Id. Cendoj: 01059370012019200041
ECLI: ES:APVI:2019:216A
ROJ: AAP VI 216/2019
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Vitoria-Gasteiz
Sección: 1
Nº de Resolución: 44/2019
Fecha de Resolución: 08/04/2019
Nº de Recurso: 65/2019
Jurisdicción: Civil
Ponente: EMILIO RAMON VILLALAIN RUIZ
Procedimiento: Civil
Tipo de Resolución: Auto

Idioma:

Español

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA-SECCIÓN PRIMERA

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA-LEHEN SEKZIOA

AVENIDA GASTEIZ, 18-2ª planta - C.P./PK: 01008

TEL. : 945-004821 **Fax/ Faxa** : 945-004820

NIG PV / IZO EAE: 01.01.2-18/000482

NIG CGPJ / IZO BJKN :01002.42.1-2018/0000482

Recurso apelación de autos LEC 2000 / Autoen apelazio-errekurtsoa (2000ko PZL) 65/2019 - A UPAD CIVIL

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Amurrio - UPAD / Amurrioko Lehen Auzialdiko eta Instrukzioko 1 zenbakiko Epaitegia - ZULUP

Autos de Procedimiento ordinario 141/2018 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: MUGIKOR LAUDIO 2016 S.L.

Procurador/a/ Prokuradorea:FEDERICO DE MIGUEL ALONSO

Abogado/a / Abokatua: MAGDALENA PERICET MENENDEZ-VALDES

Recurrido/a / Errekurritua: THE BYMOVIL SPAIN S.L.U.

Procurador/a / Prokuradorea: ALICIA ARRIZABALAGA ITURMENDI

Abogado/a/ Abokatua: CRISTOBAL PALACIO RUIZ

A U T O Nº 44/19

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMA SRA. PRESIDENTA : Dª MERCEDES GUERRERO ROMEO

MAGISTRADO : D. EMILIO RAMÓN VILLALAIN RUIZ

MAGISTRADA : Dª SILVIA VIÑEZ ARGÜESO

LUGAR : VITORIA-GASTEIZ

FECHA : ocho de abril de dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 07-11-18 se dictó Auto Nº 141/18 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Amurrio , en el procedimiento ordinario AOR 141/18, cuya parte dispositiva dice:

"Se declara la falta de jurisdicción de este tribunal para conocer del asunto reseñado en los antecedentes de esta resolución, por estar sometido su conocimiento a arbitraje."

SEGUNDO .- Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de **MUGIKOR LAUDIO 2016 S.L.,** recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 17-12-18, dándose traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación de **THE BYMOVIL SPAIN S.L.U.,** escrito de oposición al recurso presentado de contrario, elevándose posteriormente los autos, a esta Audiencia Provincial previo emplazamiento de las partes.

TERCERO .- Comparecidas las partes y recibidas las actuaciones en la Secretaría de esta Sala, con fecha 30-01-19, se mandó formar el correspondiente Rollo de Apelación, registrándose y turnándose la ponencia al Ilmo. Sr. Magistrado D. EMILIO RAMÓN VILLALAIN RUIZ, y por resolución del 22-03-19 se señaló para deliberación, votación y fallo el 04-04-19.

CUARTO. - En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La demanda original recogía dos tipos de acciones, una que pretendía la extinción de un contrato por evitación de prórroga tácita, declarando que se trataba de una relación unilateral y sin causa, y, junto a ella, un haz de acciones de condena (daños y perjuicios, oras cantidades y comisión de cartera)

La mercantil demandada fue emplazada el 14 de junio del 2018. Y, el 19 de junio, planteó una declinatoria de jurisdicción en favor de un órgano de arbitraje. Alegó la existencia de la cláusula que luego veremos, los artículos 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 11 de la Ley de Arbitraje , la inaplicación de la Disposición Transitoria 2ª de esta última Ley, y varias

resoluciones judiciales que, a su juicio, respaldaban su planteamiento.

Esa pretensión fue contestada por la mercantil actora invocando la STS 409/2017, de 27 de junio , denunciando la invalidez de la cláusula de arbitraje, invocando el artículo 9.2 de la Ley de Arbitraje , el artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la imperativa aplicación de las normas del contrato de agencia, alegando la falta de una voluntad inequívoca de las partes respecto a la sumisión de arbitraje, que afirmaba no fue aceptada por ella, la inaplicabilidad del arbitraje a lo que es objeto de la demanda, la existencia de desequilibrio en lo que entendía era una condición general de la contratación, y afirmó la competencia del Juzgado de Primera Instancia de Amurrio para conocer del procedimiento.

El Juzgado dictó con fecha 3 de septiembre del 2018 un primer auto señalando que la cláusula compromisoria era una condición general de la contratación, que, por ello, era de aplicación el artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil haciendo inválida la cláusula por contraria a una norma imperativa, y manteniendo la jurisdicción del Juzgado para conocer del litigio.

Ese mismo día, sin embargo, de oficio abrió un incidente de nulidad al entender que en razón a la ampliación de la demanda admitida por decreto de 27 de julio anterior, podía ser competente la jurisdicción mercantil. Ese decreto, del Letrado responsable del Juzgado tenía por ampliada la demanda para incluir la pretensión de nulidad de las cláusulas contractuales 14ª y 20ª del contrato. El escrito fue presentado el 20 de junio del 2018, un día después de formulada la declinatoria de jurisdicción. No consta que el incidente se haya resuelto.

Cuatro días después, la parte actora planteó una ampliación del originario escrito de oposición a la declinatoria, ya resuelta, pata tratar de introducir el contenido de un auto de un Juzgado cántabro.

El auto de 25 de mayo del 2018 fue recurrido en reposición por la demandada proponente de la declinatoria invocando como infringido el artículo 452.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil rechazando la condición de consumidora de la mercantil demandante, que se tratara de un contrato de adhesión, que, incluso de serlo, la cláusula 20ª no era nula ya que no existía desequilibrio entre las partes. Y se incorporó una copia del mismo recurso a la que incorporó documental consistente en diversas resoluciones judiciales.

Sobre la nulidad, la parte demanda hizo alegaciones en escrito presentado el 13 de septiembre del 2018 (folios 843-844) y la propia parte actora (folios 845-849)

El recurso de reposición siguió su tramitación (diligencias a los folios 888 y 958) y, finalmente, fue impugnado por la demandada en escrito a los folios 909 y siguientes.

El Juzgado de instancia cambió su criterio inicial, y estimó el recurso de reposición entendiendo que el artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no invalidaba, al tratarse de una norma de competencia territorial, la citada cláusula 20ª del contrato, y con ello dejaba sin efecto el auto anterior sin hacer mención alguna a si la consecuencia era la inhibición en favor del órgano arbitral o de la naturaleza, contenido y eficacia de la cláusula 20ª del contrato. El auto tiene fecha de 7 de noviembre del 2018 .

Quizás por ello, ese mismo día, el Juzgado dictó un nuevo auto declarando su falta de jurisdicción para conocer del litigio, por estar sometido su conocimiento a arbitraje.

La demandada solicitó la aclaración/complemento del primero de los autos, el que resolvía la reposición, en el sentido de que se hiciera un pronunciamiento sobre las costas

procesales. Oída la parte actora, el 29 de noviembre del 2018, el Juzgado dictó un nuevo auto negando el complemento de los dos autos de fecha 7 de noviembre del 2018.

El 11 de diciembre del 2018, la parte actora interpuso recurso de apelación contra el auto 112/2018 , declarando la falta de jurisdicción. Sus motivos vienen recogidos a los folios 1013- 1035, y los damos aquí por reproducidos. El escrito de oposición, que también damos por reproducido, aparece incorporado a los folios 1095 a 1108.

SEGUNDO .- Esta Sala debe advertir que siendo la resolución recurrida el auto 112 del 2018, en la que la Juez de instancia se declara incompetente para conocer del litigio por aplicación de la cláusula 20ª, que reproduce a la letra, y por inaplicación el artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no es éste el momento procesal para debatir cuestiones que no sean estrictamente procesales y atenientes al ámbito de la declinatoria.

Se trata, pues, de determinar si es, o no eficaz la cláusula 20ª del contrato para sustentar la inhibición del Juzgado de Primera Instancia en favor de un órgano arbitral declinando su competencia. Y hemos de señalar que sobre esta misma cláusula ya nos hemos pronunciado en el auto de esta Sala número 10/2019, dictado en el Rollo 1584/2018 que tenía como parte demandada a la mercantil apelada, y que, en gran medida, reproduciremos aquí.

Dice el artículo 2.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. Bajo ese paraguas legislativo, el actor y la demandada firmaron una cláusula, la recogida como 20ª, relativa a la "Competencia y jurisdicción" cuyo tenor es el siguiente: "Para dirimir cualquier discrepancia con respecto a la interpretación y/o ejecución de lo establecido en el presente contrato, ambas partes se someten al arbitraje de derecho de la Cámara de Comercio de Torrelavega que actuará según su reglamento, actuando en ejecución y en segunda instancia los Juzgados de Torrelavega, con renuncia expresa de cualquier otro fuero que les pudiera corresponder-"

La cláusula transcrita tiene una doble eficacia, por una parte encomienda a un órgano arbitral la resolución de determinados conflictos y por la otra implica una sumisión expresa a determinados órganos judiciales para la ejecución del laudo y para desarrollar la segunda instancia.

El 27 de junio del 2017, la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó la STS 409/2017 en respuesta a un recurso por infracción procesal. Se alegaba infracción del artículo 22.1 de la Ley de Arbitraje "al declarar la incompetencia de los árbitros para conocer la controversia y privarles de decidir sobre su propia competencia". Y señalaba la Sala:

"- *Existen dos tesis sobre esta cuestión. La primera sería la llamada "tesis fuerte" del principio kompetenz kompetenz , que es la que sostiene el recurrente, conforme a la cual la actuación del órgano judicial en caso de planteamiento de declinatoria debería limitarse a realizar un análisis superficial, que comprobara la existencia del convenio arbitral y que, en caso de existir tal convenio, estimara la declinatoria, para que los árbitros decidieran sobre su propia competencia. Solo por vía de la posterior acción de anulación del laudo (que podría ser un laudo parcial, en el que el árbitro o árbitros se limitaran a decidir sobre su propia competencia), los órganos judiciales podrían revisar lo decidido por los árbitros sobre su competencia.*

La segunda sería la llamada "tesis débil", según la cual el órgano judicial ante el que se planteara la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. De

este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio.

3 .- *Este tribunal considera que no existen razones para sostener la tesis fuerte del principio kompetenzkompetenz en nuestro ordenamiento jurídico y limitar el ámbito del conocimiento del juez cuando resuelve la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje (-)*

Los instrumentos jurídicos internacionales que abordan, directa o indirectamente, el arbitraje, respetan este criterio. Así, en el art. II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 , conforme al cual "el tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable", con lo que prevé un enjuiciamiento previo por parte del juez de la validez, eficacia del convenio arbitral y sobre su aplicabilidad a las cuestiones objeto del litigio.

Una previsión similar se contiene en el art. 8.1 de la Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional , que la propia exposición de motivos de la Ley de Arbitraje afirma que ha servido de principal criterio inspirador.

Y el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, aunque excluye de su ámbito de aplicación el arbitraje (art. 1.2.d), afirma en su considerando 12 que "ningún elemento del presente Reglamento debe impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje [...] examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional"-"

Terminaba concluyendo: " *-La conclusión de lo expuesto es que si se ha iniciado un litigio judicial en el que se ha planteado, por medio de declinatoria, la falta de jurisdicción por existir un convenio arbitral, el enjuiciamiento que ha de realizar el órgano judicial sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre la inclusión de las cuestiones objeto de la demanda en el ámbito de la materia arbitrable, no está sometido a restricciones y no debe limitarse a una comprobación superficial de la existencia de convenio arbitral para, en caso de que exista, declinar su jurisdicción sin examinar si el convenio es válido, eficaz y aplicable a la materia objeto del litigio-* "

No podría, pues, el Juzgado de instancia declinar su jurisdicción sobre las pretensiones planteadas sin examinar si la cláusula compromisoria era, o no, válida, eficaz y aplicable al objeto del litigio. No lo ha hecho, limitándose en el auto recurrido, folio 962 vuelto, a declarar aplicable dicha cláusula y no aplicable el artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Volvemos a lo que decía la STS 409/2017 para señalar que en el punto 5 del apartado de "Decisión del Tribunal", se señalaba: "L *a trascendencia de la naturaleza negociada o de adhesión del convenio arbitral tiene su claro reflejo en las reglas de interpretación del convenio arbitral. El art. 9.2 de la Ley de Arbitraje prevé que "si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenioy su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato". Por tal razón es correcta la aplicación que hace la Audiencia Provincial de la regla de interpretación contra*

proferentem contenida en los arts. 1288 del Código Civil y 6.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , puesto que el convenio arbitral objeto de este litigio está contenido en un contrato de adhesión, predispuesto por Banco Popular. La afirmación que hace Banco Popular, para impugnar que se haya aplicado la regla de interpretación contra proferentem, de que la cláusula compromisoria no le es favorable no puede ser aceptada, por cuanto que fue él quien la predispuso en el contrato, por convenir a sus intereses, y quien ha pretendido reiteradamente que se aplique para resolver esta cuestión litigiosa. Y en todo caso, dicha regla de interpretación de los contratos, contenida en los arts. 1288 del Código Civil y 6.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , no exige para su aplicación que la cláusula cuya interpretación se cuestiona haya sido introducida en el contrato en beneficio exclusivo del predisponente."

Y el punto 11, también literalmente transcrito, dice. " *Tampoco puede estimarse el último argumento expuesto en el recurso. La existencia de una cláusula de sumisión expresa a determinados juzgados, prevista para el caso de que no exista sumisión a arbitraje, no es significativa de que el convenio arbitral sea omnicomprensivo en el sentido pretendido por Banco Popular, que incluiría como cuestión sometida a arbitraje el conocimiento de las acciones de nulidad de los contratos de swap y put. En primer lugar, porque esa cláusula de sumisión expresa, contenida en una condición general de un contrato de adhesión, carece de validez conforme al art. 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . En segundo lugar, porque lo que en ella se establece, con independencia de su validez, no es incompatible con que el convenio arbitral comprenda algunos aspectos de la relación negocial y otros queden fuera de su ámbito.* "

Además, en el punto 13, añadía: " *Lo decisivo es, a la vista de la redacción que se dio a la cláusula y de las cuestiones a las que se hacía expresa referencia en la misma, si puede considerarse que el adherente ha aceptado de manera clara e inequívoca la sumisión de determinadas cuestiones a arbitraje y la correlativa renuncia a que las controversias que puedan surgir sobre las mismas sean decididas por un tribunal de justicia. Y, como razona correctamente la Audiencia Provincial, no puede aceptarse que en este caso Agrumexport, al prestar su consentimiento al contrato de adhesión que le fue propuesto por Banco Popular, hubiera aceptado clara e inequívocamente someter a arbitraje cuestiones que distintas de la interpretación, cumplimiento y ejecución de las cláusulas del CMOF y, en concreto, la anulación por error vicio del contrato swap y del contrato put concertados en el ámbito de dicho contrato marco-* "

En el auto de 3 de septiembre del 2018, la Juez de instancia ya valoró, con argumentos que compartimos, que la cláusula era una condición general de la contratación predispuesta por la demandada en el contrato objeto del litigio y que reunía todos los requisitos propios de tal naturaleza. Especial atención ha de darse a lo que dice en el párrafo tercero del fundamento segundo de dicho auto.

Dados los términos de la cláusula compromisoria, lo que también debía valorar la Juez de instancia en su resolución, una vez que aparecía como predispuesta por una de las partes, y aunque la actora, una mercantil, no reuniera la condición de consumidora, era si la actora había, o no, aceptado someter a arbitraje (de forma clara e inequívoca) las pretensiones ejercitadas en la demanda y su ampliación que excedieran de una mera reclamación de cantidad. No lo hizo en la que hoy es objeto de recurso, y debe ser esta Sala la que integre el razonamiento del auto inicial con la doctrina jurisprudencial señalada, y no con la serie de variopintas resoluciones que, aportadas por copia y nunca testimoniadas salpican el procedimiento, e, incluso, que se han pretendido introducir en esta segunda instancia.

El Letrado responsable de la UPAD del Juzgado, en una resolución firme por no recurrida,

entendió posible la incorporación al objeto de litigio, a través de una ampliación de la demanda inicial, una cuestión de naturaleza muy distinta de las que recogía el suplico de la demanda inicial, la nulidad de la cláusula 14ª del contrato cuya eficacia implicaba la renuncia a todo tipo de indemnización.

Esa pretensión, por su naturaleza rebasaba el ámbito de la forma omnicomprensiva relativa a la "interpretación y ejecución del contrato" que llevaría el litigio a arbitraje, siendo esa interpretación contractual, como es, una tarea muy distinta de la declaración de nulidad de sus cláusulas.

No estando acreditado que la actora aceptara la sumisión a arbitraje en la forma que exige la Jurisprudencia, el recurso debe ser estimado, y, con ello, procede revocar la decisión adoptada por el Juzgado de Primera instancia, pues esta Sala le estima competente para conocer de la integridad del litigio con preferencia al órgano arbitral designado en la cláusula debatida.

TERCERO.- Dice el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento civil que (2) cuando sean estimadas, total o parcialmente, todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará al pago de las costas procesales a ninguno de los litigantes.

En la primera instancia se planteó una declinatoria de jurisdicción conforme al artículo 39 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que, llevaba a la sustanciación de una declinatoria. El artículo 65.2 recoge la decisión estimatoria de la declinatoria, pero no atribuye a dicha decisión la obligatoriedad de un pronunciamiento condenatorio. Tampoco lo hace en el caso de la desestimación.

La declinatoria no es un procedimiento declarativo, sino una cuestión incidental planteada dentro de un proceso ordinario en el que la imposición de costas a la parte proponente, cuando se le desestima, no tiene reflejo alguno en su normativa propia, y tampoco lo tiene en los artículos 387 y siguientes de la Ley, que tratan de las cuestiones incidentales en sentido general, por lo que entendemos que no procede, tampoco, hacer una especial imposición de las costas procesales de la primera instancia.

PARTE DISPOSITIVA

Al estimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador señor De Miguel Alonso, en nombre y representación de la mercantil Mugikor Laudio 2016 SL, contra el auto 112/2018, dictado el 7 de julio del 2018 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Amurrio en el proceso ordinario 141/2018, debemos revocar, y revocamos dicha resolución, dejándola sin efecto, al tiempo que ordenamos seguir la normal tramitación del procedimiento ordinario referido por considerar al Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Amurrio plenamente competente para sustanciarlo con preferencia a cualquier órgano arbitral.

Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas procesales en ninguna de las dos instancias.

Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

Frente a esta resolución no cabe interponer recurso ordinario de clase alguna.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. que lo encabezan.