

Como ya se ha apuntado la autonomía de ambos pactos –el particular arbitral y el global– la refleja en la actualidad, con absoluta transparencia, el art. 22.1º LA en términos que reproducen, con evidentes mejoras técnicas, lo que ya decía su viejo art. 8 y que ratificaron nuestros Tribunales en Sentencias como la de la Sala 1ª de 4 de febrero de 1994 en cuya virtud “la cláusula arbitral es válida aunque no lo fuere el contrato que la recoge”.

De conformidad con todo ello no implicaría incongruencia alguna achacar los vicios de consentimiento tan solo a los contratos por los que se concertó el SWAP, imaginamos que en virtud de al deficiente información recibida por la entidad recurrente, sin que tal vicio afectara para nada a la cláusula compromisoria en la que evidentemente tal deficiencia no existía.

### ***Contrato de distribución y declinatoria internacional: ineficacia de la cláusula arbitral y papel del locus executionis***

**(Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona  
nº 172/2010, de 14 de septiembre de 2010) \***

Cristian ORÓ MARTÍNEZ

Investigador Postdoctoral de Derecho internacional privado  
Universitat Autònoma de Barcelona

Desde la perspectiva de los supuestos de tráfico privado internacional, los dos motivos más frecuentes a la hora de fundamentar la interposición de una declinatoria son, por una parte, la falta de competencia judicial internacional del tribunal al que ha acudido el demandante, por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado; y por otra, la existencia de una cláusula compromisoria suscrita por las partes y en virtud de la cual el asunto haya sido sometido a arbitraje. En la resolución que comentamos la AP de Barcelona se ocupa de ambos extremos, si bien –como veremos– de modo más acertado en lo referente al arbitraje que en lo relativo a la competencia de tribunales extranjeros.

En efecto, el auto examinado suscitó esta doble alegación de falta de competencia judicial internacional en relación a una demanda presentada ante un JPI de Vilafranca del Penedès (Barcelona) por la sociedad 1994 Continental Distribution, S.A. (en adelante, Continental), con sede –presumiblemente– en dicha ciudad, contra la sociedad Macco Apparel S.P.A. (en adelante, Macco),

---

\* *Vid. infra*, pp.

domiciliada en Sesto Fiorentino (Florencia, Italia). Según se desprende del auto, Continental alegaba en su demanda que dicho tribunal gozaba de competencia judicial internacional en virtud del art. 5.1º Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, CB), por ser Vilafranca del Penedès el lugar donde debían cumplirse las obligaciones de entrega incumplidas en el marco de un contrato de distribución. En este sentido, debemos subrayar que el litigio versaba sobre un acuerdo de distribución suscrito entre las partes el 14 de julio de 1997, y del que posteriormente se derivaron sucesivos contratos de compraventa de mercancías; configuración jurídico–negocial compleja que, como veremos en el epígrafe 3, no fue suficientemente tenida en cuenta por las partes y por el tribunal.

La sociedad demandada impugnó la competencia judicial internacional del tribunal de instancia en base a los dos fundamentos a los que hemos hecho referencia, estructurados subsidiariamente. Así, en primer lugar, la representación de Macco alegó la sumisión de las partes a arbitraje, puesto que en su acuerdo de distribución de 14 de julio de 1997 habían acordado someter cualquier controversia sobre la interpretación del mismo a la Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París. En segundo lugar, y subsidiariamente, Macco adujo que los tribunales competentes para conocer del litigio habían de ser los de Florencia (Italia), por ser los del lugar de cumplimiento del contrato. El JPI estimó la declinatoria por sumisión del asunto a arbitraje internacional, dictando un auto por el que se abstuvo de conocer y sobreseyó el proceso. Este auto fue recurrido en apelación por la Sindicatura de la quiebra de Continental, dando lugar al auto que nos ocupa. En el mismo, como veremos a continuación, la AP de Barcelona confirmó la falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles, pero en base a un fundamento distinto: habiendo en primer lugar desestimado la excepción de sumisión a arbitraje, señaló en segundo lugar que los órganos internacionalmente competentes en este asunto debían ser en todo caso los de Florencia. Examinaremos cada uno de estos pronunciamientos por separado.

2. Empezando por la cuestión de la sumisión a arbitraje como fundamento de la falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles, la discusión en ambas instancias se centró no en la existencia de la cláusula compromisoria en el contrato de distribución suscrito por las partes, sino en el hecho de si ésta era o no susceptible de producir efectos. Las dudas partían del hecho de que el reglamento del órgano arbitral designado –la Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París– vigente tanto en el momento de la celebración del acuerdo como, más significativamente, en el momento de interposición de la demanda, exigía que al menos una de las partes tuviese nacionalidad francesa. En consecuencia, Continental aducía que le había resultado imposible acudir al arbitraje en cumplimiento de la cláusula compromisoria pactada. Frente a ello, Macco alegaba para fundamentar su declinatoria el hecho de que el citado reglamento arbitral había sido derogado por la aprobación –en un momento posterior a la interposición de la de-

manda— de un nuevo reglamento que suprimía la exigencia de nacionalidad francesa para someterse al arbitraje de la Cámara de Comercio de París. La discusión, en esencia, se reducía de este modo a una cuestión de Derecho transitorio: a saber, los efectos que la modificación del reglamento del órgano arbitral podía producir sobre la competencia judicial internacional del órgano judicial, previamente adquirida.

Como hemos apuntado, el órgano de primera instancia dio por bueno el razonamiento de Macco, tomó en consideración la nueva dicción del reglamento arbitral, y se declaró incompetente, extremo que fue acertadamente revocado en apelación por la AP. En efecto, resulta evidente que el momento en el que debe examinarse el efecto que la cláusula compromisoria puede tener sobre la competencia judicial internacional de un tribunal estatal es el de interposición de la demanda. Ese es el momento relevante para que la invocación mediante declinatoria del acuerdo de sumisión a arbitraje pueda incidir en la competencia judicial internacional del órgano jurisdiccional al que se ha acudido, impidiéndole conocer de esa controversia en concreto (*vid.* el art. 11.1º Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje), puesto que el art. 410 LEC establece que es en dicho momento cuando da comienzo la litispendencia con todos sus efectos procesales, incluida la *perpetuatio iurisdictionis* del art. 411 LEC<sup>1</sup>. Con ello, la alegación de la existencia de la cláusula compromisoria despoja al juez de competencia, impidiendo que se perpetúe su jurisdicción. Pero para que ello se produzca, es evidente que la cláusula ha de ser eficaz en dicho momento; puesto que de lo contrario, si se verifica su ineficacia, el juez se verá exento de la obligación de abstenerse y remitir a las partes a arbitraje (*vid.* el art. II.3º Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras). Desde esta perspectiva, la AP resuelve correctamente al dictaminar que el reglamento de la Cámara de Comercio de París que ha de tenerse en cuenta es el que estaba vigente al tiempo de la interposición de la demanda (2 de octubre de 2001), que exigía con carácter inexcusable y como condición *sine qua non* para poder someterse al tribunal arbitral que al menos una de las partes tuviese nacionalidad francesa; y que, en consecuencia, la modificación del citado reglamento aprobada el 14 de junio de 2005, que eliminaba la exigencia de nacionalidad francesa, no podía producir efecto alguno en este litigio. Puesto que en el momento de interposición de la demanda la cláusula de arbitraje era ineficaz, la misma no era susceptible de ser invocada como excepción procesal y producir el efecto de privar de competencia al juez al que acudió el demandante, en este caso el JPI de Vilafranca del Penedès. Es por ello que, aun pudiéndose considerar que estamos ante una cláusula de arbi-

---

<sup>1</sup> No pudiéndose considerar que concurra aquí la necesidad de matizar esta regla en base a los principios expuestos por E.M. Rodríguez Gayán, "Excepciones a la aplicación de la *perpetuatio iurisdictionis* como criterio determinante de la competencia judicial internacional", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. IX, 1993, pp. 107-127)

traje patológica<sup>2</sup>, no parece que en este caso la misma sea susceptible de ser salvada por vía de interpretación *pro validitate* o de integración judicial en aras del principio de eficacia máxima –alegando en particular la sobrevenida desaparición del requisito de nacionalidad–, so pena de contravenir el principio procesal de la *perpetuatio iurisdictionis* si se tiene en cuenta que, en el momento de iniciar el procedimiento, no era posible recurrir a la cláusula para privar al juez de competencia judicial internacional. Por todo ello, la AP de Barcelona acierta al desestimar la excepción de sumisión a arbitraje internacional.

3. No ocurre lo mismo, sin embargo, con el segundo argumento utilizado por la sociedad italiana demandada para fundamentar la falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles: a saber, el hecho de corresponder el asunto a los tribunales de Florencia, en tanto que lugar de cumplimiento del contrato. El examen de este fundamento, tanto en lo relativo a su planteamiento por las partes como en cuanto a su resolución por la Audiencia Provincial, presenta varios puntos problemáticos que revelan una cierta confusión jurídica, propiciada seguramente por la relativa complejidad del asunto, cuestión de la que debemos ocuparnos con carácter preliminar.

Y es que, como adelantábamos anteriormente, la configuración jurídico–negocial de este supuesto presentaba un carácter complejo. En efecto, según se desprende del auto, Continental y Macco suscribieron el 14 de julio de 1997 un acuerdo de distribución del que posteriormente habían de derivarse sucesivos contratos de compraventa [incidiendo en la complejidad del asunto, si bien ello no influye en la solución del litigio, cabe apuntar que el acuerdo de distribución traía causa de un acuerdo suscrito en julio de 1994 entre Continental y la sociedad norteamericana Guess Inc. (en adelante, Guess), habiéndose posteriormente subrogado Macco en la posición inicial de Guess en virtud del ya citado contrato de 14 de julio de 1997]. Pues bien, las partes y la propia AP parecen olvidar en todo momento esta distinción, puesto que su argumentación y sus análisis jurídicos se refieren siempre al contrato de distribución, a pesar de que se desprende del auto que el litigio versaba sobre el incumplimiento de varias obligaciones de entrega, lo que por ende parece remitir a los contratos de venta derivados del contrato de distribución. Asimismo, tanto Continental (FFJJ primero y cuarto) como la propia AP (FJ segundo) sostienen que al contrato de distribución le es de aplicación la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (en adelante, CV). En cambio, del tenor literal del contrato suscrito por las partes (reproducido en parte por el tribunal en el FJ segundo) resulta claro que lo único que se sujeta expresamente a la CV son “los contratos de venta según el acuerdo de distribución”, y no el propio acuerdo de distribución. Contrasta ello con el hecho de que las partes eran conscientes del carácter dual del acuerdo, por cuanto incluyeron dos cláusulas de

---

<sup>2</sup> Vid. J.C. Fernández Rozas, “Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 290, 2001, pp. 9–224, pp. 116–124, aps. 63–67.

sumisión a la Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París: una relativa a “cualquier controversia sobre el contrato de venta”, y otra referida a cualquier controversia que surgiese sobre la interpretación del acuerdo de distribución. Y lo que es más: los contratos de distribución están en principio excluidos del ámbito de aplicación material de la CV, pudiéndose exceptuar de esta regla general tan sólo los supuestos en los que en el propio contrato de distribución se estipulen las obligaciones de las partes relativas a las sucesivas compraventas, y siempre que las partes consideren que estas obligaciones constituyen el objeto principal del contrato<sup>3</sup>, ya que en tal caso cabría asimilar dichos acuerdos a los contratos de suministro contemplados por el art. 73 CV como contratos que estipulan entregas sucesivas de mercaderías.

Sea como fuere, en relación ya al contrato de distribución o bien a los contratos de compraventa, lo que en ningún caso cabe sostener es que la aplicabilidad del citado convenio de Derecho internacional uniforme conlleva que la competencia judicial internacional deba determinarse de conformidad con el CB, como afirma Continental (FFJJ primero y cuarto) y da por bueno la Audiencia Provincial (FJ segundo). La CV no prevé directamente foros de competencia judicial internacional<sup>4</sup>, ni tampoco remite esta cuestión a un determinado instrumento internacional como por ejemplo el CB (sería absolutamente impensable que la CV, un instrumento de alcance universal del que son parte 76 Estados, se remitiera al CB, convenio “comunitario” limitado a los 15 Estados miembros que integraban la Unión Europea antes del año 2001). Será el Derecho internacional privado de cada Estado el que deberá determinar, conforme a su propio sistema de normas de Derecho procesal civil internacional, el instrumento que regirá los supuestos en los que sus tribunales gozan de competencia judicial internacional. Así, en este caso resultaba efectivamente de aplicación el CB, pero exclusivamente en virtud de lo dispuesto por las normas que regulan su ámbito de aplicación material (art. 1) y temporal (art. 54).

Para empeorar las cosas, la AP reproduce y aplica sin más el art. 5.1 CB en los términos que le atribuye la sociedad demandante, según la cual dicha disposición otorga competencia al tribunal del lugar “en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación”; modificando con ello el tenor de la norma, que en realidad atribuye competencia al tribunal del lugar “en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación *que sirviere de base a la demanda*” (el destacado es nuestro). Con ello, se da a entender indirectamente que el art. 5.1º CB se remite al lugar de cumplimiento de la prestación característica del contrato (que en la compraventa consiste en la entrega de las mercaderías), lo que en absoluto es cierto; siendo ésta, en cambio, la solución prevista por la presunción del apdo. b) que se introdujo en el art. 5.1º del Reglamento 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimien-

<sup>3</sup> Vid. I. Schwenzer y P. Hachem, “Article 1”, en I. Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (GISG)*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 28–47, p. 34, ap. 14.

<sup>4</sup> Vid. I. Schwenzer y P. Hachem, “Article 4”, en I. Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN... op. cit.*, pp. 74–95, p. 95, ap. 49.

to y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido como Reglamento Bruselas I (en adelante, RB I), instrumento que sustituyó al CB, y que la AP también cita. La introducción de las presunciones del art. 5.1º.b) RB I trataba justamente de dar respuesta a las dificultades que había supuesto la aplicación del art. 5.1º CB<sup>5</sup>, recurriendo a tal fin al criterio de la prestación característica para los contratos de compraventa de mercaderías (y de prestación de servicios): así, en estos contratos el tribunal competente ha pasado a ser, salvo pacto en contrario, el del lugar de entrega de las mercaderías (o el de prestación de los servicios). Valga también apuntar que estas reglas tampoco han estado exentas de dificultades de interpretación y aplicación, dando lugar a una línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia ciertamente “imaginativa”<sup>6</sup>. No obstante, desde una perspectiva temporal no cabía aplicar las disposiciones del RB I al supuesto examinado, puesto que en virtud de su art. 66.1º este instrumento tan sólo es aplicable a las demandas interpuestas después de su entrada en vigor, esto es, después del 1 de marzo de 2002 (art. 76 RB I), mientras que *in casu* la acción judicial había sido iniciada el 2 de octubre de 2001. De ahí que resultase aplicable el art. 5.1º CB, que como hemos visto no retiene el criterio del lugar de cumplimiento de la prestación característica, sino el del lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa.

Desde esta perspectiva, para aplicar correctamente el art. 5.1º CB, la AP debería haber examinado cuál era la obligación que servía de base a la demanda, que en este supuesto resultaba ser justamente la obligación de entrega de las mercaderías. Y a partir de ahí, debía analizarse cuál era el lugar de cumplimiento de la misma. En este sentido, lo procedente era examinar en primer lugar si las partes habían pactado un lugar de cumplimiento de esta obligación en su contrato. La respuesta era afirmativa, puesto que en el contrato inicial de 1994 entre Continental y Guess se había establecido que las mercaderías habrían de entregarse en los almacenes de esta última sociedad; y al subrogarse Macco en la posición de Guess mediante el contrato de distribución de 1997 sin modificar este pacto, debía entenderse que el lugar de entrega habían pasado a ser los almacenes de Macco, lo que atribuiría competencia a los tribunales de Florencia (si bien debemos advertir que, como veremos más adelante, en realidad no podía producirse tal atribución de competencia en virtud del art. 5.1º CB, puesto que al tratarse de un demandado domiciliado en Italia, había de prevalecer el foro general del art. 2 CB). Siendo así, era absolutamente irrelevante examinar cuál es el lugar de entrega según el Derecho español –como hace el órgano de apelación, al citar lo dispuesto al respecto por el Código Civil, el Código de Comercio y la jurisprudencia del TS–, puesto que si el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda ha sido determinado por las partes, dicha

<sup>5</sup> Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2009, pp. 479–480, ap. 422

<sup>6</sup> Vid., v.gr., SSTJ 3 de mayo de 2007, as. C–386/05, *Color Drack*; de 9 de julio de 2009, as. C–204/08, *Peter Rehder*; de 25 de febrero de 2010, as. C–381/08, *Car Trim*; y de 11 de marzo de 2010, as. C–19/09, *Wood Floor*.

elección prevalece –siempre que no se trate de un lugar de cumplimiento ficticio– por encima del lugar de cumplimiento previsto por las normas que resulten aplicables, que intervendrán sólo subsidiariamente<sup>7</sup>. Y por otra parte, si fuere necesario acudir al lugar de cumplimiento previsto normativamente, por no haberlo determinado las partes, sería necesario hacerlo según lo establecido por el Derecho rector del contrato según las normas de Derecho internacional privado del foro<sup>8</sup>, y no –como hace la Audiencia Provincial– según lo previsto por la *lex fori*. Por ello, un eventual silencio de las partes sobre el lugar de entrega de las mercaderías debería haberse suplido en este caso acudiendo al art. 31 CV, en tanto que instrumento rector de este contrato (con las cautelas anteriormente apuntadas sobre la posibilidad de que el contrato litigioso debiere considerarse excluido del ámbito de aplicación de la CV, en cuyo caso resultaría en principio de aplicación el Derecho español no como *lex fori*, sino como *lex contractus* designada por el art. 4.2º del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales).

Finalmente, y sin perjuicio de lo que acabamos de exponer, debemos señalar que la Audiencia Provincial yerra en la fundamentación de su resolución. En efecto, como hemos visto la declinatoria planteada por Macco es estimada por el órgano de apelación sobre la base de que los tribunales españoles carecen de competencia judicial internacional, al corresponder este litigio a la competencia de los tribunales de Florencia en virtud del art. 5.1º CB, en tanto que lugar de entrega de las mercaderías previsto por las partes en el contrato. Sin embargo, en este supuesto el art. 5.1º CB resultaba inaplicable, ya que los foros de competencia especiales por razón de la materia del art. 5 CB sólo pueden funcionar como alternativa al foro general del art. 2 CB, que otorga competencia a los tribunales del Estado en el que esté domiciliado el demandado. Así se desprende del propio tenor del art. 5 CB, que dispone que “[l]as personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante [...]” (el destacado es nuestro). Por ende, los foros del art. 5 CB guardan una relación de subsidiariedad respecto del foro general del art. 2 CB<sup>9</sup>, siendo aquéllos aplicables tan sólo cuando planteen una alternativa a éste. Así, en el supuesto examinado la AP de Barcelona debería haber declarado la falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles por corresponder el asunto a los tribunales italianos – que no a los tribunales de Florencia– en base al art. 2 CB, por estar la sociedad demandada Macco domiciliada en Italia; y no en base al art. 5.1º CB, que al designar como competentes los tribunales florentinos, no ofrecía una alternativa a la regla general del art. 2 y debía, por tanto, declararse inaplicable al supuesto examinado.

<sup>7</sup> Vid. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor., Thomson Civitas, 2007, pp. 151–152, ap. 5.40.

<sup>8</sup> Vid. SSTJ 6 de octubre de 1976, as. 12/76, *Tessili*, aps. 13 y 15; y de 29 de junio de 1994, as. C–288/92, *Custom Made*, ap. 27.

<sup>9</sup> Vid. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil...*, op. cit., p. 140, ap. 5.20.

4. En suma, y como no es inhabitual que ocurra cuando nuestros tribunales han de enfrentarse a cuestiones de Derecho internacional privado, estamos ante una resolución que llega a buen puerto, a pesar de errar en la ruta utilizada. Podría quizá alegarse que, al fin y al cabo, lo importante es que el resultado material –o *rectius*, en este caso, procedimental– al que se llega sea el apropiado. Sin embargo, y puesto que la autoridad –en el sentido clásico de *auctoritas*– de las resoluciones judiciales descansa en buena medida en la corrección del razonamiento jurídico seguido para dar solución al caso concreto, entendemos que cabría esperar de nuestros órganos jurisdiccionales algo más de propiedad a la hora de enfrentarse a las particularidades que presenta esta rama de nuestro ordenamiento jurídico dedicada a la reglamentación de las relaciones privadas internacionales.

### ***Arbitraje tramitado v. arbitraje iniciado***

**(Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid  
nº 379/2010, de 20 de septiembre de 2010) \***

Miguel GÓMEZ JENE

Profesor Titular de Derecho internacional privado. UNED

*Sumario:* I. Introducción y hechos. II. Una interpretación coherente del art. 52 LC: no es lo mismo arbitraje *tramitado* que arbitraje *iniciado*. III. Una opción no considerada: la aplicación del art. 6 LA al supuesto.

#### **I. Introducción y hechos**

1. La sentencia de la AP de Madrid de 20 de septiembre de 2010 plantea dos interesantísimas cuestiones. Siguiendo el orden argumental de la misma, la primera cuestión que plantea gira en torno a la concreción del momento procesal en que un arbitraje debe entenderse “tramitado” a los efectos de la aplicación del art. 52 LC. Prevé este precepto que si en el momento de la declaración del concurso el procedimiento arbitral está ya tramitado, éste deberá continuar hasta la firmeza del laudo. La Audiencia estima –a mi juicio erróneamente– que dicho momento debe fijarse a la luz de los parámetros temporales que establece el art. 27 LA. La segunda cuestión, de menor relevancia teórica –pero no por ello de menor importancia a los efectos de la

---

\* *Vid. infra*, pp.