Id. Cendoj: 28079110012006100389
ECLI: ES:TS:2006:2194
ROJ: STS 2194/2006
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Resolución: 401/2006
Fecha de Resolución: 19/04/2006
Nº de Recurso: 2655/1999
Jurisdicción: Civil
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS
Procedimiento: CIVIL
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

La falta de competencia del asunto principal no elimina la competencia del tribunal para conocer de las medidas cautelares decretadas con anterioridad al proceso y de sus consecuencias, por tanto, al acordar el levantamiento del embargo como consecuencia de la falta de jurisdiccion para conocer del asunto principal, procedia un pronunciamiento sobre la indemnizacion de daños y perjuicios.

Idioma:

Español

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Abril de dos mil seis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los señores al margen anotados, el recurso de casación que con el número 2655/1999, ante la misma pende de resolución, interpuesto por el procurador D. José Granados Weil, que posteriormente fue sustituido por su fallecimiento por el procurador D. Antonio García Martínez, en nombre y representación de Volgo Don River Shipping Compay, contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo 370/1998, por la Sección Sexta Audiencia Provincial de Valencia de fecha 13 de abril de 1999, dimanante del juicio de menor cuantía número 846/1993 del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Valencia . Habiendo comparecido en calidad de recurrida la procuradora Dª Valentina López Valero en nombre y representación de Cargill España, S.A. y la procuradora Dª Adela Cano Lantero, en nombre y representación de Rusmar Shipping And Trading Co.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valencia dictó sentencia el 2 de marzo de 1998 en autos de juicio de menor cuantía núm. 846/93 , cuyo fallo dice:

«Fallo. Que debía estimar y estimaba la excepción de sometimiento previo de la cuestión

litigiosa a arbitraje internacional formulada por el procurador de los tribunales D. Miguel Mascarós Novella en nombre y representación de Rusmar Shipping and Trading Inc. Y en su mérito y sin entrar a conocer del fondo del asunto resulta procedente dictar una sentencia absolutoria en instancia y con ello desestimar íntegramente la demanda interpuesta por Florentina Pérez Samper en nombre y representación de Cargill España S.A. y en su consecuencia absuelvo a Rusmar Shipping and Trading Inc. y a Volgo Don River Shipping Company (Jose Ignacio capitán del buque) de la totalidad de los pedimentos de la demanda. Todo ello con expresa imposición de costas a los actores Cargill España S.A. A la firmeza de esta sentencia se procederá al levantamiento de las medidas de orden cautelar que sobre cualquiera de los demandados absueltos pesen».

SEGUNDO. - La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«PRIMERO. Se ejercita acción en reclamación de cantidad de 7.222.476 pesetas con base a los siguientes hechos que la actora CARGILL ESPAÑA S.A., [con motivo de los siguientes hechos] que con la demandada RUSMAR SHIPPING AND TRADING INC. Contrató el transporte de maíz desde un puerto italiano a bordo de un buque denominado Volgo Balt 157 propiedad de la entidad VOLGO DON RIVER SHIPPING COMPANY (Jose Ignacio capitán del buque) al objeto de que la referida mercancía llegara a más tardar al puerto de Valencia el 14 de octubre; que tras diversos avatares y con base a una relación de daños que se cuantifican en la cantidad reclamada, el buque de referencia tomó puerto el 20 de octubre del referido año. Contra la referida demanda se alza oposición de VOLGO DON RIVER SHIPPING COMPANY (Jose Ignacio capitán del buque) con base a la alegación de una serie de excepciones tales como falta de acción y derecho frente a VOLGO DON RIVER SHIPPING COMPANY (Jose Ignacio capitán del buque) así como falta de acción o derecho por parte de CARGILL ESPAÑA S.A. por último alega falta de legitimación activa oponiéndose por lo demás, también al fondo del asunto. Así mismo se articula oposición por parte de RUSMAR SHIPPING AND TRADING INC. Con base a los siguientes hechos: en primer lugar se articula excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje internacional en este sentido se exponen que el contrato de fletamento formalizado en póliza de tal, establece como cláusula especial la denominada de arbitraje "centrocom" cuyo texto literalmente se recoge en la documental aportada por la actora del siguiente tenor :""‥ todas las disputas que en su caso surjan de este contrato serán, excepto si las partes acuerdan que sea un solo árbitro sometidas al arbitraje final de dos árbitros comerciantes en Londres, los cuales serán miembros de la Baltic Exchange, e involucrados en el tráfico marítimo y/o en el tráfico de granos siendo nombrado uno por cada parte, con facultad tales árbitros para nombrar un tercero impar....". Así mismo se citan por la demandada gran cantidad de convenios suscritos por España aplicables a esta materia. Así mismo se establecen otras excepciones como falta de legitimación pasiva así como falta de acción, como para finalmente oponerse al fondo del asunto. Conviene por ultimo precisar, antes de entrar en el análisis de las excepciones propuestas, que la documental presentada con la demanda, adolecía de la traducción correspondiente y a lo largo del proceso se ha visualizado diversos obstáculos para la presentación de dicha documentación por la actora en debida forma.

»SEGUNDO. De la enumeración de las distintas excepciones articuladas, resulta de especial interés la establecida por la representación de "RUSMAR SHIPPING AND TRADING INC." Referente a la existencia de una cláusula compromisoria, alegando sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje internacional. De la exposición de la referente excepción aparece que de estimarse ésta, por sus especiales características, al levantar o impedir el conocimiento jurisdiccional preciso al laudo; impediría conocer no sólo de fondo, con respecto a quien la alegó, sino también del resto de los demandados en tanto que la "base fáctica" de reclamación de la demanda, tanto en lo que respecta al capitán como a lo que respecta a la

entidad "Volgo Don River Shipping Company", pudiera cambiar sustancialmente, incluso la simple posibilidad de constituir como demandados a estos últimos. Por ello parece adecuado, en primer lugar tratar la referida excepción y a su vista y con su resultado acordar lo conveniente.

»TERCERO: Resulta necesario, en primer lugar, mostrar el acierto del auto denegatorio del tratamiento de la referida excepción en el ámbito de la comparecencia y conforme al texto del párrafo tercero del 693, pues es lo cierto que la defectuosa redacción dada a los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la reforma de la Ley 34/1984 junto con la posibilidad de operar de forma "extensiva" en la interpretación de las posibilidades del párrafo tercero del artículo 693 y con ello una casi "ilimitada posibilidad de substanciar o sanación a operar en la referida comparecencia" (ALMAGRO NOSETE El juicio de menor cuantía), pues de hecho su antecedente histórico- legislativo no es mas que "la primera comparecencia " (Erste Tagsatzung) de la Ordenanza civil Austríaca de 1895, cuya traducción en nuestro sistema responde a la necesidad sentida desde antiguo, de superar el caótico, lento e insatisfactorio para las partes, sistema de control de defectos procesales a través de la excepciones dilatorias (RAMOS MÉNDEZ en comentarios a la LEC). Pero aquella debe ser interpretada de una forma especial, a saber, especificando con claridad las características de las excepciones que se pretenden "sanar" o declarar "insubsanables", pues no todas se "prestan a su tratamiento anticipado, tanto por su naturaleza como por la necesidad, a veces, de probar algún extremo del que depende su estimación.

»El referido planteamiento -nos referimos a la técnica de planteamiento en la comparecencia- proviene de la lectura de la regla 3 del artículo 693 y de su intencional ambigüedad, así en la misma se establece que el objeto de la comparecencia (superados los supuestos contenidos en las dos anteriores y en el art. 692 precedente) en este estado, será "... salvar la falta de algún presupuesto o requisito del proceso...", Y aquí se inician las distintas corrientes que de una forma u otra se plantean la posibilidad de "corregir" cualquier defecto, de la clase que sea, en la comparecencia (de hecho algún autor llega a plantearse si el referido acto es o no obligatorio). Así en algunas resoluciones se apunta "es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela del articulo 24.1 de la Constitución (...) implica también la necesidad de que los ciudadanos obtengan una satisfacción razonada y a ser posible, "de fondo" de sus pretensiones, de tal manera que una vez cumplidos los presupuestos y requisitos procesales que condicionan la admisibilidad de la resolución judicial definitiva, aquella satisfacción ha de ser, en cada una de sus instancias, material, pues material y efectiva ha de ser la tutela que los órganos judiciales han de dispensar a los derechos e intereses legítimos...". La anterior doctrina no se opone a que hayan de cumplirse escrupulosamente por las partes los presupuestos y requisitos procesales destinados a asegurar la regularidad e integridad del proceso, a] si como el derecho de defensa de todas las partes, por lo que el Juez o : Tribunal está autorizado a dictar una resolución absolutoria en la instancia o inadmisión del recurso interpuesto, cuando habiendo observado el incumplimiento de alguno de tales requisitos, el órgano judicial se vea impedido de dictar una resolución de fondo... " (STC 124/1987). Cierta aclaración requiere el "interrenglonado" que con anterioridad se realizó con el fin de establecer la posibilidad de omitir el trámite de la propia comparecencia, así y con base al entendimiento de que mientras fuera posible alegar, durante el proceso, no se causaría indefensión alguna de tal que: "si se tiene en cuenta que otra finalidad de la comparecencia es la de sanear el proceso, no cabe duda que las posibilidades alegatorias del recurrente permanecieron íntegras durante todo el proceso, de modo que todas las posibles excepciones y defensas pudieron ser argüidas y ventiladas en el mismo. Consecuentemente, la falta de convocatoria a la comparecencia, nunca denunciada hasta la formalización del recurso, no produce indefensión, pues no sólo tuvo el recurrente efectivo y tempestivo conocimiento de aquella falta de citación, sino que actuó sin restricciones defensivas de

ninguna clase y, por tanto, el motivo no puede prosperar". STS de 19 de abril de 1990 (Ar. 2733). Así, parece que de la primera interpretación de obligatoriedad, y generalidad de los términos que podían tratarse en la comparecencia, se pasa a cuestionar su obligatoriedad. En éste caso concreto aparece como imposible el tratamiento anticipado de la referida cuestión, no sólo por determinadas necesidades de prueba sino, y también, por la conconcatenación de las excepciones alegadas por las otras partes.

» CUARTO. Expuesto lo anterior y en atención al tipo de contrato ante el que nos encontramos resulta preciso sentar algunas consideraciones de orden teórico En estas consideraciones resaltan las referidas a la naturaleza y consideraciones jurídicas de las llamadas "cláusulas sobre jurisdicción" que en esta materia resulta extraordinariamente frecuentes. Es así que el tratamiento de estos difiere notablemente, si se trata de una "sumisión" a otro Juzgado o Tribunal, del propio país o no. En éste caso concreto y en atención a la redacción de la cláusula presentada, en la cual se establece el sometimiento a "arbitraje de carácter internacional"; debe distinguirse entre el tratamiento jurisprudencial, anterior a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y el posterior. De tal manera, que el Tribunal Supremo otorgó a aquellas, prácticamente el mismo tratamiento que reservaba para las cláusulas de sumisión aplicables al país; de tal manera el articulo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil DISPOSICIONES COMUNES A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA Y A LA VOLUNTARIA. TITULO II De la competencia y de las contiendas de jurisdicción SECCIÓN PRIMERA Disposiciones generales : "... La jurisdicción ordinaria ser la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros... ". Bien es cierto que la referida distinción debe realizarse conforme a la nueva legislación aplicable; a saber, la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 21 en relación con el artículo 17 del Convenio Europeo de competencia Jurisdiccional de 1968 .En cuya aplicación diversa jurisprudencia determina: sentencia A.P. Barcelona de 18 de octubre de 1990 "...de acuerdo al art. 22 L.O.P.J . y salvo que se trate de una de las competencias exclusivas a que se refiere el párrafo Iº del mismo.... las partes quedan en libertad de pactar expresa o tácitamente - la jurisdicción a la que quieren someterse y sólo en ausencia de sumisión serán competentes los jueces españoles si en nuestro país tiene el demandado su domicilio...". En éste sentido debe observarse que la jurisprudencia de Tribunal Supremo debe ser interpretada con cierto cuidado, pues la situación desde la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 , ha cambiado conforme a la Ley de Arbitraje de 1988 , en cuya aplicación, en estos supuestos debe tenerse especial cuidado con el artículo 11, 17 y 18, teniendo en cuenta las diversas modificaciones que el texto, del segundo sufrió. En relación con lo anterior debe tenerse en cuenta, que hoy no se discute la validez de la invocación de la excepción de sometimiento al arbitraje, por su reflejo no sólo de derecho interno, sino que éste es a su vez reflejo de normas internacionales: Convenios de Nueva York en 1958, de 10 de junio (arts. 2 y 3), y de Ginebra, de 21 de abril de 1961 (art. 6), ambos ratificados por España . Es así que expuesta la excepción por quien está legitimado, a saber quien lo suscribió; a la vista que las materias sobre las que se contrae resulta disponible, o mejor no reservadas por ley a la jurisdicción; en atención que en aquel resultan claramente observados los requisitos formales del "convenio compromisario" y que el presente procedimiento admite esta clase de oposición procede, estimando la referida excepción, dictar sentencia absolutoria en instancia, que conforme a lo expuesto, se extenderá a la totalidad de los extremos de la demanda.

»QUINTO: De conformidad con el artículo 523 de la L.E.C . procede imponer expresamente las costas al actor.»

TERCERO. - Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia núm. 331 de 13 de abril de 1999 en el

rollo núm. 370/1998, cuyo fallo dice:

«Decide: Primero. Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación de Cargill España S.A. y Volgo Don River Shipping Company contra la sentencia de fecha de 2 de marzo de 1998 , que se confirma íntegramente.

»Segundo. Imponer las costas de la alzada a las apelantes.»

CUARTO. - La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Se aceptan los de la resolución impugnada en lo que no se opongan a los contenidos en la presente.

»PRIMERO. Por la representación de la mercantil CARGILL ESPAÑA S.A. se instó demanda de juicio declarativo de menor cuantía en reclamación de la cantidad de SIETE MILLONES DOSCIENTAS VEINTIDÓS MIL CUATROCIENTAS SESENTA Y SEIS PESETAS (más intereses y costas) basadas en los siguientes hechos: la actora contrató con la entidad demandada RUSMAR SHIPPING AND TRADING INC el transporte de 2.705,406 toneladas métricas de maíz italiano, que debían embarcarse en PORTO MERGHERA-VENEZIA a bordo del buque de bandera rusa VOLGO BALT 157 propiedad de la VOLGO DON RIVER SHIPPING COMPANY (y explotado en régimen de TIME CHARTER por la entidad RUSMAR...) los días 30 de septiembre y 1 de octubre de 1993, a fin de que la mercancía llegara al puerto de Valencia todo lo más tarde el día 14 de octubre. La actora tras adquirir la mercancía procedió a su venta a la entidad DACSA MAICERIAS ESPAÑOLAS S.A. comprometiéndose a la entrega el 14 de octubre en el Puerto de Valencia por un precio total de 77.104.071 pesetas más IVA. Por razones únicamente imputables a la propietaria del buque no se cargó en PORTO MARGHERA-VENEZIA hasta el 4 de octubre, demorándose sucesivamente en la entrega hasta el 20 de octubre, precediéndose a la descarga a última hora de la tarde de dicho día 20. La entidad DACSA MAICERIAS ESPAÑOLAS S.A. reclamó daños y perjuicios a la demandante por la merma en la calidad del maíz -producto perecedero- por el incremento de días, perjuicio que se estimaba en 5.000 pesetas por tonelada, iniciando actuaciones judiciales contra la actora, si bien con ocasión de la descarga se determinó que no se había producido tal perjuicio. El retraso en la arribada ha supuesto para la actora los siguientes perjuicios: a) el abono a DACSA MAIZERIAS ESPAÑOLAS S.A. de la cantidad de 6.075.000 pesetas que aquella se vio obligada a comprar en el mercado nacional a un precio superior por razón de ser más caro el producto nacional, b) los costes de alquiler de silos para almacenaje pagando a la entidad SILOS DE LEVANTE S.A. la suma de 1.022.600 pesetas; y c) gastos financieros por importe de 124.866 pesetas. Funda su pretensión en la LEY DE 22 DE DICIEMBRE DE 1994 reguladora del transporte marítimo y en los artículos 586, 587, 618, 619 y 837 del C. de Comercio . La demanda trae causa de un previo EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUE y se presenta en ratificación del mismo, constando al folio 53 y siguientes la traducción de documentos y al folio 76 y siguientes el expediente de embargo preventivo. Admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, al folio 184 de las actuaciones consta el escrito de CONTESTACIÓN presentado por VOLGO RIVER SHIPPING COMPANY Y DON Jose Ignacio en el que la expresada parte demandada alegó: 1) excepción de falta de acción y de derecho frente a VOLGO DON RIVER SHIPPING COMPANY porque no ha suscrito ningún compromiso con la demandante ni podía comprometerse a una determinada fecha de llegada o a mantener una determinada velocidad, habiendo reconocido la actora que suscribió el contrato con RUSMAR SHIPPING TRADING INC. 2) falta de acción y de derecho frente a DON Jose Ignacio porque el capitán tampoco ha suscrito ningún compromiso con la demandante sin que sean aplicables al mismo los preceptos citados de adverso; c) Falta de acción o de derecho de la parte actora porque el contrato de transporte marítimo no implica fijación de plazo ya que el

buque está sujeto a las incidencias del mar, por lo que en su caso debió contratar un seguro u otro buque más rápido, ya que el barco contratado, como su nombre indica es un buque del río Volga, y por tanto sometido a limitaciones de velocidad. También carece de acción por las razones que expone al 186 y al folio 187 por entender que no es cierta la alegación del perjuicio que se hace de adverso; d) Falta de legitimación activa ya que la actora no ha sufrido ningún perjuicio porque no se resolvió el contrato, sino que por el contrario se ha vendido toda la mercancía. En cuanto a los HECHOS DE LA CONTESTACIÓN alegó la inexistencia de incumplimiento contractual ya el buque embarcó la mercancía y la transportó influyendo muy negativamente en la travesía el mal tiempo, sin que el contrato de transporte implique carrera de velocidad, señalando que la demanda formulada de adverso no puede calificarse sino de temeraria, ocasionando a la parte demandada un perjuicio muy grave como consecuencia de la inmovilización del buque en Valencia a causa del embargo preventivo, lo que le obligó a prestar una fianza superior a la que hubiera correspondido y que se estableció en 25.000.000 de pesetas en relación con un perjuicio que no ha existido, no respondiendo la reclamación efectuada de adverso más que a su propia falta de previsión, razón por la que igualmente se oponía a la cantidad reclamada de adverso. FORMULABA DEMANDA RECONVENCIONAL por importe de 1.086.604 pesetas por los gastos de la cuenta de escala, 34.000 dólares usa por la paralización del buque durante el embargo, más los gastos del aval para liberar el buque del embargo, más 45.794,10 dólares usa por pérdida del flete del siguiente viaje más intereses y costas.

»Al folio 248 de las actuaciones consta el escrito de CONTESTACIÓN A LA DEMANDA presentado por RUSMAR SHIPPING AND TRADING INC y tras reseñar como cuestión previa que la parte actora no ha aportado el documento esencial consistente en la PÓLIZA DE FLETAMENTO necesaria para poder examinar las relaciones entre las partes, ALEGA la EXCEPCIÓN DE SUMISIÓN DE LA CUESTIÓN LITIGIOSA A ARBITRAJE INTERNACIONAL articulada como defecto insubsanable al amparo del artículo 693.4 de la LEC y como excepción al amparo del punto 8 del artículo 533 en relación con el artículo 687 ambos de la LEC , por las siguientes razones: la parte actora se limita a aportar el CONOCIMIENTO DE EMBARQUE pero no aporta LA PÓLIZA DE FLETAMENTO firmada en AMSTERDAM el 28 de septiembre de 1993 resultando que CARGILL (HOLANDA) fleta el buque por cuenta de CARGIL (ESPAÑA), siendo CARGIL (ITALIA) la que vende la mercancía y carga el buque mientras CARGIL (ESPAÑA) compra la mercancía y la recibe. El conocimiento de embarque fue emitido para ser utilizado con póliza de fletamento y en las condiciones emitidas (que se describen) no puede ser considerado como integrador del contrato de transporte sino como mero recibo de la carga a bordo, siendo por tanto de aplicación a la relación entre las partes de la PÓLIZA TIPO EUROMED que se complementa con el conocimiento de embarque, y de la que resulta CLAUSULA DE ARBITRAJE CENTROCON por lo que el asunto está vedado al Juzgado por acuerdo entre las partes de someterse a la decisión arbitral en Londres. Subsidiariamente alegó EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA Y CONSIGUIENTE FALTA DE ACCIÓN DE LA ACTORA ya que la demandada no ostenta la cualidad con que ha sido traída al procedimiento no actuando como armadora del buque sino como mera operadora al intervenir exclusivamente como agente del armador y no figurando en el conocimiento de embarque. EN CUANTO AL FONDO DEL ASUNTO alegó la inexistencia de retraso y mora en el cumplimiento de la obligación, no constando el término dentro del cual debía ejecutarse la prestación del transporte, sin que del conocimiento de embarque resulten tales extremos, resultando que el mismo fue emitido el 4 de octubre, no debiendo aceptar su endoso si no estaba conforme con la decisión del fletador CARGIL BV de no ejercitar la acción de cancelación del contrato por retraso por parte del armador en la puesta a disposición del buque a favor del fletador. No es de aplicación la normativa alegada por la representación de la parte actora exclusivamente referida a las obligaciones del porteador relativas al cuidado de la mercancía transportada. Se alegó subsidiariamente la inexistencia de perjuicio alguno por parte de la actora, la inexistencia de nexo causal entre

los perjuicios alegados y el retraso en el cumplimiento de obligaciones pues amen de no poder controlar la veracidad de los términos y condiciones del contrato de venta a DACSA en el que la demandada no ha sido parte, existen contradicciones en la documentación aportada por la actora, negando la veracidad de que DACSA hubiera de adquirir otras partidas de maíz e igualmente la necesidad de contratación de silos e igualmente en lo relativo a los gastos financieros que de adverso se reclaman. Al folio 293 de las actuaciones consta el escrito de contestación a la demanda reconvencional en la que la parte actora alega LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN al amparo de lo establecido en el artículo 1416 de la LEC ya que debió ser deducida dentro de los cinco días siguientes al de la notificación del auto ratificando el embargo, seguidamente opuso la procedencia del embargo acordado en su día por cuanto que se reunían los requisitos que establece la Ley de 8 de abril de 1967 , alegó también la responsabilidad solidaria de los demandados que deriva de los artículos 612 y 620 del C. de Comercio así como de los Convenios Internacionales en materia de transporte de mercancías, correspondiendo en su caso a la parte demandada acreditar la existencia de tormentas durante la travesía, siendo que según ha tenido conocimiento la actora el motivo del retraso no fue otro que el interés del capitán de completar sus ingresos con un negocio particular desviando la ruta para hacer escala en Francia y adquirir vehículos lujosos usados para su reventa en países árabes o en la propia Rusia. Finalmente se opuso a los presuntos perjuicios sufridos por la demandada pues únicamente son imputables a su tardanza en depositar la fianza -para lo cual tardó 17 días- sin que aparezca justificado el coste de mantenimiento de buque y gastos de aval, e impugnando los documentos aportados, por lo que solicitaba la desestimación de la demanda reconvencional.

»Se celebro la comparecencia con el resultado que obra al folio 374 y los siguientes desestimándose la primera de las dos vertientes de la excepción de sumisión a arbitraje planteada por RUSMAR desde la perspectiva de defecto insubsanable.

»SEGUNDO. Los ramos de prueba constan en el SEGUNDO TOMO DE LAS ACTUACIONES, habiéndose practicado la que se relacionará a continuación, y que este Tribunal ha tenido en cuenta para su resolución, además de los documentos aportados por las partes con sus respectivos escritos de alegaciones:

»a) DEL RAMO DE PRUEBA DE LA PARTE ACTORA incorporado al FOLIO 395 y a los siguientes resulta que:

»El testigo DON Jesus Miguel representante de SILESA reconoce el alquiler de los silos, que no fueron utilizados hasta el 20 de octubre por el retraso en la llegada de la mercancía y que se devengaron las facturas pero no se abonaron (folios 432 y 433 de las actuaciones).

»DON Fermín al folio 439 es el CONSIGNATARIO DEL BUQUE EN VALENCIA.

»Al folio 442 de las actuaciones consta CERTIFICACIÓN DE LA CAPITANÍA MARÍTIMA DE VALENCIA que certifica la llegada del buque el día 20 sin que conste que a su llegada efectuase protesta de mar, zarpando el 6 de noviembre de 1993 para "ordenes" lo que significa que zarpa sin destino prefijado a la espera del capitán de recibir instrucciones de sus armadores.

»Al folio 447 consta certificación de COMISMAR de la que entre otros extremos resulta que sobre el centro de la tapa de la bodega n° 1 aparecían estibados, trincados e inmovilizados 5 vehículos turismos usados correspondientes a las siguientes marcas: Lancia, Ford, BMW, Renault y Talbot, y en la bodega n° 4 seis más correspondientes a las marcas Alfa Romeo, BMW, Citroen y Volvo, apreciándose todos ellos en las fotografías que se adjuntan.

»Al folio 452 la Dirección General de la Marina Mercante certifica que no tiene constancia de ocurrencia de incidente bélico en aguas del mar Adriático durante 1993 a consecuencia del conflicto en la antigua Yugoslavia, aunque pudieron producirse retrasos en la navegación de los buques que circularan entre el estrecho de Otranto y mar Adriático como consecuencia del establecimiento de controles de buques mercantes, así como en julio de 1992, se informó -sin confirmación- del minado de puertos y pasos costeros en aguas yugoslavas.

»Al folio 469 la testifical de DACSA S.A que reconoce que la entrega debía producirse el 14 de octubre, y que la entidad actora le indemnizó en la cantidad reclamada.

»Al folio 471 informe de METEROLOGÍA MARÍTIMA - destaca a nuestros efectos los folios 476 y siguientes de los que resulta el mal estado de la mar en la zona indicada en el informe.

»Al folio 484 certificación del MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES sin constancia de incidente bélico del que pudiera derivar riesgos para la navegación en el mar Adriático en el año 1993.

»b) Del RAMO DE PRUEBA DE RUS MAR SHIPPING... al folio 498 y siguientes resulta:

»Diligencia de exhibición de Libros de SILESA al folio 534 de las actuaciones.

»Certificación de la LONJA DE VALENCIA al folio 538 de las actuaciones sobre cotización del precio del maíz a 25,70 pesetas kilo a granel y sobre caída tolva en Puerto de Valencia en el período comprendido del 20 al 31 de octubre de 1993.

»La confesión en juicio de la parte actora al folio 555, a mi juicio irrelevante.

»c) Del RAMO DE PRUEBA CODEMANDADOS a los folios 565 y siguientes, resulta:

»Al folio 611 INFORME METEREOLÓGICO.

»Al folio 620 pericial de la que resulta que: la ruta seguida por el buque es correcta y tiene una distancia de 1400 millas aproximadamente, la ruta esta fuera de la zona de conflicto de Yugoslavia, la duración del viaje es de 7 días que se puede duplicar en caso de mal tiempo, comprobando que existió mal tiempo durante toda la singladura.

»Al folio 624 otra pericial de la que resulta gastos por aval por importe de 1.025.111 pesetas, gastos cuenta de escala 1.986.604 pesetas, demoras por inmovilización 34.000 dólares usa y gastos por falso flete 45.794 dólares usa.

»Declaración del testigo DON Juan Luis al folio 652.

»Al folio 659 aportación por INTRAMEDITERRANEA S.A. de fotocopia de la factura de escala. Otra certificación al folio 682.

»Informe de la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE CATALUNYA a los folios 715 y los siguientes sobre la actuación que ha de mantener en el capitán en caso de temporal y otros extremos.

»Informe de la Dirección General de la Marina Mercante -al folio 723 y siguientes- Acta de

aclaración de periciales al folio 753

»TERCERO. Evacuado el trámite de conclusiones se dictó sentencia de fecha 2 de marzo de 1998 y en ella se acoge la excepción de sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje en Londres y es contra la expresada resolución contra la que se alzan la mercantil CARGILL ESPAÑA S.A. y los codemandados reconvinientes VOLCO DON RIVER SHIPPING COMPANY Y DON Jose Ignacio , habiendo efectuado las partes comparecidas en el acto de la vista las siguientes alegaciones:

» 1) LA REPRESENTACIÓN DE CARGIL ESPAÑA S.A. solicitó se dicte sentencia por la que revoque la apelada, desestimando las excepciones respectivamente deducidas por los codemandados y entrando a conocer del fondo de la cuestión debatida se les condene al pago de la cantidad reclamada, y estimando las excepciones deducidas por esta parte frente a la demanda reconvencional, a su vez se desestime la reconvención planteada por VOLGO DON RIVER SHIPPING COMPANY, alegando para sustentar su recurso:

»a) se impugna la estimación de la excepción de la cuestión litigiosa a arbitraje porque: 1) con arreglo al contenido del artículo 11.2 de la Ley de Arbitraje se entiende renunciado el mismo cuando el demandado realice cualquier acto que no sea la de oponer la excepción de arbitraje, de acuerdo con la doctrina que se contiene en las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1996, 29 de septiembre de 1997 y 29 de junio de 1998 . Se ha ignorado el contenido del punto 2 del artículo 11 citado y la Sala debe proceder a su aplicación de conformidad con el principio IURA NOVIT CURIA, máxime cuando la parte que propone la excepción se pronuncia en cuanto al fondo y a su vez participa en la actividad probatoria. 2) Por otra parte, su patrocinado no fue parte en la póliza de fletamento que suscribe RUSMAR por lo que no puede invocarse frente a su representada el convenio arbitral en la medida en que carece de legitimación para soportar dicha excepción. 3) La póliza aportada por RUSMAR es una póliza modelo en la que aparecen determinados párrafos tachados -cláusulas de no aplicación- no apareciendo eliminada la relativa a la sumisión a arbitraje, pero tampoco firmada por su patrocinada. La Sentencia hace una serie de consideraciones sobre cuestiones ya resueltas pero no dice porqué considera probada la existencia de la cláusula arbitral. Falta en la sentencia el desarrollo lógico que permita llegar a la conclusión, sin que la póliza pueda oponerse a quien no ha firmado la misma.

»b) La Sala deberá entrar a conocer del fondo del asunto: la filial holandesa de la actora contrata el transporte de maíz a Valencia. La causa fundamental a que se atribuye el incumplimiento es que se excedió en el plazo habitual exigible para el desarrollo del transporte y en relación a esta cuestión, manifestó: 1) La parte actora se pregunta cómo aparecieron 11 vehículos franceses en el barco, hecho éste que ha sido admitido de adverso aunque se pretende justificar ya en el escrito de conclusiones que los mismos ya se encontraban en el buque en Venecia. 2) La primera circunstancia que se invoca de adverso para justificar el retraso fue la guerra en Bosnia y ha sido probado que nada tuvo que ver. Sólo se bloqueaba el acceso a Servia y Montenegro, pero es más, las inspecciones ni siquiera requerían que el barco se detuviera pues colocada la patrullera se hacía la comprobación y se seguía la ruta, por lo que se ha de concluir que tal alegación de adverso es inoperante. 3) Mal tiempo: sólo hubo algunos días de temporal según resulta de las manifestaciones del SR. Romeo pero es más sólo afectaría cuando el viento sea de fuerza 6 a 7 y no de 3 a 5 en que la relevancia no es suficiente para reducir la velocidad a la mitad. Sólo hubo los días 4, 8 y 13 entre los días 5 a 20 rebasándose la fuerza 5 sólo ocasionalmente. Ello podría justificar un cierto retraso pero no fundamental para llegar a puerto en la fecha prevista, pues una cosa son los márgenes habituales de retraso y otra bien distinta que se tarde el triple de lo habitual (máximo 7 días frente a los 19 que tardó). 3) No hay ninguna prueba de que los vehículos estuviesen sobre el barco a la salida de

Venecia. Si se examina el documento número 23 y su traducción se observará que el buque se encontraba en las proximidades de Marsella el 18 de octubre y se hace la travesía de Marsella a Valencia en menos de dos días. La proximidad del buque a Francia constituye indicio de que hubo alguna parada sin conocimiento del fletador. 4) Lo que es exigible y no fue cumplido fue la notificación del tiempo estimado de llegada para que las partes conozcan en cada momento cuál es la situación del buque, mientras que en el caso que nos ocupa el capitán entre los días 4 al 18 ha estado en ignorado paradero no notificando el TIEMPO ESTIMADO DE LLEGADA de cada momento, lo que ha ocasionado un serio perjuicio a su patrocinada, quien buscó comprador antes de tener la mercancía para poder revenderla inmediatamente, y por tanto de la negligencia del capitán resulta la responsabilidad de los codemandados. 5) Respecto a la cuantía de la indemnización cuyo importe reclama se produce como consecuencia de que se había estimado la llegada para el 14 de octubre y se había pactado precio más IVA con DACSA quien tenía a su vez una serie de compradores por lo que no se podía paralizar su actividad, obligando a la adquisición de maíz en Albacete, resultando de la actividad probatoria practicada que hubo que sustituir el maíz comprado a CARGILL y la producción del perjuicio.

»2) DON Jose Ignacio Y LA ENTIDAD VOLCO DON RIVER SHIPPING COMPANY contestaron al recurso formulado de adverso manifestando:

»a) la acertada decisión del Juzgador de Primera Instancia y su brillante razonamiento respecto de la estimación de la excepción de sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje en Londres (con cita del artículo 22 de la LEC y sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1990 y 19 de octubre de 1993 , así como de la Sección 8ª de la A.P. de Valencia de 20 de junio de 1993). El contrato está documentado en póliza de fletamento en el que aparece la cláusula de sumisión a arbitraje y no pueden ahora introducirse nuevas alegaciones como la relativa a la renuncia tácita, ni se desvirtúa el sometimiento de CARGILL por la firma efectuada por RUSMAR, remitiéndose en cuanto a este punto al contenido del escrito de conclusiones presentado por esta entidad últimamente citada, y solicitando la confirmación de la sentencia en cuanto a este extremo.

»b) En cuanto al fondo: se remitió igualmente al contenido de los escritos de conclusiones aportados en su momento porque en ellos se hace un minucioso análisis de la prueba practicada y dijo: 1) La historia de la actora sólo tendría sentido si se hubiera pactado una fecha de entrega, pero la existencia de tal pacto no ha sido acreditada y no ha sido acreditada porque el transporte marítimo nunca está sujeto a un término de llegada. Si se analiza la documentación (conocimiento de embarque y póliza de fletamento) se comprobará la inexistencia de fecha concreta de llegada. La actora aceptó la fecha de embarque sin ninguna reserva lo que demostraría en su caso la negligencia de CARGILL al pretender que la travesía se hiciera en 10 días, pero es que, además, tampoco se indica a qué puerto de España había de tener arribada el barco. Si el buque no se comprometió a la entrega en una fecha concreta no se puede hablar de incumplimiento, máxime cuando la mercancía se entregó en las adecuadas condiciones como resulta de la prueba pericial. 2) Hubo mal tiempo durante toda la singladura además del coeficiente reductor que supuso la guerra en Bosnia y las características del propio buque, y pese a todo, llegaron a Valencia y entregaron la mercancía. 3) En cuanto a los vehículos: la carga de coches no es causa de incumplimiento porque se consintió expresamente que hubiera coches en la cubierta. No hay ninguna prueba de que se haya producido un desvío de la ruta ya que la entrada del buque en cualquier puerto deja rastro y la parte actora no se ha molestado en proponer prueba relativa a este extremo, y ni siquiera se ha pedido el libro de navegación a la llegada a puerto. 4) NO se ha acreditado ningún perjuicio económico ya que no se han -traído a la litis los libros de contabilidad, ni fotocopia del cheque ni del albarán de entrega de esa mercancía.

»c) En cuanto a la adhesión al recurso fundamentó la misma en los siguientes argumentos: 1) habiendo mediado sumisión de arbitraje en Londres, se acuerda el embargo preventivo en Valencia. 2) la parte actora debe ser condenada al pago de las costas derivadas de dicho embargo ya que se han generados numerosos gastos que únicamente le son imputables a ella. 3) El auto de 20 de octubre de 1993 admite a trámite el embargo condicionado a la prestación de fianza para responder de los daños, perjuicios y costas derivados de su improcedencia, que han sido efectivamente ocasionados a la parte adherida a la apelación, por lo que estando expresamente previsto en los artículos 1400 y 1412 de la LEO debe condenarse a la parte contraria a su abono. 4) Los daños y perjuicios están cuantificados y acreditados en los autos a través de la prueba pericial, tanto en lo relativo a la cuenta de escala, gastos de aval, etc. por lo que estimaba procedente -y solicitaba- la revocación de la sentencia dictada en lo que a esta cuestión se refiere condenando a la parte actora reconvenida al pago de los daños y perjuicios derivados del embargo.

»3) LA REPRESENTACIÓN DE RUSMAN SHIPPING AND TRADING INC se opuso también al recurso planteado por CARGILL y:

»a) en cuanto a la cuestión relativa a la sumisión a arbitraje en Londres, puso de manifiesto cómo en su escrito de personación y con carácter previo se anticipó a los argumentos que en el acto de la vista ha vertido la demandante. Por lo demás la argumentación expuesta de adverso es endeble porque la entidad RUSMAR firma el contrato en calidad de AGENTE, sin que nada nuevo se haya dicho para desvirtuar el contenido de la sentencia, resultando de la actuación de CARGILL una manifiesta voluntad de eludir lo pactado pues no presenta con su demanda los documentos debidamente traducidos, y cuando se procede a la traducción se hace de forma incompleta por lo que se hubo de impugnar, y ello sin contar que no se aportó la póliza pese a que el conocimiento de embarque se remite a ella en tres ocasiones, debiendo remitirnos a la traducción oficial del documento y no a la facilitada por la demandante que no se ajusta al contenido del documento traducido. De toda la documentación contraria resulta la existencia de la póliza de fletamento que tuvo que ser aportada por la parte demandada ya que nunca fue aportada por la actora y en ella se establece con absoluta claridad la cláusula de sumisión de arbitraje en Londres. La sentencia hace un exhaustivo estudio del tema y aprecia la excepción porque existe en la póliza el compromiso arbitral por lo que la resolución impugnada debe ser íntegramente confirmada. Subsidiariamente:

»b) Falta de legitimación pasiva y de acción respecto de la mercantil RUSMAR ya que esta no se identifica como porteadora y ni siquiera se menciona en el conocimiento de embarque. Del conocimiento resulta que la póliza era EUROMED entre el armador y CARGILL como fletador, firmada por RUSMAR en calidad de agente. La actora no ha acompañado el telex del broquer dirigido a CARGILL Y RUSMAR (documento 5 de la contestación) en el que se califica a RUSMAR como operador (manager) que después cambió CARGILL en el telex de cierre. RUSMAR no era porteador pese a que se intentó acreditar y se remite al efecto al resultado de la testifical (páginas 8, 9 y 10 del escrito de conclusiones y normativa del C. de Comercio).

»c) En cuanto al FONDO. 1) Alegación incierta la relativa al plazo de entrega que es contraria a la naturaleza de la navegación, máxime en este caso que se trate de un buque dedicado a la navegación fluvial. No hay plazo en la póliza sino solo puesta a disposición del buque con pacto de opción de cancelar la póliza y se aceptó por CARGILL la carga para el día 4 de octubre. No se fija fecha para descarga porque depende de muchos factores. Para que se cancele el fletamento es necesaria una manifestación expresa del fletador, que no se hizo. Aceptado que el buque se cargara el día 4 de octubre, nunca en el mejor de los

supuestos podría haber estado en destino antes del 18 de octubre, fecha en la que igualmente ya se habrían producido los presuntos perjuicios. La duración de una travesía está en función de la velocidad del buque y no se puede desarrollar la navegación normal en caso de mal tiempo, y el mal tiempo constituye el supuesto típico de fuerza mayor, que es lo que ocurrió en este caso en el que ha sido perfectamente acreditado que el barco encontró mala mar y viento, circunstancias determinantes si se tienen presentes las peculiares características del barco. 2) Traducción oficial: los propios fletadores reconocen que no les pueden hacer responsables y lamentan no haber sabido antes que el buque era tan lento -7 nudos-. 3) El dictamen del capitán de la marina mercante indica que como consecuencia del mal tiempo la velocidad se redujo y se duplicó el tiempo de viaje; no hay más que ver, al efecto, las aclaraciones que se hicieron al informe pues ya con fuerza 3 se veía reducida la capacidad del buque, y está acreditado que hubo mal tiempo durante toda la travesía. 4) En cuanto a los coches en cubierta no hay ninguna prueba de lo alegado por la parte actora apelante y además estaba admitida por las partes lo que justifica su presencia en el buque. No son aplicables las Reglas de Hamburgo citadas en el escrito de conclusiones por la actora. 5) En cuanto a los perjuicios se remite a lo que ya indicó en su escrito de conclusiones en aras a la brevedad. Terminó por suplicar al Tribunal la confirmación de la Sentencia y subsidiariamente se estime la excepción, o finalmente se desestime íntegramente la demanda por razones de fondo con expresa imposición a la parte actora apelante tanto de las costas de la primera instancia como las ocasionadas con motivo del recurso de apelación.

»4) CONTESTACIÓN DE CARGILL AL RECURSO ADHESIVO: Por la representación de la parte actora reconvenida se solicitó la desestimación del recurso adhesivo y :

»a) si la parte apelante por adhesión asume la excepción de arbitraje como ha hecho en el acto de la vista no puede pedir ahora indemnización en concepto de daños y perjuicios, pues el pleito en su conjunto quedaría afectado a la excepción. En todo caso el embargo preventivo era competencia de los Juzgados y Tribunales de Valencia por lo que esta cuestión no puede quedar sometida al arbitraje.

»b) Caducidad de la acción con arreglo al contenido del artículo 1416 de la LEC pues la acción debió ejercitarse dentro de los cinco días siguientes a aquel en se notifica el auto de embargo, y no tras esperar a ser demandada en el procedimiento.

»c) Y finalmente, en cuanto a los conceptos que se reclaman de adverso: 1) se formula la más respetuosa protesta por las pruebas que fueron admitidas por el Juzgado de Primera Instancia ya que no era posible recurso contra la admisión, pues aporta como documentales dos pruebas que en realidad eran periciales, lo que ha ocasionado indefensión a la parte mediante la vulneración de su derecho de defensa al no permitirle intervenir en la designación pericial. 2) Confusión entre INTRAMED y VOLGO DON RIVER SHIPPING COMPANY ya que la primera representa a la segunda en España, y la prueba de los presuntos perjuicios se verifica mediante documento elaborado por INTRAMED que además ratifica en calidad de testigo, de manera que tal prueba es nula de pleno derecho por vulneración del artículo 504. 3) Fuera del proceso se hace llegar documental al perito y en base a documentos que no están incorporados a los autos se emite la pericia, por lo que de nuevo se ocasiona indefensión por vulneración del principio de contradicción. 4) En cuanto a los cuatro conceptos en que se descompone la reclamación manifestó: a) cuenta de escala: se reclaman todo cuando por lo menos debería haberse descontado un día. Se incluyen gastos innecesarios que no guardan relación con el embargo, tales como telex, gastos de notario... b) aval: ni siquiera el perito coincide con la parte, ni se acredita documentalmente este gasto; c) No se puede pedir ninguna cantidad en concepto de gastos de mantenimiento del buque porque este gasto es fijo, d) en cuanto a la imputación de exceso de garantía:

cuando se solicita el embargo no se sabe el perjuicio que se va a ocasionar y se está a valoraciones estimativas teniendo en cuenta que el maíz es un producto perecedero con posibilidad de fermentación. El capitán no hizo siquiera protesta de mar a su arribada y ello pese a que con posterioridad se ha hecho invocación de mala mar, de donde se desprende que no hay causa que justifique el retraso en atención de excepcionales circunstancias, y una vez constatado que no se había estropeado la mercancía se solicitó la reducción de la garantía. Por todo ello consideraba improcedente la reclamación efectuada de adverso y solicitaba la expresa desestimación del recurso adhesivo.

»CUARTO. Centrada la apelación en los términos que han quedado expuestos, procede que este Tribunal se pronuncie sobre las cuestiones sometidas a su decisión de conformidad con lo establecido en el artículo 359 de la LEC , comenzando el análisis respecto de aquellas que pudieran obstar un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión litigiosa y así:

»1) RESPECTO DE LA SUMISIÓN DE LA CUESTIÓN LITIGIOSA A ARBITRAJE planteada por la mercantil RUSMAN SHIPPING AND TRADING INC:

»Superado, en la fase de comparecencia prevenida en el artículo 691 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil el escollo relativo a la existencia de defecto insubsanable, motivado por la existencia en la relaciones contractuales de los litigantes de una cláusula de sumisión a arbitraje, procede examinar la otra vertiente de la cuestión planteada en tal sentido por la representación indicada, y que no es otra que la relativa a la excepción dilatoria prevenida en el número 8 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("sólo serán admisibles como excepciones dilatorias: 8. la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje"). La resolución de la excepción planteada al amparo de lo establecido en el número 8 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es, en principio, una cuestión sencilla, dadas las peculiares circunstancias que concurren en el caso que nos ocupa, pues no es suficiente con tener en cuenta el contenido del precepto indicado en relación con el artículo 11 de la vigente Ley de Arbitraje española , invocado por RUSMAR para excluir su sometimiento a la Jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Valencia, sino que es necesario analizar previamente una serie de cuestiones que en cierto modo se entrelazan con el fondo de la relación Ínter partes debatida y con la prueba practicada durante la fase probatoria, cuyo examen es imprescindible para centrar debidamente el problema jurídico que se sometió primero a la decisión del Magistrado Juez de Primera Instancia y ahora de este Tribunal. Es por ello necesario y previo al pronunciamiento sobre la prosperabilidad o improsperabilidad de la excepción dilatoria, el examen de aspectos tales como: la naturaleza de la relación que vincula a la partes, esto es, si nos hallamos en presencia de un contrato de fletamento time charter documentado en la correspondiente póliza o si por el contrario, estamos en presencia de un simple contrato de transporte marítimo documentado por medio de conocimiento de embarque, con las distintas consecuencias que se derivan de cada una de las relaciones planteadas; o si nos encontramos ante un supuesto de superposición de contratos, definiendo, en su caso cuál de ellos tiene preferencia, por su naturaleza o por su antigüedad, lo que a su vez incide en la normativa aplicable en uno u otro caso y en la validez de la cláusula de sometimiento a árbitros en Londres a que se refiere RUSMAR, que deberá ser analizada, en su momento, con arreglo a la doctrina y jurisprudencia española sobre la materia. Por otra parte se ha de analizar en que medida esta excepción afecta o no la globalidad de las partes y del contenido del litigio, y si se ha producido o no una renuncia por parte de RUSMAR en los términos que quedaron expresados por la entidad actora apelante en el acto de la vista.

»QUINTO. De lo actuado en el procedimiento y de la prueba practicada en autos se desprende y ha sido probado -a los efectos de examen de la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje- que:

»1) en fecha 4 de octubre de 1993 el capitán del buque VOLGO BALT 157 emitió y firmó "CONOCIMIENTO DE EMBARQUE a utilizar con póliza de fletamento" (traducción oficial del documento al folio 320 de las actuaciones) en el que se consignaba la carga de la mercancía de maíz italiano en PUERTO MARGHERA - VENECIA - ITALIA con destino a un puerto de descarga español no determinado. En el expresado conocimiento de embarque se indica expresamente que el flete será pagadero según póliza de fletamento y en sus condiciones de transporte expresamente se indica que "todos los términos y condiciones, derechos y excepciones de la póliza de fletamento, de la fecha citada al dorso quedan incorporadas a este conocimiento. El Transportista no responderá en ningún caso de las pérdidas o daños al cargamento anteriores a la carga o posteriores a la descarga"

»2) en fecha 28 de septiembre de 1993 se suscribió en AMSTERDAM, entre la ENTIDAD CARGILL B.V O A NOMINAR como fletadores y TOO FIRM AIRSEAFREIGTH SOCHI RUSIA como armador del buque a motor de bandera rusa VOLCO BALT 157, el fletamento por tiempo (time charter) del expresado buque para la carga en Venecia de un máximo de 2.700 toneladas métricas de maíz en grano y descarga en Venecia, debiendo abonarse el flete A FAVOR de RUSMAR SHIPPING AND TRADING INC, quien según resulta del documento original unido al folio 265 y 265 vuelto de las actuaciones, firmó el expresado documento en calidad de agentes en nombre y por cuenta de los armadores. En el expresado contrato de fletamento -del que únicamente obras en autos el aportado por la entidad RUSMAR y no el original de CARGILL pese a que fue requerida para ello en virtud de providencia de 15 de febrero de 1996-, las partes convinieron, entre otros pactos, que "todas las disputas que en su caso surjan de este contrato serán, excepto si las partes acuerdan que sea un solo árbitro, sometidas al arbitraje final de dos árbitros comerciantes en Londres, los cuales serán miembros de la BALTIC EXCANGHE e involucrados en el tráfico marítimo y/o en el tráfico de granos siendo nombrado uno por cada parte, con facultad tales árbitros para nombrar un tercero impar...."

»3) La entidad VOLGO DON RIVER SHIPPING AND TRADING INC es la propietaria del buque VOLGO BALT 157 según ha sido expresamente admitido, del mismo modo que no ha sido objeto de controversia que su capitán es el codemandado DON Jose Ignacio , y por tanto quien firmó el conocimiento de embarque a que se refiere el ordinal primero precedente.

»SEXTO. Partiendo de los hechos que con anterioridad se han relacionado, este Tribunal ha de concluir que nos hallamos ante un posible supuesto de superposición entre conocimiento de embarque y póliza de fletamento, que ha sido analizado extensamente por nuestra doctrina científica para delimitar la relación existente entre las pólizas de fletamento y los conocimientos de embarque que se emiten como consecuencia de un fletamento, cuando las condiciones incorporadas en uno y otro documento no coinciden, pues no cabe olvidar que los mismos están sujetos a regímenes jurídicos distintos (primando en el fletamento la voluntad de las partes frente a la normativización del conocimiento de embarque), lo que implica la necesaria determinación de qué contenido normativo debe prevalecer en estos casos, que será distinto según que en el campo jurídico delimitado por ambos documentos se haya producido o no la incorporación de un tercero. En este sentido la doctrina ha declarado que "el fletamento de un barco completo es un contrato que se formaliza en una póliza de fletamento entre el fletante (naviero, propietario, armador) y el fletador. Una vez verificada la carga, el fletante, o su capitán, entrega al cargador el correspondiente conocimiento de embarque. Mientras no entra en el campo jurídico un tercero, ajeno al contrato que consta en la póliza, es este último documento, exclusivamente, el que regula las relaciones jurídicas dimanantes del contrato de transporte marítimo. QUEDANDO RELEGADO EL CONOCIMIENTO A UN MERO RECIBO DE LAS MERCANCÍAS EMBARCADAS.

Pero en cuanto el conocimiento pasa a mano de un tercero, consignatario o endosatario, distinto del fletador, adquiere el conocimiento todo su valor de documento de título en el que está incorporado el derecho de propiedad de las mercancías, y en el que descansan todos los derechos y obligaciones del contrato de transporte marítimo con respecto al tenedor del conocimiento de embarque. Todo ello no es sino una aplicación del principio fundamental de que un contrato, sea cual fuere, se basa en el concierto de voluntades de los contratantes": e incluso que "el conocimiento no es novatorio del contrato previo, tal como prevee el artículo 1224 del C.Civil para los documentos de reconocimiento de un acto o contrato, los cuales nada prueban contra el documento en que estos últimos hubiesen sido consignados, si por exceso u omisión, se apartan de él, a menos que conste expresamente la novación del primero." Finalmente algunos autores inciden en la idea de que cuando se produce la interrelación entre ambos (lo que ocurre frecuentemente en el time-charter), para regular la relación entre fletante y fletador que transporta sus propias mercancías, hay que estar a las condiciones de la póliza de fletamento y así aparece como superfluo emitir un segundo documento (el conocimiento) para establecer el régimen jurídico de una relación que ya está reglamentada en otro documento (la póliza de fletamento). Y si llegado el caso se emite, la creación responde a la necesidad de la circulación, de su transmisión a un tercero... considerando que cuando el conocimiento se emite bajo condiciones diversas, e incluso contradictorias, con el contrato subyacente, no puede entenderse, en principio, que se haya producido una novación.

»SÉPTIMO. En el caso que nos ocupa el conocimiento de embarque discutido no salió de la esfera de las partes que suscribieron el fletamento, por lo que debe ser considerado, como señala la doctrina científica, anteriormente citada, como un simple recibo de las mercancías prevaleciendo las estipulaciones fijadas en la póliza de fletamento, entre las que se encuentra la relativa a la sumisión a arbitraje en Londres. Así las cosas y teniendo presentes las alegaciones efectuadas por las partes, este Tribunal concluye que fue invocada por RUSMAR -con plenitud de efectos- la correspondiente excepción de sometimiento a arbitraje, sin que se haya producido vulneración del artículo 11.2 de la ley de Arbitraje en los términos que alegó la parte actora apelante en el acto de la vista, pues aun cuando en el escrito de contestación a la demanda se introduce una previa cuestión preliminar en protesta de la falta de traducción de los documentos de la demanda, RUSMAR ya se anticipaba a las alegaciones ahora efectuadas por la entidad CARGIL ESPAÑA SL al promover la excepción con carácter previo a la propia contestación -que formuló con carácter subsidiario (folio 258) en aras a su legítimo derecho de defensa-, diciendo:" Se plantea en primer lugar la presente excepción dada la rigidez con que la Ley 36/1988 trata su planteamiento, al señalar el artículo 11.2 que la realización de cualquier actividad, después de personarse en juicio, distinta del planteamiento de la oportuna excepción, supone renuncia tácita a la cláusula arbitral..." de donde se desprende que no hubo renuncia tácita sino una expresa voluntad de hacer valer el convenio suscrito en materia de sumisión a arbitraje, tal y como sostuvo esta misma Audiencia Provincial (sección Octava) en sentencia de 22 de diciembre de 1992 en un supuesto similar al que ahora nos ocupa. Pretender como hace la parte actora que la demandada alegue exclusivamente la excepción sin consentir la posibilidad -como se hace en este caso- de plantear subsidiariamente los motivos de oposición a la misma, o de participar en la actividad probatoria, es tanto como favorecer la indefensión pues ciertamente y de conformidad con lo establecido en el artículo 687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las excepciones se han de proponer -en el juicio declarativo de menor cuantía- en el escrito de contestación a la demanda y si se tiene presente que los plazos procesales precluyen por su transcurso (art. 306), perdiéndose la oportunidad de realizar el acto a que se refiera el plazo, de ser desestimada la excepción la parte demandada, de no serle permitida una contestación subsidiaria, se encontraría en una situación de absoluta indefensión al haber perdido la oportunidad de exponer los argumentos de su resistencia y en su caso la prueba de los mismos.

»Por otra parte no se puede acoger el argumento relativo a que no se puede oponer la excepción frente a la entidad demandante por la entidad RUSMAR pues no cabe olvidar, por una parte, que la actora es la tenedora del conocimiento de embarque -que aportó en su solicitud de embargo preventivo de buque (folio 95 de las actuaciones- y que en su escrito de demanda dice haber contratado el transporte precisamente con RUSMAR SHIPPING AND TRADING INC -cuya legitimación para soportar la demanda también ha sido discutida subsidiariamente- de manera que si la actora está alegando la legitimación de la demandada para soportar las consecuencias de la demanda, no puede negarle la legitimación para oponer la excepción.

»OCTAVO. Siendo claro que la excepción de sumisión a arbitraje veta el conocimiento sobre el fondo de la pretensión deducida en la demanda impidiendo a este Tribunal pronunciarse sobre el mismo -razón por la que evidentemente se prescinde de examinar las demás excepciones que opusieron los codemandados y de realizar relación de hechos probados que afecten a la cuestión litigiosa-, se plantea la cuestión de si tal excepción puede afectar o no la demanda reconvencional, puesto que VOLGO DON RIVER SHIPPING COMPANY en el acto de la vista sostuvo la confirmación de la sentencia y defendió la excepción apreciada por el Magistrado de Primera Instancia 5 y, por otra parte, se adhirió al recurso solicitando la condena a la actora de los daños y perjuicios ocasionados por el embargo preventivo de que trae causa la demanda. Considera este Tribunal que tampoco puede hacerse pronunciamiento alguno en cuanto a la reclamación de la entidad VOLGO DON RIVER SHIPPING COMPANY que tiene su origen en los mismos hechos, pues de mediar pronunciamiento sobre su pretensión se estaría anticipando, en cierta medida -al valorar las circunstancias en que el embargo fue solicitado y acerca o no de su procedencia-, una resolución sobre aquella cuestión que aparece vetada a este Tribunal por razón de la existencia de la cláusula de sumisión a árbitros suscrita entre armador y fletador; circunstancia ésta expresamente prohibida por el artículo 11 de nuestra Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988 , que en su apartado primero dispone "el convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque inmediatamente a la oportuna excepción".

»NOVENO. La desestimación de los recursos de apelación formulados por CARGILL ESPAÑA S.A Y VOLGO DON RIVER SHIPPING COMPANY implican la imposición de las costas con arreglo al contenido del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

QUINTO. - En el escrito de interposición recurso de casación interpuesto por la prestación procesal de Volgo Don River Shipping Company se formulan los siguientes motivos de casación:

Con carácter previo se afirma que el recurso no versa sobre el procedimiento principal, consistente en la reclamación formulada por el actor en virtud de la cual alega incumplimiento del contrato de transporte y entrega de la mercancía transportada con retraso, reclamación que ha sido íntegramente desestimada por mor de la clausula de arbitraje convenida en el contrato de fletamento, sino sobre otra cuestión, autónoma del procedimiento principal, en relación con la medida cautelar -el embargo preventivo del buque "Volgo Balt 157"- y la competencia del Juzgador para resolver sus distintas fases, incluida la de resolver los daños sufridos por el titular del bien embargado durante la vigencia de la medida cautelar hasta que por decisión del mismo Juzgador la misma queda sin efecto

Motivo primero, «que se formula al amparo del número 4° del art. 1962 LEC por infracción

del art. 1 de la Ley 2/1967 de 8 de abril sobre embargo preventivo de buques extranjeros por créditos marítimos (BOE 11.4.67)».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

Se ha infringido el art. 1° de la Ley 2/1967 , en la medida en que el juzgador, al dejar sin efecto el embargo en la resolución que confirma la Audiencia Provincial, reconoce única y exclusivamente el derecho del demandado a ser indemnizado por el concepto de costas, pero no por el concepto de daños y perjuicios cuando, a tenor del art. 1° de la Ley , el embargado tiene derecho al resarcimiento con cargo a la fianza, que fue exigida en su día por el Juzgador y prestada por el actor para responder de todo ello: de las costas, daños y perjuicios ocasionados por el embargo (art. 1° Ley 2/1967).

Motivo segundo, «que se formula al amparo del número 4° del art. 1962 LEC por infracción del articulo 1412 párrafo 3° de la LEC ».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

Siendo procedente la interpretación extensiva del artículo 1412 LEC 1881 , aplicando su contenido al supuesto del embargo preventivo de buques, cuando por resolución judicial firme se deje sin efecto el embargo, se condenará al actor en todas las costas y a la indemnización de daños y perjuicios al demandado y la misma sanción a cargo del actor embargante se contempla en el art. 1413 LEC 1881 , pues el fundamento de la medida es estrictamente procesal según la doctrina científica y resulta incoherente que el juzgador se considere competente para decretar el embargo y exigir fianza suficiente y para decretar su levantamiento y sin embargo decida que no pueda resolver en relación con los daños y perjuicios ocasionados cuando la medida queda sin efecto, teniendo en cuenta que la medida cautelar es autónoma respecto del procedimiento principal, pues se adopta bajo unos presupuestos y con un procedimiento distinto, por lo que, contrariamente a lo que señala la sentencia confirmada en segunda instancia, el derecho del demandado al resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por el embargo no forma parte del procedimiento principal, ni tampoco es una cuestión sometida al arbitraje convenido por las partes en el contrato de fletamento, sino que es un derecho que nace desde el momento en que el Juzgador deja sin efecto la medida cautelar y acuerda su levantamiento.

La doctrina concluye de modo unánime que en los supuestos en que se declare sin efecto el embargo acordado, el auto conllevará la condena a la indemnización de daños y perjuicios y, naturalmente, a los pronunciamientos que corresponda acerca de las costas y alzamiento, en su caso, de la anotación preventiva de embargo que se haya podido efectuar. En el presente procedimiento la recurrente ha sufrido gravísimos daños y perjuicios derivados y/o inherentes al embargo del buque "VOLGO BALT 157", de modo injusto, pues el actor debiera haber presentado su reclamación en otro país y ante un tribunal de arbitraje, motivos por los que su pretensión en base a la cual instó el embargo del buque ha sido desestimada íntegramente. De lo contrario el actor podría utilizar cualquier medida cautelar de modo fraudulento y sin límites, e incluso podría utilizarlas como instrumento de presión antijurídica sobre el demandado.

La contracautela carece de relación con el contenido y términos del contrato de fletamento. Contrariamente a los que ha resuelto el Juzgador, no es una cuestión que quede sometida por convenio al arbitraje libremente estipulado por las partes contratantes. La contracautela es una garantía requerida ex lege al actor, por ser éste quien por su cuenta y riesgo ha promovido el embargo.

Si se han modificado las normas procesales de nuestro país al objeto de que puedan servir de instrumento eficaz para facilitar la inmovilización de buques extranjeros, con la rapidez que las circunstancias demandan, no puede el demandado quedar en peor condición, cuando ha tenido que soportar una limitación muy gravosa y finalmente se ha desestimado íntegramente la demanda del actor.

Resulta incuestionable el derecho del demandado en tales circunstancias, y con mayor motivo en los supuestos particulares de embargos preventivos de buques, en los que no se requiere la concurrencia de los requisitos del "fumus boni iuris" ni los caracteres del "periculum in mora", y en los que siempre el embargo y/o paralización del buque en puerto deja secuelas económicas. No cabe desconocer las especiales características de la cosa objeto de embargo -buque-, su movilidad, los enormes gastos que devenga su inmovilización, la complejidad de intereses en juego, etc... La norma del art. 1° de la Ley 2/67 es de mayor rigor que la general contenida en el art. 1402 LEC , puesto que no configura la fijación de la contracautela como facultad del Juez, sino que impone con carácter necesario su exigencia y prestación, como condición para la efectividad o mantenimiento del embargo preventivo.

Cabe concluir que la medida cautelar del embargo y sus efectos tiene naturaleza procesal autónoma, no forma parte de la cuestión principal -como es la demanda interpuesta por el actor en reclamación de daños por el alegado incumplimiento del contrato de transporte marítimo-, se trata de una cuestión no incluida y por tanto ajena a los términos convenidos en el contrato de fletamento a resolver por arbitraje y, precisamente de esta autonomía procesal, nace la competencia del juez para decretar el embargo, para exigir las fianzas, para acordar finalmente el levantamiento de la medida cautelar, y para condenar al actor embargante, que promovió el embargo por su cuenta y riesgo. No sólo en costas legales sino también por los daños y perjuicios ocasionados por la aplicación de la medida cautelar que a la firmeza de la resolución queda sin efecto por decisión del mismo juzgador.

Termina solicitando de la Sala «que teniendo por presentado este escrito en tiempo y forma, con las copias que se acompañan según exige el art. 1706.4° LEC , tenga por interpuesto recurso de casación contra la Sentencia dictada por la lima. Audiencia Provincial de Valencia en fecha 13 de Abril de 1999 en el Rollo de Apelación n° 370/98, dimanante del Juicio de Menor Cuantía n° 846/93 , se sirva admitirlo y previos los trámites legales, dicte Sentencia por la que dando lugar al mismo, case y anule parcialmente la Sentencia de la Sala y la del Juzgado de 1a Instancia en lo que respecta a la cuestión concreta recurrida, y se condene al actor Cargill España S. A. al pago a favor de mi principal del importe de todos los daños y perjuicios reseñados en el suplico de la reconvención formulada por esta parte, acordando asimismo la devolución del depósito constituido, con expresa condena en costas de ambas instancias y de la presente a la actora».

SEXTO. - En el escrito de impugnación del recurso de casación presentado por la representación procesal de Cargill España, S. A., después de alegar sobre la defectuosa formulación de los motivos de casación y sobre la falta de fundamento de los mismos, se termina solicitando de la Sala «que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo y en consecuencia tenga por impugnado recurso de casación presentado de adverso y, en su día, dicte sentencia desestimado íntegramente el mencionado recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.»

SÉPTIMO. - En el escrito de impugnación del recurso de casación presentado por la representación procesal de Rusmar Shipping and Trading Co., alegando ser firme respecto de ella la sentencia recurrida, se termina solicitando que «habiendo por presentado este escrito, junto con sus correspondientes copias para traslado, se sirva admitirlo y tenga por

hechas las manifestaciones contenidas en el cuerpo del mismo, a los efectos legales oportunos».

OCTAVO. - Para la deliberación y fallo del presente recurso se fijó el día 30 de marzo de 2006, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Hechos determinantes del litigio.

Cargill España S.A., después de haber obtenido el embargo preventivo del buque «Volgo Balt 157», ejercitó acción en reclamación de cantidad contra Rusmar Shipping and Trading Inc., con la que había contratado un transporte de maíz desde un puerto italiano a bordo del expresado buque, propiedad de la entidad Volgo Don River Shipping Company, alegando haber sufrido perjuicios por averías en la mercancía debidas al retraso en la arribada al puerto de Valencia más allá del plazo pactado. Esta última reconvino reclamando daños y perjuicios derivados del embargo.

La sentencia de primera instancia estimó la excepción de sumisión a arbitraje internacional y absolvió en la instancia a los demandados. Ordenó, asimismo, que a la firmeza de la sentencia se procediese al levantamiento de las medidas de orden cautelar que sobre cualquiera de los demandados absueltos pesasen.

Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia, fundándose en que la excepción de sometimiento a arbitraje había sido invocada con plenos efectos por Rusmar Shipping and Trading Inc., pues, rigiéndose las relaciones entre fletador y fletante por la póliza de fletamento suscrita, en ella se preveía el sometimiento al procedimiento arbitral y la excepción había sido oportunamente invocada.

Volgo Don River Shipping Company se adhirió al recurso de apelación sosteniendo, en esencia, que el juzgador de instancia había acordado el levantamiento del embargo trabado, pero no ordenaba resarcir a la parte de las consecuencias económicas derivadas del mismo, por lo que, con arreglo lo dispuesto en los artículos 1400 y 1412 LEC 1881 , solicitaba que se condenase a la parte actora reconvenida al pago de los daños y perjuicios derivados del embargo.

La sentencia de apelación razonó, en relación con esta pretensión impugnatoria, que no podía «hacerse pronunciamiento alguno en cuanto a la reclamación de la entidad Volgo Don River Shipping Company que tiene su origen en los mismos hechos, pues de mediar pronunciamiento sobre su pretensión se estaría anticipando, en cierta medida -al valorar las circunstancias en que el embargo fue solicitado y acerca o no de su procedencia-, una resolución sobre aquella cuestión que aparece vetada a este Tribunal por razón de la existencia de la cláusula de sumisión a árbitros suscrita entre armador y fletador».

SEGUNDO. - Motivo primero de casación.

En el motivo primero, «que se formula al amparo del número 4° del art. 1962 LEC [Ley de Enjuiciamiento Civil derogada, LEC 1881] por infracción del art. 1 de la Ley 2/1967 de 8 de abril sobre embargo preventivo de buques extranjeros por créditos marítimos (BOE

11.4.67)» se alega, en síntesis, que se ha infringido el art. 1° de la Ley 2/1967 , en la medida en que el juzgador, al dejar sin efecto el embargo en la resolución que confirma la Audiencia Provincial, reconoce única y exclusivamente el derecho del demandado a ser indemnizado por el concepto de costas, pero no por el concepto de daños y perjuicios cuando, a tenor del art. 1° de la Ley, el embargado tiene derecho al resarcimiento con cargo a la fianza que fue exigida en su día por el juzgador y prestada por el actor para responder de todo ello: de las costas, daños y perjuicios ocasionados por el embargo (art. 1° Ley 2/1967).

El motivo debe ser estimado, con el alcance que se dirá.

TERCERO. - Régimen del embargo preventivo de buques extranjeros en caso de falta de jurisdicción para conocer del asunto principal.

La Ley 2/1967, de 8 de abril , sobre embargo preventivo de buques, acomoda, desde el punto de vista procesal, lo dispuesto en el Convenio de 10 de mayo de 1952 para unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima.

La Ley trata de solventar algunos los problemas que plantea la remisión del Convenio a las normas procesales nacionales, puesto que el artículo 1400.1 LEC 1881 exige que el solicitante del embargo aporte la justificación documental del crédito, no siempre fácil de obtener. Para ello, el legislador flexibiliza este requisito, permitiendo que el embargo preventivo de un buque extranjero, el cual sólo puede decretarse para garantizar créditos marítimos, se lleve a efecto tan sólo alegando el derecho o crédito reclamados y la causa que los motive.

La regla VII del Convenio de 1952, ratificado por España, determina que, en el caso de que el buque sea extranjero, como ocurre en el caso examinado, independientemente de que el peticionario tenga o no residencia habitual o establecimiento principal en España, serán aplicables las normas del citado Convenio, con las especialidades previstas en la Ley 2/1967 , y, subsidiariamente, según entiende la doctrina, la LEC.

El expresado Convenio contiene normas específicas para el caso de que el tribunal que haya decretado la medida cautelar no tenga competencia para conocer del asunto principal. El artículo VII establece que en este caso la autoridad judicial del lugar del embargo fijará un plazo para que el embargado ejercite su acción ante el órgano competente (apartado 2) y añade (apartado 3) que si el tribunal que conoce la cuestión de fondo aprecia la falta de jurisdicción por estar sometida la cuestión litigiosa a arbitraje «podrá fijar un plazo dentro del cual el embargado deberá entablar su acción sobre el fondo», y en parecidos términos se pronuncia el artículo 7.3) del Convenio de 1999 . El apartado 4 establece que si la acción no se entabla del plazo señalado «el demandado podrá pedir el levantamiento del embargo o la liberación de la caución prestada». Según la STS de 12 diciembre de 1996 la fijación del plazo es facultad del Tribunal y puede exceder de los 20 días que menciona la LEC, ya que el Convenio no fija tope mínimo ni máximo.

Como establece la STS de 2 de diciembre de 1996 , la medida cautelar de embargo preventivo no determina por sí misma la competencia del órgano que ha de conocer y decidir el fondo del asunto, pues ni el Convenio ni la Ley española así lo contemplan ni se infiere de lo dispuesto en el artículo 7 del Convenio de 1952 y de 1999 . Según esta sentencia, «basta que se dé el presupuesto de la sumisión arbitral, para que los tribunales podrá fijar el plazo del Convenio internacional sin sujetarse a ningún otro requisito el ejercicio de la facultad otorgada por la ley, que no supone ningún abuso ni conculcación de

la norma».

Por consiguiente, el hecho de apreciar la falta de competencia del asunto principal no elimina la competencia del tribunal para conocer de las medidas cautelares decretadas ante causam [con anterioridad al proceso] y de sus consecuencias si aquella competencia le corresponde conforme a la legislación aplicable, la cual, como ha quedado establecido, tratándose de buque extranjero, es el Convenio, el cual se remite en cuanto a los aspectos procesales a la legislación nacional.

CUARTO. - Competencia para resolver sobre los daños y perjuicios producidos por el embargo preventivo en caso de alzamiento del mismo.

En el caso examinado se advierte que el Juzgado no otorgó, como se infiere de la regulación contenida en el Convenio a que acaba de hacerse referencia, plazo alguno para justificar haber planteado la cuestión litigiosa ante el órgano arbitral, sino que ordenó directamente el levantamiento de la medida una vez firme la sentencia. Este pronunciamiento fue consentido por la parte demandante, la cual no apeló sobre este concreto extremo, por lo que debe considerarse firme e invariable en virtud de la prohibición de la reformatio in peius [reforma para peor o peyorativa en perjuicio del recurrente].

Siendo esto así, no cabe duda de que el juzgador debió pronunciarse sobre la pretensión reconvencional deducida por la parte hoy recurrente, tanto en cuanto pudiera estar fundada en que el embargo era improcedente por no concurrir los presupuestos para acordarlo (resolviendo, entre otras cuestiones, sobre si cabe formular esta pretensión por vía reconvencional en el proceso principal o debió formularse en su momento como oposición al embargo); como en cuanto a la solicitud indemnizatoria que contenía en cuanto fuera susceptible de ser referida al levantamiento del embargo, por lo que no debió, al acordar el alzamiento del embargo como consecuencia de la falta de jurisdicción para conocer del proceso principal, eludir un pronunciamiento sobre la procedencia o no de indemnizar los posibles perjuicios producidos.

Ambos aspectos no se rigen por los mismos principios, pues la decisión sobre la indemnización sólo debe aplicarse de forma objetiva, es decir, por el mero hecho de que el juez acuerde alzar el embargo, cuando el levantamiento responde a los motivos establecidos en artículo 1400 LEC 1881 (falta de los presupuestos establecidos en la ley), como literalmente expresan los artículos 1413.1, 1412.3 y 1416.1 LEC 1881 , mientras que en el caso de que el alzamiento se produzca por otra razón, como ocurre en el caso examinado, el artículo 1413.2 LEC 1881 dispone que «si el embargo se dejare sin efecto por otro motivo, el auto en que así se acuerde hará también el pronunciamiento que, según los casos, corresponda acerca de las costas y de la indemnización de daños y perjuicios que hubiere ocasionado». Por consiguiente, en este caso el presupuesto de la responsabilidad no estará integrado sólo por la producción de daños y perjuicios y por el alzamiento del embargo en el proceso principal, sino también por el elemento subjetivo de la culpabilidad de la conducta del solicitante, apreciada con arreglo a las normas sobre responsabilidad extracontractual contenidas en el Código civil.

QUINTO. - Supuesto especial de sometimiento a convenio de arbitraje.

Como ya se ha señalado, en el caso de que la cuestión principal esté sometida a arbitraje extranjero, la medida cautelar conservará su eficacia por el plazo que libremente considere oportuno el juzgador, y el inicio del arbitraje durante dicho plazo, debidamente justificado, permitirá entender ratificado el embargo.

No es obstáculo a esta conclusión que, como ocurre en el supuesto planteado, la existencia del convenio arbitral no haya sido puesto de relieve en sede cautelar, pues el momento del embargo no es el idóneo para oponerse al fondo del asunto ni para formular excepciones que están reservadas a la contestación a la demanda. En consecuencia, la petición de una medida cautelar, en este caso el embargo preventivo de buque, existiendo un convenio arbitral, no implica renunciar al arbitraje pactado, como tampoco el hecho de hacer valer la cláusula arbitral en el proceso principal posteriormente entablado.

La competencia para la adopción del embargo preventivo comporta también, por consiguiente, con arreglo a las normas procesales internas a las que el Convenio se remite, la competencia para decidir acerca de los daños y perjuicios que puedan resultar del mismo en el momento en que proceda su alzamiento en el caso de haberse solicitado, como ocurre en el caso examinado.

La argumentación del tribunal de apelación, en el sentido de que el pronunciamiento sobre los daños y perjuicios eventualmente originados por el embargo preventivo está vedado al tribunal por razón de la aplicación de la cláusula arbitral, se inspira en el principio seguido por algún tribunal extranjero pocos años antes de dictarse la sentencia recurrida, en el sentido de que no procedía acordar el embargo preventivo de un buque en función del arbitraje que deba desarrollarse en el extranjero, por cuanto ello implicaría una valoración del fondo que no puede hacerse en sede cautelar.

Este argumento, sin embargo, no es aceptable, pues, además de lo dispuesto en el Convenio sobre la adopción del embargo preventivo de buque en función de un arbitraje, ya sea interno o extranjero, la concesión de una medida cautelar, al igual que la determinación de sus efectos, no implica entrar a valorar el fondo del asunto, sino la valoración de la apariencia de buen derecho y, en último término, la procedencia y los efectos de levantar la medida cautelar con subordinación a lo decidido en el laudo. Por ello, el artículo 8.3 de la Ley de Arbitraje [LA] dispone en la actualidad que «el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar del tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas».

Esta autonomía procesal para la adopción de las medidas cautelares respecto de la cuestión principal adquiere especial importancia cuando se trata del procedimiento arbitral, puesto que la adopción de medidas cautelares forma parte de las funciones de apoyo y control del arbitraje que recoge en la actualidad el artículo 8 LA , en la cual se prevé expresamente (sin perjuicio de la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares reconocida en artículo 23 LA , sujetas a las normas sobre ejecución forzosa de laudo, que compete a los tribunales ordinarios según el artículo 8.4 LA) la adopción judicial de medidas cautelares por parte del tribunal competente en el lugar en el que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, en el lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Y este mismo principio resulta del art. 50 LA 1988 , aplicable a este proceso por razones temporales.

SEXTO. - Consecuencias de la estimación del motivo.

Con todo esto, el motivo aparece defectuosamente planteado, pues la denuncia formulada no comporta una infracción de normas legales sustantivas que pueda ser combatida al amparo del cauce procesal previsto en el número 4 del artículo 1692 LEC 1881 , sino un supuesto de defecto en la jurisdicción, que, como dice la STS de 22 de febrero de 2005 , debe ser planteado al amparo del núm. 1 del citado precepto, ya que la razón por la que el tribunal no aplicó el precepto que se considera infringido consistió en entender que carecía

de jurisdicción para ello.

No obstante, en aras del principio de tutela judicial efectiva, procede salvar la errónea enunciación del cauce procesal (pues, como declaran las SSTS de 6 de noviembre de 1992, 28 de septiembre de 1993 y 14 de octubre de 2005 , el error en la consignación del número del artículo 1692 LEC 1881 no obsta al examen del motivo cuando el concepto a que se acoge el recurso se desprende claramente de su contenido), entrando a conocer y estimando el motivo planteado, aun cuando atribuyendo a dicha estimación los efectos propios de su naturaleza, que son los previstos en artículo 1715.1.1º , según el cual «de estimarse algún motivo amparado en los números 1º y 2º del artículo 1692, se dejará salvo el derecho a ejercitar las pretensiones ante quien corresponda o por el procedimiento adecuado», que en este caso deben traducirse en la retroacción del procedimiento, según reiterada jurisprudencia, habida cuenta de las correspondientes acciones fueron ejercitadas en su día ante el órgano competente para resolverlas.

SÉPTIMO. - Segundo motivo de casación.

En el motivo segundo, «que se formula al amparo del número 4° del art. 1962 LEC por infracción del artículo 1412 párrafo 3° de la LEC », se alega, en síntesis, que siendo procedente la interpretación extensiva del artículo 1412 LEC 1881 , aplicando su contenido al supuesto del embargo preventivo de buques, cuando por resolución judicial firme se deje sin efecto el embargo, se condenará al actor en todas las costas y a la indemnización de daños y perjuicios al demandado y la misma sanción a cargo del actor embargante se contempla en el art. 1413 LEC 1881 , pues el fundamento de la medida es estrictamente procesal según la doctrina científica y resulta incoherente que el juzgador se considere competente para decretar el embargo y exigir fianza suficiente y para levantarlo y sin embargo decida que no pueda resolver en relación con los daños y perjuicios ocasionados cuando la medida queda sin efecto.

El motivo, estrechamente relacionado con el anterior, debe ser estimado, con el mismo alcance y por las mismas razones que aquél.

OCTAVO. - La estimación de los motivos de casación comporta la casación de la sentencia recurrida en cuanto confirma la sentencia de instancia en el particular relativo a la omisión de un pronunciamiento sobre la petición de indemnización de daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del embargo preventivo practicado y ordenado alzar en la sentencia, con el fin de que se resuelva sobre estos extremos, todo ello con las pertinentes disposiciones en cuanto a las costas causadas en la instancia, en la apelación y en este recurso de casación en función de la aplicación de los arts. 532 ,710 y 1715.2 LEC 1881 .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Volgo Don River Shipping Company contra la sentencia núm. 331 de 13 de abril de 1999 dictada en el rollo núm. 370/1998 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia , cuyo fallo dice:

«Decide: Primero. Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación de Cargill España S.A. y Volgo Don River Shipping Company contra la sentencia de fecha de 2 de marzo de 1998, que se confirma íntegramente.

»Segundo. Imponer las costas de la alzada a las apelantes».

2. Casamos la expresada sentencia exclusivamente en cuanto desestima la apelación formulada por Volgo Don River Shipping Company y, con ello, confirma el pronunciamiento de la sentencia de instancia que omite pronunciarse sobre la petición de indemnización de daños y perjuicios en relación con el embargo preventivo trabado, e impone las costas a dicha parte, quedando firme en todo lo demás.

3. En su lugar, estimamos parcialmente la adhesión al recurso de apelación formulada por la representación procesal de Volgo Don River Shipping Company y ordenamos la devolución de los autos al Juzgado de Primera Instancia con el fin de que se dicte nueva sentencia resolviendo sobre la expresada petición de daños y perjuicios por el alzamiento del embargo preventivo trabado.

4. No ha lugar a imponer las costas causadas por la adhesión a la apelación formulada por la representación procesal de Volgo Don River Shipping Company.

5. No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación. Devuélvase a la recurrente el depósito constituido.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Juan Antonio Xiol Ríos.- Román García Varela.-José Antonio Seijas Quintana.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.