de los artículos 675 y 1.256 en relación con los artículos 1.281 y siguientes, todos ellos del Código Civil EDL1889/1 , y atribuye a la sentencia recurrida una interpretación arbitraria y errónea de las disposiciones testamentarias de D. Alberto, que habrán de dar lugar a la nulidad de la escritura de adjudicación de herencia otorgada en España, pues se ha procedido -según razona la parte recurrente- a interpretar las disposiciones testamentarias del causante olvidando que existe, como parte integrante de las mismas, un trust irrevocable y aceptado por todos los herederos.

Hay que reiterar la necesidad en que se encuentra el juez español de aplicar al caso su propio ordenamiento jurídico a falta de prueba adecuada sobre el derecho extranjero, que resultaría aplicable según la norma de conflicto; por lo que, no siendo reconocida la figura jurídica del trust ni compatible con nuestras normas de derecho sucesorio, se ha de limitar a aplicar las disposiciones del causante contenidas en su testamento en cuanto resultan válidas y conformes con nuestro derecho (...).

**- Cuestiones a resolver:**

1. **¿Cuál resulta ser la Ley aplicable en este supuesto de sucesiones?**
2. **¿Qué problema se plantea de Derecho internacional privado y cómo se soluciona?**
3. **¿Puede limitarse la aplicación del Derecho extranjero de forma parcial?**
4. **¿Sería de aplicación el Derecho extranjero respecto de algunas cuestiones a resolver: sucesorias?**

---

**IV.3.- Sucesiones**

**IV.B.1.- Supremo Sala 1ª, S 25-6-2008, nº 641/2008, rec. 2013/2001. (DJ 2008/118945).**

*Ha lugar al recurso de casación formulado por la demandante contra la sentencia de la AP que, habiendo estimado parcialmente el recurso de la misma parte, desestimó la petición de fondo, contra la sentencia de primera instancia, que estimó la excepción de falta de jurisdicción para conocer del asunto, referente a la revocación de un testamento otorgado en el extranjero. La Sala, determinada la competencia de la jurisdicción española para conocer del asunto al existir al menos un inmueble objeto de la sucesión en España conforme a la regla de competencia aplicable, indica la legitimación del demandante al existir un interés legítimo en obtener el pronunciamiento y el efecto revocatorio, interés legítimo que debe reconocerse a quienes de forma abstracta y general se encuentren en situación de ser llamados a la herencia abierta conforme a las disposiciones testamentarias, que en el presente caso vista la relación de parentesco de la demandante con el causante existe.*

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- (...) I Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia acogiendo la excepción de falta de jurisdicción, por considerar que la competencia para conocer del litigio correspondía a los tribunales de México, (...)

La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de primer grado, y revocó ésta, declarando la competencia de la jurisdicción española para conocer de la cuestión litigiosa (...)

SEGUNDO.- (...) Resulta imprescindible, por lo tanto, dar respuesta a esta cuestión, cuyo carácter de orden público es notorio -lo que deja expedito su examen de oficio-, y verificar si los tribunales españoles tienen competencia para conocer de unas pretensiones que tienen por objeto la revocación de un testamento otorgado en el extranjero por otro posterior otorgado en España y la declaración de ineficacia de los actos jurídicos que son consecuencia del primero. Este control de la competencia judicial internacional ha de hacerse necesariamente a la vista de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL1985/8754, a falta de norma convencional o, en general, de norma de carácter supranacional que resulte aplicable, y, en concreto, a la vista de lo dispuesto en su apartado tercero, una vez que se ha comprobado que no concurren ninguno de los foros de competencia exclusiva que establece el apartado primero del mismo artículo, y después de que se han excluido los foros generales establecidos en su apartado segundo, ya que no hay pacto expreso de atribución de competencia en favor de los tribunales españoles ni sumisión tácita a éstos, y que falta la conexión del domicilio del demandado

que sirve para atribuir la competencia a los tribunales españoles. Se ha de estar, pues, a la regla que establece el último inciso del apartado tercero del artículo 22, con arreglo al cual, los juzgados y tribunales españoles serán competentes, en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España; regla de competencia internacional que se estructura en torno a dos conexiones alternativas y que resulta aplicable habida cuenta de la materia objeto de la pretensión que se ejercita a título principal, calificada, como no podía ser de otra manera, con arreglo a la *lex fori* (la ley del foro). Dicha regla conduce a atribuir, como ha hecho en este caso el tribunal de instancia, la competencia de la jurisdicción española, pues resulta incontrovertida la existencia de, al menos, una vivienda sita en Madrid que, por ser en su día propiedad del causante, se ha de integrar en el caudal relicto. El argumento utilizado por la Audiencia Provincial (Sección decimotercera) en la Sentencia que se ha aportado por la parte recurrida y ha quedado incorporada a estas actuaciones no se comparte: la regla de competencia internacional ha de interpretarse en su sentido propio, entendiendo el empleo del plural del que se sirve el legislador para construir la conexión alternativa como un mecanismo lingüístico para indicar la diversidad, no numérica, sino material, de los inmuebles sobre cuya posesión en España gravita la regla de competencia. No se justifica, por tanto, una interpretación de ésta que excluya los casos de posesión en España de un solo bien inmueble, tanto más cuanto la sucesión puede verse limitada al mismo, o, como aquí sucede, es el que en definitiva ha determinado el ejercicio de la acción judicial, y cuya significación económica reconocen, por ende, los demandados que han opuesto la excepción de falta de jurisdicción. No puede decirse, pues, que la competencia de los tribunales españoles responda a un criterio atributivo exorbitante, que deje al tribunal desconectado del objeto del proceso, y que, por ello, resulte injustificado; ni que, por la misma razón, haya situado a los demandados en posición de indefensión, habiendo podido éstos articular convenientemente su defensa ante un órgano jurisdiccional que mantiene una proximidad razonable con el objeto del proceso y con aquello que ha de ser materia de la ejecución de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la parte actora. Y menos aun cabe decir que la competencia de los tribunales españoles responde a la búsqueda interesada -y por ello fraudulenta- de un foro de conveniencia, en función de la ley materialmente aplicable al fondo del asunto, vista la nacionalidad del causante al tiempo de su fallecimiento, y habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 9.8 del Código Civil EDL1889/1. (...)

TERCERO.- (...) se alega la infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a la legitimación activa, con invocación, (...) por falta de aplicación, del artículo 11.1 del Código Civil EDL1889/1 y 694 a 705 del mismo cuerpo legal sobre formas y solemnidades de los testamentos abiertos otorgados en España, y, también por falta de aplicación, la vulneración de la doctrina jurisprudencial relativa a la aplicación del derecho extranjero, (...).

El tribunal sentenciador parte de identificar la legitimación para ejercitar una pretensión que tiene por objeto la revocación de un testamento anterior otorgado en el extranjero por otro posterior otorgado en España con la condición de heredero derivada de este último, lo que a su vez pasa por acreditar la concurrencia de las circunstancias que, según las disposiciones testamentarias, permiten reconocer al actor tal cualidad legitimadora.

(...) la acción para impugnar la validez y la eficacia de un testamento corresponde a los que ostentarían por llamamiento de la ley el carácter de herederos,

(...) ha de verificarse, pues, la existencia de la legitimación de quien pretende la revocación de un testamento por otro posterior. El elemento configurador de la cualidad subjetiva en que consiste la legitimación se sitúa en la existencia de un interés legítimo en obtener el pronunciamiento y el efecto revocatorio, y este interés legítimo debe reconocerse a quienes de forma abstracta y general se encuentren en situación de ser llamados a la herencia abierta conforme a las disposiciones testamentarias, más allá de si reúnen en su persona las circunstancias, condiciones o características que le hacen acreedor del *ius delationis* (...).

**- Cuestiones a resolver:**

1. **¿Los tribunales españoles son competentes para conocer de este supuesto sucesorio?**
2. **¿Cuál sería el Derecho aplicable en relación con una acción de impugnación de la validez y eficacia de un testamento?**
3. **Valore la incidencia en el *forum* y el *ius* del principio de unidad y universalidad de la herencia.**
4. **¿Qué personas se consideran legitimadas para iniciar una acción procesal de esta naturaleza?**

---

**IV.4.- Contratos internacionales**



**IV.3.1.- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 2404/2008, de 30 de junio de 2008. (JUR 2008\211626).**

Convenios colectivos.- Pacto suscrito conforme a la legislación de Bahamas.- Acuerdos colectivos extranjeros: legislación aplicable.- Acuerdo firmado por comité de flota español con empresa española: sometimiento a la legislación y jurisdicción española.- Calificación, validez y eficacia.- Determinación conforme a su legislación específica.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Tras la Sentencia de instancia que desestima las pretensiones del demandante en reclamación de cantidad, declarando válido un pacto suscrito conforme a la legislación de Bahamas y sobre cuyas normas debe interpretarse, se alza la parte vencida en instancia interesando, en primer lugar, la revisión de los hechos declarados probados al amparo de la letra b) del art. 191 LPL, para conseguir modificar el hecho probado quinto añadiendo algunos sustantivos y frases a la redacción materializada por la Magistrada de instancia.

La modificación interesada no se admite porque además de no revelar error en el Juzgador a la hora de valorar la prueba, intenta añadir datos accesorios al conjunto de los hechos probados y a la construcción jurídica de la Sentencia absolutamente innecesarios para la resolución del conflicto de fondo, porque poca trascendencia tiene que algunos buques se abanderaran en Portugal, o que la empresa que contrataba personal tuviera oficina abierta en Bilbao, cuando consta indubitado y no es objeto de modificación, que el pacto controvertido se hizo conforme a la legislación bahameña, a ella se remite y ninguno de los datos interesados perturban este estado de las cosas.

En sede jurídica, al amparo de la letra c) del art. 191 LPL se denuncian como infringidos, en primer lugar, el art. 3.1º Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, en relación con los acuerdos de 15 de noviembre de 1993 y 25 de febrero de 2003, suscritos entre partes. En síntesis se defiende que la legislación aplicable al caso que nos ocupa es la española y no la bahameña, porque el acuerdo es firmado por un comité de flota español con una empresa española, hay sometimiento a la legislación y jurisdicción española, que el acuerdo proviene de un Expediente de Regulación de Empleo realizado en España y que hay sometimiento a las normas de la Seguridad Social española.

La cuestión litigiosa, referida a la misma empresa demandada, ha sido resuelta por la Sentencia de esta Sala de 26 de abril de 2004, “...” (AEDIPr, 2005/104).



Por tanto, una cosa es la plena validez de los pactos impugnados en esta sede conforme a la legislación bahameña y otra bien distinta que se contravengan en el mismo las normas imperativas y de policía de la legislación española, algo plenamente valorable y analizable en esta sede. La Sentencia de esta Sala citada, en procedimiento de despido, aclara de forma definitiva – aunque sea anticipar la solución de este recurso– que “atendiendo a la validez y a la eficacia conforme a la legislación bahameña del Acuerdo de 25 de febrero de 2003, debemos concluir la imposibilidad, al no vulnerarse ningún mínimo de derecho necesario español, de reclamar la indemnización establecida en el Acuerdo de 15 de noviembre de 1993, y, en consecuencia, la ausencia de responsabilidad alguna de la Empresa Nacional Elcano de la Marina Mercante Sociedad Anónima sobre las consecuencias de un despido improcedente imputables exclusivamente a Lauria Shipping Sociedad Anónima”, con la salvedad de que en el caso de autos, como perfectamente aclara la Sentencia de instancia al desestimar la excepción de inadecuación de procedimiento, el procedimiento es de cantidades y no de despido, aunque se pide la aplicación del acuerdo [...].

**- Cuestiones a resolver:**

1. **¿Cuál es la Ley aplicable al contrato internacional del supuesto que se reseña?**
2. **En caso de aplicación de una Ley extranjera ¿qué ocurre con las normas imperativas de la *Lex fori*?**
3. **¿Cabe la posibilidad de solicitar una acción de indemnización en este supuesto?**
4. **¿Qué ocurre con la normativa española sobre la materia de carácter imperativo?**

---

**IV.3.2.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 25ª, S 30-5-2008, nº 272/2008, rec. 701/2007. EDJ 2008/121890**

*Ley aplicable al contrato internacional la Ley española en virtud del art. 10.5 cc español. La Audiencia Provincial estima el recurso interpuesto por la parte*

*demandante, revocando la sentencia de instancia, ya que en virtud del contrato de concesión mercantil en exclusiva la concedente se obligaba a abonar a la actora las comisiones de venta efectuada por la misma o por empresas del mismo grupo en la zona en exclusiva pactada a favor del recurrente, por lo que la condena al pago de las mismas se impone en esta alzada.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- - La parte actora planteó en su demanda tres pretensiones, A) una primera de condena al pago de 24.695,98€ contra RUX SISTEMAS DE ANDAMIOS, S.A., B) otra segunda también de condena contra RUX SISTEMAS DE ANDAMIOS, S.A., GÜNTER RUX, GMBH y RUX SALES & SERVICES, GMBH al pago solidario de las comisiones devengadas como consecuencia de las ventas a terceros realizadas directamente en España Portugal o Andorra desde el extranjero por cualquiera de las empresas del grupo RUX.

La sentencia de primera instancia desestimó la petición tras declarar probado que el único de los demandados parte en los contratos celebrados en 2002, y a quien, por tanto, corresponde pagar las comisiones, es RUX SISTEMAS DE ANDAMIOS, S.A., y no a las otras dos sociedades llamadas al proces, de las cuales RUX SALES & SERVICES, GMBH, de acuerdo con la legislación alemana, ha sustituido en el tráfico jurídico a GÜNTER RUX, GMBH tras producirse su quiebra, empresa ésta matriz de RUX SISTEMAS DE ANDAMIOS, S.A., cuyo cese de actividad tampoco se discute. (...).

TERCERO.- - Según resulta del documento cuya traducción obra a los folios 159-162, y de la carta enviada a la actora el día 15 de mayo de 2003 (fs. 164 y 165), RUX SALES & SERVICES, GMBH fue constituida por el Síndico alemán con el fin de asumir la actividad operativa de VOLKER RUX, GMBH en el proceso de insolvencia seguido contra esa sociedad y GÜNTER RUX, GMBH, comunicando a la actora que las actividades de ventas de GÜNTER RUX, GMBH y VOLKER RUX, GMBH han sido reunidas en RUX SALES & SERVICES, GMBH. Los datos así expuestos implican que ésta es quien ha sustituido a la sociedad matriz en el tráfico comercial, ámbito donde se enmarcan los derechos y obligaciones del representante comercial. La sustitución sólo puede interpretarse en el sentido de asumir los compromisos comerciales suscritos por GÜNTER RUX, GMBH, en cuanto estamos ante el cambio de sujeto en la obligación, lo cual, conforme a la legislación española, no puede alterar su naturaleza y efectos, ocupando el nuevo la posición del antiguo (art. 1.205 CC EDL1889/1 ).

Por otro lado, las partes se sometieron en los contratos expresamente a la Ley Española (estipulación 9.2), criterio prioritario a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.5 CC EDL1889/1 para establecer cuál es la ley aplicable al contrato,

cuya validez y efectividad se confirma al cumplirse el requisito impuesto por el precepto de la existencia de alguna conexión del negocio con la ley de sumisión, por lo que no sería de aplicación la Ley Alemana, que, por otro lado, no se ha probado. Por eso, los argumentos relacionados en el informe basado en la Legislación Alemana sobre el derecho de los acreedores de GÜNTER RUX, GMBH de dirigirse contra RUX SALES & SERVICES, GMBH, no puede ser tenido en cuenta, dejando aparte su ausencia total de valor probatorio de la Ley extranjera si no va acompañado de la normativa aplicable al caso.

En realidad, nos hallamos ante un caso donde no es posible establecer con claridad las líneas fronterizas de responsabilidad de las dos sociedades alemanas, y no sólo porque una ha quebrado y la otra le ha sustituido en su actividad comercial desconociéndose hasta qué punto la quiebra continúa activa o en condiciones de asumir las deudas, sino también porque las comisiones reclamadas, aunque tienen su fundamento en las obligaciones contractualmente asumidas por GÜNTER RUX, GMBH con la actora, se generaron, en parte, cuando el procedimiento de insolvencia estaba ya iniciado. La dificultad de establecer el grado de responsabilidad de las dos sociedades, haciendo imposible individualizar a cuál de ellas corresponde responder y en qué medida por el pago de las diferentes comisiones reclamadas, permite acudir a la tesis de la solidaridad impropia sostenida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo también en casos de responsabilidad contractual, y trasladable al caso de autos con el fin de evitar el innegable perjuicio que originaría a la acreedora las modificaciones subjetivas y de operatividad de la deudora, fruto de acontecimientos ajenos por completo a su voluntad y sobre los que carece de control, (...).

**- Cuestiones a resolver:**

- 1. ¿Cuál es la Ley aplicable a este contrato internacional de distribución?**
- 2. Determinar el instrumento de regulación que designa la Ley aplicable a los contratos internacionales.**
- 3. ¿Qué relación existe entre el Código civil y el denominado Reglamento Roma I?**
- 4. ¿Puede individualizarse la responsabilidad entre las dos entidades alemanas? ¿Por qué?**

---

## IV.5.- Procedimientos concursales

### **IV.4.1.- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7, Madrid, S 11-4-2008, nº autos 182/2006. (EDJ 2008/61267)**

*El juzgado de lo mercantil declara culpable el concurso de la mercantil concursada por irregularidades relevantes en la contabilidad y por infracción de la obligación de solicitar la declaración judicial de concurso de acreedores. Se declara afectado por la calificación al administrador de la concursada en su condición de tal, y se le inhabilita para administrar bienes ajenos así como para representar o administrar a cualquier persona por un periodo de tres años. Se suspende la ejecución de la sanción de inhabilitación durante el periodo de cumplimiento del convenio aprobado. Declarado el cumplimiento del convenio se procederá a la remisión de la sanción impuesta, y en caso de su incumplimiento se procederá al cumplimiento íntegro de la sanción de inhabilitación.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEGUNDO.- (...) en primer lugar, la declaración del concurso como fortuito o culpable y sólo en el caso de declararse culpable, la sentencia deberá identificar a las personas afectadas por dicha calificación (...)

El artículo 164.1 de la Ley Concursal impone la calificación de concurso culpable "... cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho." (...)

TERCERO.- El primer motivo que sustenta la petición de calificación del concurso culpable se refiere a la falta de revocación de la garantía otorgada por la concursada a favor de su filial en Japón, Del Prado Japan Co., Ltd, una vez perdido el control en la misma, (...).

Y en este sentido la jurisprudencia del Tribunal (...) admite la posibilidad y eficacia en nuestro derecho de dichas cartas de patrocinio, basadas en el principio de libertad de contratación que establecen los artículos 1255 del Código Civil EDL1889/1 y concordantes, pero estableciendo los siguientes requisitos o presupuestos:

1.- Que exista intención de obligarse la sociedad matriz a prestar apoyo financiero a la filial o a contraer deberes positivos de cooperación a fin de que la Compañía subordinada pueda hacer afectivas las prestaciones que le alcanzan en sus tratos con el tercero favorecido por la carta, careciendo de aquella obligatoriedad las declaraciones meramente enunciativas. (...).

En la carta remitida por D. Andrés en su calidad de director general de la concursada a (...) se hace constar que: "Con el fin de inducir a ampliar y/o mantener el crédito a favor o por cuenta de Del Prado Japan y adquirir o aceptar compromisos y/o contratos editoriales de los que Del Prado es responsable, garantizamos incondicionalmente, en calidad de obligado principal y no de mero garante, el pago puntual en su momento, ya sea por vencimiento, anticipación o de otro modo, de todas las obligaciones (existentes actualmente o en el futuro) asumidas por Del Prado Japan frente a ustedes en virtud del referido crédito y los compromisos y/o contrato editoriales, ya sea con respecto al principal, intereses, honorarios, gastos o por cualquier otro concepto..... Asimismo, nos obligamos a abonarles todos los gastos en que ustedes incurran en ejecución de la presente garantía..."

Del contenido de la carta se infiere con absoluta claridad que existe una voluntad de obligarse con carácter solidario respecto de todas las obligaciones presentes y futuras de la filial japonesa en el ámbito del negocio editorial desarrollado por el grupo y ha sido emitida por quien tenía facultades para obligar a la sociedad concursada. Por tanto cabe concluir que nos encontramos ante una carta fuerte, ante una auténtica garantía de las obligaciones asumidas por Del Prado Japan.

La administración concursal imputa a D. Andrés y considera hecho agravante de la insolvencia la falta de revocación de la garantía. Aunque en nuestro derecho sería admisible una revocación de una garantía constituida por tiempo indefinido, lo cierto es que según se indica en la carta la garantía se interpretará conforme a las leyes de Japón, lo que además encuentra su fundamento en el artículo 10.5 del Código Civil EDL1889/1 . No se ha probado cual sea el contenido del derecho extranjero aplicable a este tipo de garantías, por lo que se ignora si la garantía era o no revocable. En cuanto a la condena dictada por el Tribunal de Distrito de Tokio Sección 4ª de la Sala de lo Civil, a pagar a Rapp Collins KK la cantidad de 776.732 .584 yenes, la misma no es firme y existen serias dudas acerca de la posibilidad de ejecutar esa sentencia en nuestro País, por cuanto la Jurisdicción española era competente para el ejercicio de la acción entablada en Japón a tenor del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL1985/8754 . En consecuencia la falta de revocación de la garantía que motivó la sentencia referida no constituye, por si misma elemento suficiente para fundamentar una calificación culpable del presente concurso.

CUARTO.- No obstante lo anterior la administración concursal y el Ministerio Fiscal entienden que se cometió una irregularidad contable subsumible en la

presunción del artículo 164.2.1 de la Ley concursal, por no haber reflejado en la memoria la existencia de tal garantía Obligación de la que discrepa la contraparte al entender que no era necesario su reflejo.

A este respecto conviene recordar que el artículo 183 de la Ley de Sociedades Anónimas EDL1989/15265 en su redacción vigente hasta el 1 de enero de 2008 establecía que: 1º.- Deberán figurar de forma clara a continuación del balance o en la memoria todas las garantías comprometidas con terceros, sin perjuicio de su inscripción dentro del pasivo del balance cuando sea previsible su efectivo desembolso. (...)

De ello cabe concluir que las garantías comprometidas con terceros eran en el momento de los hechos y son en la actualidad, elementos relevantes de la contabilidad, pues es necesaria su inclusión, al menos en la memoria, a fin de que la contabilidad sirva al fin que tiene asignado: ser indicativo de la imagen fiel de la compañía. (...) No hacerlo es constitutivo de una irregularidad contable relevante subsumible e la presunción "iuris et iure" del artículo 164.2.1 de la Ley concursal. Presunción que no admite prueba en contrario y que, como se vio, facilitan la calificación del concurso como culpable (...) el concurso inexorablemente debe calificarse como culpable (...).

La contraparte alega, no obstante, la irretroactividad de la Ley Concursal, pues entiende que la garantía debía haberse reflejado en la memoria correspondiente al ejercicio 2.001 y entonces no estaba en vigor la Ley Concursal. A este respecto conviene indicar, (...) que la Disposición Transitoria Tercera del Código Civil EDL1889/1- (...) establece que "las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil o privación de derechos actos u omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por el Código". El tenor de la disposición que acabamos de transcribir, nos advierte que la entrada en vigor de una nueva norma sancionadora no supone la despenalización de los actos llevados a cabo con anterioridad.

QUINTO.- (...) Dispone el artículo 5 de la Ley concursal que el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Por su parte el artículo 165.1 de la Ley concursal permite calificar el concurso culpable cuando se hubiera incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso (...).

(...)en el año 2005 aparecían los primeros datos serios indicadores de una patente situación de insolvencia. Por tanto la situación que justificaría la solicitud de concurso concurría ya, al menos, a 31 de diciembre de 2005, más de dos meses antes de la efectiva solicitud que fue el 24 de abril de 2006.

SÉPTIMO.- El artículo 172.2.2 de la Ley concursal establece que la sentencia de calificación contendrá entre otros la inhabilitación de las personas afectadas



por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para administrar o representar a cualquier persona durante el mismo periodo, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio.

(...) los problemas que pueden plantearse para el cumplimiento del convenio en el caso de personas físicas, puesto que el empresario individual inhabilitado no podría ejercer el comercio y, en consecuencia, cumplir el convenio. (...)

La suspensión de la ejecución se condicionaría así al efectivo cumplimiento del convenio aprobado y acreditado este se produciría la remisión de la sanción. En caso contrario debería cumplirse íntegramente.

Esta solución se acomoda a la previsión legal, pues no impide ni la calificación del concurso como culpable en los casos en que proceda, ni la imposición de la sanción prevista, si bien acomoda su efectivo cumplimiento al cumplimiento de la finalidad primordial del concurso: el pago a los acreedores por medio del convenio aprobado. Además incentiva la proposición y cumplimiento de los convenios en el ámbito del concurso, que de otro modo se ven desmotivados.

En el presente caso la petición de inhabilitación de D. Andrés no supera los tres años, no consta que haya sido inhabilitado anteriormente y, según se indica en el informe de la administración concursal, su intervención en el cumplimiento del convenio es imprescindible. En consecuencia, se hace merecedor de tal beneficio que se extenderá a todo el periodo de cumplimiento del convenio, verificado lo cual se procederá a la remisión de la sanción, en otro caso será efectivamente cumplida en todos sus términos.

## FALLO

1º.- Debo declarar y declaro culpable el concurso de Ediciones del Prado, S.A. por la concurrencia de irregularidades relevantes en la contabilidad y por la infracción de la obligación de solicitar la declaración judicial de concurso de acreedores.

2º.- Se declara afectado por la calificación a D. Andrés en su condición de administrador de la sociedad concursada.

3º.- Se inhabilita a D. Andrés para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona por un periodo de tres años.

4º.- Se suspende la ejecución de la sanción de inhabilitación durante el periodo de cumplimiento del convenio aprobado. Declarado el cumplimiento del convenio se procederá a la remisión de la sanción impuesta.

5º.- En caso de incumplimiento del convenio se procederá al cumplimiento íntegro de la sanción de inhabilitación.



- Cuestiones a resolver:

1. ¿Cuál es el órgano competente para conocer de este litigio en materia concursal?
  2. ¿Cuál sería la Ley aplicable y en virtud de qué instrumento normativo?
  3. ¿Qué consecuencias implica la calificación del concurso como culpable?
  4. ¿Por qué se produce la suspensión de la ejecución de la sanción de inhabilitación?
- 

#### IV.6.- Transporte internacional

**IV.5.1.- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, S 16-5-2008, nº 350/2008, rec. 765/2001. (EDJ 2008/73106)**

*Acuerda el TS desestimar el recurso de casación contra la sentencia que, confirmando la de instancia, apreció la excepción sobre falta de jurisdicción invocada por los demandados -encargados del transporte marítimo-, a los que se imputaba todas las consecuencias perjudiciales que para la aseguradora demandante pudieran derivarse del procedimiento arbitral seguido en Londres sobre el salvamento del buque accidentado, y ello no por el salvamento en sí mismo sino por la responsabilidad de las demandadas en el hecho que hizo necesario el salvamento. La sentencia recurrida razona que el objeto del litigio era un contrato de salvamento, suscrito entre una entidad española y otra extranjera, sometido al Derecho inglés y para el que no regía el núm. 3 art. 22 LOPJ, "al tratarse de una obligación que ni ha nacido ni debe cumplirse en España". Señala la Sala que los defectos imputados por la parte recurrente a la sentencia impugnada son en gran parte debidos a la conducta procesal de la propia parte. Añade que la cláusula que se considera por la demandante "no equitativa" al establecer en el "conocimiento de embarque" la competencia*

*internacional a favor del porteador, es usual en este tipo de contratos marítimos.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- (...) se imputaban a los encargados del transporte marítimo todas las consecuencias perjudiciales que para la aseguradora demandante pudieran derivarse del procedimiento arbitral seguido en Londres sobre el salvamento del buque, y ello no por el salvamento en sí mismo sino por la responsabilidad de las demandadas en el hecho que hizo necesario el salvamento.

(...) los conocimientos de embarque de las partidas aseguradas se habían aportado con la demanda incompletos, ya que aparecía sólo el anverso y no el reverso, en el que se contenían las cláusulas del contrato de transporte marítimo, entre las cuales figuraba la quinta, sometiéndose expresamente las partes a los tribunales de Rotterdam y a la legislación holandesa, y la limitación de la responsabilidad del armador, alegándose también que en el propio anverso de los documentos aparecía estampillada una renuncia a cualquier reclamación contra el barco, su personal o los armadores por ser el transporte gratuito. (...)

El primero de los fundamentos de derecho de cada uno de los escritos de contestación a la demanda, bajo el epígrafe "Jurisdicción y competencia", invocaba la referida cláusula 5ª ("Jurisdicción/ ley aplicable") de cada uno de los conocimientos de embarque, según la cual "Todas las acciones bajo este contrato de transporte contra el porteador serán exclusivamente interpuestas ante el Tribunal competente de Rotterdam", de suerte que según el art. 57 LEC de 1881 EDL1881/1 se daría una cláusula de sumisión expresa con renuncia a cualquier otro fuero, es decir una "cláusula de jurisdicción" válida a los efectos del Convenio de Bruselas de 1924 EDL1924/56 y más aún al someterse las partes a la jurisdicción de los tribunales de un Estado comunitario, donde entraría en juego el Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia civil internacional EDL1990/14958 , mientras que, de no considerarse válida la referida cláusula, sería aplicable el art. 62-1º LEC de 1881 EDL1881/1 y entonces los tribunales competentes resultarían ser los argentinos por estar destinada la mercancía a un puerto de Argentina y ser por ello este país el lugar de cumplimiento de la obligación.(...)

La sentencia de primera instancia estimó la falta de jurisdicción y absolvió en la instancia a las demandadas, razonando que el objeto del litigio era un contrato de salvamento, suscrito entre una entidad española y otra extranjera, sometido al Derecho inglés y para el que no regía el núm. 3 del art. 22 LOPJ EDL1985/8754 , "al tratarse de una obligación que ni ha nacido ni debe cumplirse en España".

Interpuesto recurso de apelación por la parte actora, el tribunal de segunda instancia lo desestimó razonando, en esencia, que la primera cuestión a examinar consistía en si la jurisdicción española era territorialmente competente, no sin advertir de entrada otros problemas como la condena de futuro pedida en la demanda o si cabía tal condena, por cantidades pendientes aún de señalar en un procedimiento arbitral que se seguía en el extranjero, sin mediar exequatur del laudo que se hubiere de dictar; que en los escritos de contestación a la demanda se había invocado la excepción de falta de jurisdicción "de forma tan expresa como inequívoca", por lo que no era necesario plantearse si cabía o no apreciarla de oficio; que si ciertamente la doctrina de esta Sala interpretando el art. 533 LEC de 1881 EDL1881/1 tras su reforma del año 1984 podría determinar la inviabilidad de dicha excepción por no haberse propuesto declinatoria por la vía de los incidentes, de modo que su alegación en el propio escrito de contestación a la demanda comportaría la sumisión tácita de las demandadas, tal doctrina no era aplicable al caso por la especialidad de las reglas contenidas en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, cuyo art. 18 EDL1990/14958 salvaba de la sumisión tácita al demandado que compareciera con objeto de impugnar la competencia; que según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea el demandado podía no solo impugnar la competencia sino también presentar al mismo tiempo y a título subsidiario una defensa sobre el fondo sin que esto último equivaliera a la sumisión tácita; que por tanto las demandadas habían propuesto adecuadamente la excepción de incompetencia territorial internacional y de ellas no se podía predicar la sumisión tácita; que los tribunales españoles no eran competentes para conocer de las cuestiones a resolver: litigiosas porque, ya se atendiera al contrato de salvamento, ya al de transporte marítimo, el primero, firmado en el extranjero con una entidad extranjera, se encontraba pendiente de una decisión arbitral, también en el extranjero, mientras que el segundo, documentado en los correspondientes conocimientos de embarque, contenía un pacto de sumisión a los tribunales de Rotterdam.

Contra la sentencia de apelación recurre en casación la parte actora mediante cinco motivos (...)

SEGUNDO.- (...) se impugna la sentencia recurrida por no haber apreciado la sumisión tácita de las dos partes demandadas a la jurisdicción de los tribunales españoles. En definitiva, estos tres motivos no combaten la interpretación y eficacia de la cláusula 5ª de los conocimientos de embarque como sumisión expresa de las partes al Tribunal de Rotterdam, sino que, situándose en una fase previa, sostienen que hubo sumisión tácita de las demandadas a la jurisdicción de los tribunales españoles y que, por tanto, la sumisión tácita debe prevalecer sobre cualquier cláusula contractual de sumisión expresa.

El motivo primero, al amparo del ordinal 1º del art. 1692 LEC de 1881 EDL1881/1 , denuncia infracción de la doctrina legal y jurisprudencial sobre la

sumisión tácita, si bien la cita de las sentencias de esta Sala que contendrían la doctrina infringida (...)

(...) las partes demandadas no plantearon en realidad excepción alguna de incompetencia; las referencias de los escritos de contestación a la materia de que se trata no eran sino "unas leves consideraciones" carentes de carácter principal y previo, pues la oposición de fondo a las pretensiones de la demanda no se formulaba expresamente con carácter subsidiario

(...) determinarían en este caso la sumisión tácita de las demandas a la jurisdicción de los tribunales españoles; la doctrina de esta Sala es unánime al exigir la declinatoria como única vía posible para hacer valer la falta de competencia territorial en el juicio del menor cuantía; y en fin, la incompetencia de los tribunales españoles ha sido declarada en virtud de la sumisión a arbitraje en Londres contenida en el contrato de salvamento cuando, en realidad, las pretensiones de la demanda se fundaban en el contrato de transporte marítimo.

(...) la incompetencia de los tribunales españoles se declara en cualquier caso, ya se atienda a la sumisión a arbitraje en Londres contenida en el contrato de salvamento, ya a la sumisión al tribunal competente de Rotterdam contenida en los conocimientos de embarque que documentaron el contrato de transporte marítimo. (...).

(...) las razones básicas para rechazar el planteamiento escalonado de la parte recurrente son las siguientes:

1ª.- La aplicabilidad al caso, por razones temporales, del por entonces vigente Convenio de Bruselas de 1968 EDL1990/14958 es indiscutible e indiscutida, ya que el transporte marítimo se concertó en 1995, una de las partes al menos, la cargadora asegurada por la hoy recurrente, tenía su domicilio en España y la sumisión pactada era a favor de los tribunales de Rotterdam, a decir de un estado comunitario (art. 17 del Convenio EDL1990/14958 ).(...)

5ª.- (...) la falta de competencia internacional puede alegarse con carácter previo en el mismo escrito que contenga la oposición de fondo.

6ª.- En definitiva, el tratamiento de la falta de competencia internacional debe asemejarse más al de la sumisión a arbitraje que al de la competencia territorial entre tribunales españoles, y resulta que la jurisprudencia rígida sobre la inoponibilidad de la sumisión a arbitraje si no se hacía valer antes de contestar a la demanda y con total independencia de la oposición sobre el fondo, evolucionó a partir de las sentencias de 18 de abril de 1998 EDJ1998/2301 y 1 de junio de 1999 EDJ1999/13267 hacia un criterio flexible, que se mantiene hasta hoy, similar al del TJCE sobre el tratamiento de la falta de competencia internacional.

(...) la actora había aportado con su demanda unos conocimientos de embarque incompletos, sólo por su anverso, y, sobre todo, que el fundamento de derecho primero, expresamente titulado "Jurisdicción y Competencia", invocaba y transcribía la cláusula 5ª de los conocimientos de embarque, es decir aquella por la que se sometían la acciones contra el porteador al conocimiento del tribunal competente de Rotterdam, se atribuía a dicha cláusula la eficacia de una sumisión expresa según el art. 57 LEC de 1881 EDL1881/1 y, en fin, se defendía su validez con arreglo tanto al Convenio de Bruselas de 1924 para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque como al ya citado Convenio de Bruselas de 1968 EDL1990/14958 . Que en las peticiones de dichos escritos de contestación a la demanda no se solicitara expresamente el acogimiento de la excepción de falta de competencia internacional y en cambio se interesara sin más la desestimación íntegra de la demanda no permite entender que tal excepción no apareciera formulada con toda claridad y con carácter previo a la oposición de fondo, hasta el punto de que no sólo los órganos de ambas instancias lo consideraron así y entendieron necesaria una respuesta expresa a la excepción planteada sino que incluso, dados los términos de las contestaciones a la demanda, habría sido incongruente omitir el tratamiento de la excepción considerándola no planteada.

TERCERO.- (...) impugna la sentencia recurrida por haber apreciado la falta de competencia internacional de los tribunales españoles, con base en la sumisión expresa al tribunal competente de Rotterdam contenida en la cláusula 5ª de los conocimientos de embarque, sin ni tan siquiera cuestionarse la validez y eficacia de dicha cláusula.

(...) Difícilmente, por tanto, podían escapar a su conocimiento y a su consentimiento las condiciones del transporte contenidas en el reverso de los conocimientos de embarque, escamoteado en realidad al conocimiento de los tribunales españoles por la hoy recurrente en su demanda, cuando resulta que tanto la forma de insertar tales condiciones como la propia cláusula 5ª de sumisión expresa son usuales en el comercio marítimo

CUARTO.- (...) sostiene la ineficacia de la cláusula 5ª de los conocimientos de embarque por "no equitativa", al establecer la competencia internacional del tribunal competente de Rotterdam únicamente para conocer de las acciones contra el porteador. Según la parte recurrente, esta cláusula, impuesta por el porteador, obligaba a la otra parte al tener que demandarle en Rotterdam y, en cambio, el porteador tendría libertad de decisión para entablar las acciones que a él le correspondieran.

**- Cuestiones a resolver:**

1. ¿Se admite o deniega la excepción por falta de jurisdicción en este supuesto?
  2. ¿Qué incidencia tiene la existencia de una cláusula de sumisión al arbitraje comercial internacional?
  3. ¿Qué implican las condiciones contenidas en el conocimiento de embarque?
  4. ¿Por qué se considera no equitativa la cláusula de sumisión a los tribunales del conocimiento de embarque?
- 

#### IV.7.- Propiedad Industrial

##### **IV.6.1.- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, S 21-5-2008, nº 382/2008, rec. 844/2001. (EDJ 2008/82747)**

*El TS declara que no hay lugar a los recursos de casación interpuestos por ambas partes litigantes confirmando la sentencia impugnada que, por una parte declaró la nulidad de los registros de la marca internacional y del rótulo de establecimiento titularidad del demandado, considerando que la nulidad del registro ya había sido reconocida por la jurisdicción contencioso administrativa, y teniendo en cuenta el riesgo de asociación con las marcas de las que son titulares los actores, y por otra parte no accedió a la petición de nulidad de la marca nacional del demandado ya que la acción había prescrito.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso versa sobre derecho de marcas, y concretamente la nulidad unas marcas nacionales e internacional y rótulo de establecimiento por riesgo de asociación con marcas internacionales y nacionales notorias. Asimismo se plantean cuestiones a resolver: relativas a la aplicación transitoria de la LM 32 de 1.988 y a litispendencia respecto de proceso seguido por nulidad de registro en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.



Por las sociedades de nacionalidad italiana LANIFICIO ERMENEGILDO ZEGNA & FIGLI S.p.A y "C., S.A." se dedujo demanda sobre nulidad de marcas y rótulo de establecimiento contra D. Octavio en la que solicita SE DECLARE:

Primero.- Que la propiedad sobre la denominación "ERMENEGILDO ZEGNA" y "ERMENEGILDO", como NOMBRE COMERCIAL y MARCA para distinguir las actividades y productos de una Sociedad dedicada a la fabricación y distribución de vestidos, calzados y complementos pertenece a las sociedades demandantes, LANIFICIO ERMENEGILDO ZEGNA & FIGLI y "C., S.A.".

Segundo.- Que el demandado D. Octavio carece del derecho de proteger como marca y rótulo de establecimiento la denominación "ERMENEGILDO" al resultar tal denominación y diseño confundible e incompatible con la Marcas de LANIFICIO ERMENEGILDO ZEGNA & FIGLI y "C., S.A." y con el Nombre Comercial de LANIFICIO ERMENEGILDO ZEGNA & FIGLI. (...).

Segundo.- Declarar la nulidad de los registros de las Marcas nacionales núms. 941.032, 1.794.026, la Marca internacional núm. 620.108 y rótulo de establecimiento 214.879, todos ellos "ERMENEGILDO" del demandado, al ser confundibles e incompatibles con los derechos de Propiedad Industrial de LANIFICIO ERMENEGILDO ZEGNA & "C., S.A.", librando el oportuno mandamiento a la Oficina Española de Patentes y Marcas en orden a la cancelación de los asientos registrales.

Tercero.- Abstenerse en el uso de la denominación "ERMENEGILDO".

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia (...) desestima la demanda y absuelve al demandado.

La Sentencia dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, el 15 de diciembre de 2.000, en el Rollo núm. 905 de 1.998, estima en parte los recursos de apelación interpuestos por Lanificio Ermenegildo Zegna & Figli SpA y "C., S.A." (apelantes principales) y por D. Octavio contra la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia, de modo que estima, también en parte, la demanda interpuesta por las sociedades actoras y declara nulos los registros (a) de la marca internacional número 620.108 y (b) del rótulo de establecimiento número 214.879, titularidad del último, por riesgo de asociación con las marcas de que son titulares las demandantes (...).

Contra dicha Sentencia de la Audiencia Provincial se interpusieron sendos recursos de casación por las partes. (...).

RECURSO DE CASACIÓN DE D. OCTAVIO.



TERCERO.- (...)A fin de completar la motivación de la decisión debe resaltarse que la fundamentación toma en cuenta tres aspectos relevantes:

a) La notoriedad de la marca "ERMENEGILDO ZEGNA" en el mercado, siendo de añadir, como elemento de refuerzo, que en el mismo sentido, e incluso con mayor intensidad, se manifiesta la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de mayo de 1.998 (Rec. Núm. 1.439 de 1.995) EDJ1998/10882 , que se refiere a "marca renombrada con fuerte implantación y consolidación en el mercado". Y no hay que olvidar que el riesgo de confusión -asociación- es tanto más elevado cuanto mayor resulte el carácter distintivo de la marca anterior (SSTJCE, entre otras, 11 de noviembre de 1.997, Sabel/Puma EDJ1997/15503 ; 29 de septiembre 1.998, Canon/MGM EDJ1998/15013; 22 de junio 1.999, Lloyd EDJ1999/26400 ).

b) La mayor significación y relevancia de los elementos denominativos, patronímico "ERMENEGILDO" y apellido "ZEGNA", en el conjunto de los signos de la actora, en la mayoría de los cuales aparecen.

c) El parecido, que no identidad, que se produce del elemento denominativo único -"ERMENEGILDO"- de los signos del demandado (marca internacional 620.108 y rótulo de establecimiento 214.879, a los que quedó reducido el objeto del debate), con el signo "ERMENEGILDO ZEGNA" de las marcas de la actora, que determina el riesgo de asociación. A lo dicho por el juzgador "a quo" cabe añadir como razones argumentativas la decisión adoptada por la Sala de lo Contencioso de este Tribunal apreciando el riesgo de asociación, y la relevancia que tiene la forma de escribirse el nombre Ermenegildo, pues no sería lo mismo escrito precedido de la letra h (Hermenegildo) aunque fonéticamente sonasen igual al ser pronunciadas.

La apreciación expuesta no resulta desvirtuada por las alegaciones del recurso por las consideraciones siguientes:

a) El error de la sentencia recurrida (que se dice por el recurrente fue provocado de mala fe por la parte actora) relativo a que la marca de la demandante núm. 159.615 se compone del elemento denominativo único de "ERMENEGILDO", lo que no es cierto, resulta irrelevante, pues del contenido de la sentencia claramente se deduce que lo que toma en cuenta para apreciar el riesgo de asociación es el conjunto formado por las dos palabras (ERMENEGILDO ZEGNA).

b) La alegación de que el elemento preponderante es el de Zegna, como lo revela que figura en todas las marcas de la actora, y en varias de ellas unido a otras palabras diferentes de Ermenegildo, no es un argumento decisivo frente a la apreciación del juzgador "a quo", pues lo que se toma en cuenta en el proceso es el riesgo de asociación con las marcas ERMENEGILDO ZEGNA, y no con otras en que figura Zegna con otros términos (Soltex, Astrum, Suflex, Maglieria, Tepor, etc.).

d) La referencia a que la denominación de Ermenegildo Zegna supone una unidad gramatical o conceptual que no cabe desintegrar y no resulta susceptible de ser confundida en el tráfico en relación con las marcas del demandado, no constituye un razonamiento consistente para contradecir la resolución recurrida. En cuanto a su primer inciso porque es posible la asociación (por el consumidor medio: normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz) de un signo con un elemento denominativo único, a otro compuesto por dos palabras, sin que obste que, de éstas, una de ellas tenga mayor fuerza distintiva que la otra. Y en cuanto al segundo inciso porque la estimación del riesgo de confusión -asociación- en el tráfico corresponde a los tribunales que conocen en instancia, y sólo es relativamente verificable en casación, relatividad que significa que únicamente cabe entrar en el examen de la cuestión cuando hay un error en la valoración de la prueba, o se contradice el "onus probandi", o se incide en un juicio de valor contrario al criterio del buen sentido o a las pautas que para su adecuada formación sienta la doctrina jurisprudencial.

e) En cuanto a las alegaciones que se hacen respecto de las denominaciones compuestas, es cierto que no se pueden sentar criterios generales y habrá de estarse a las circunstancias de cada caso. Hay supuestos en que el valor distintivo viene dado por un nombre y apellido corrientes, los cuales carecen de tal valor utilizados individualmente, y hay otras en que cualquiera de los dos elementos denominativos tiene valor por si mismo. En el caso, el elemento denominativo "Ermenegildo", sobre todo por la forma literaria de expresarse (más que por la fonética), crea riesgo de asociación con las denominaciones compuestas de la actora que llevan dicha palabra. (...).

CUARTO.- La desestimación de los motivos del primer recurso (de D. Octavio) (...).

RECURSO DE CASACIÓN DE LANIFICIO ERMENEGILDO ZEGNA & FIGLI S.p.A. y "C., S.A.".

QUINTO.- (...) En la demanda, como antes se expuso, se solicitó la nulidad de la marca nacional número 941.032 ERMENEGILDO del demandado, el cual alegó la excepción de prescripción extintiva de la acción, y se adhirió a la apelación interesando se declarase ésta prescrita. La Sentencia de la Audiencia Provincial estima la prescripción (fto. décimo, letra B) razonando que "es cierto que los demandantes afirmaron la mala fe del demandado, con el fin de que la acción quedara inmune ante el paso del tiempo; mas esa inmunidad la establece el art. 48.2 de la Ley 32/1.988, de Marcas EDL1988/13320 , inaplicable, como se ha dicho -artículo 1.939 del Código Civil EDL1889/1- a la acción de que se trata". El recurso de casación impugna la argumentación "ratio decidendi" del recurso sosteniendo que no es de aplicación el art. 1.939

CC EDL1889/1, sino el 48.2 de la LM de 1.988 que establece la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de las marcas inscritas en contra de lo dispuesto en los arts. 12, 13 y 14 cuando el registro de la marca se hubiera solicitado de mala fe, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de la propia Ley con arreglo a la que "las marcas, nombres comerciales y rótulos de establecimientos concedidos conforme a lo dispuesto en el Estatuto de la Propiedad Industrial, se regirán por la presente Ley", y únicamente exceptúa "las normas sobre duración, pago de quinquenios y renovación previstas en el Estatuto", respecto de las que dice que se aplicarán "a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, y hasta la primera renovación que se produzca".

(...) falta el presupuesto inexcusable de la mala fe. Efectivamente, la resolución recurrida no la establece, dado que se limita a decir que "la parte demandante la afirma"; y resulta incuestionable que no cabe presumirla, pues precisamente por la regla de la normalidad de las costas -"quod plerumque accidit"- se parte de la existencia de buena fe en todos los ámbitos en que opera, tanto en la modalidad subjetiva como objetiva, además de que el "onus probandi" incumbe a quien hace la afirmación, o alega el supuesto de hecho de la norma cuyo efecto jurídico invoca en su favor. (...).

**- Cuestiones a resolver:**

- 1. ¿Cuál es el tribunal competente para conocer en materia de nulidad de marcas internacionales?**
- 2. ¿Qué incidencia tiene la existencia de un proceso pendiente en el orden contencioso-administrativo?**
- 3. ¿Qué consecuencias tiene procesal y materialmente la declaración de la nulidad del registro de la marca internacional?**
- 4. ¿Qué ocurre con la prescripción de la acción de nulidad de marcas cuando concurre mala fe?**

---