Id. Cendoj: 01059370012019200003
ECLI: ES:APVI:2019:3A
ROJ: AAP VI 3/2019
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Vitoria-Gasteiz
Sección: 1
Nº de Resolución: 10/2019
Fecha de Resolución: 29/01/2019
Nº de Recurso: 1584/2018
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: 01.02.2-18/008457

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.42.1-2018/0008457

Recurso apelación de autos LEC 2000 / Autoen apelazio-errekurtsoa (2000ko PZL) 1584/2018 - C

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vitoria-Gasteiz - UPAD Civil / Gasteizko Lehen Auzialdiko 1 zenbakiko Epaitegia - Zibileko ZULUP

Autos de Procedimiento ordinario 688/2018 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Gonzalo

Procurador/a/ Prokuradorea: IRATXE DAMBORENEA AGORRIA

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 10/19

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMA. SRA. PRESIDENTA : Dª MARIA MERCEDES GUERRERO ROMEO

MAGISTRADO : D. EMILIO RAMON VILLALAIN RUIZ

MAGISTRADO : D. IÑIGO ELIZBURU AGUIRRE

LUGAR : VITORIA-GASTEIZ

FECHA : veintinueve de enero de dos mil diecinueve

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En fecha 31-07-2018 se dictó Auto número 245/18 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Vitoria-Gasteiz , en Autos de Procedimiento Ordinario número 688/18, cuya parte dispositiva dice:

"Se declara la falta de JURISDICCION de este tribunal para conocer del asunto reseñado en los antecedentes de esta resolución, por corresponder su conocimiento a la Cámara de Comercio de Torrelavega.

Con imposición de costas a la demandante. *"*

SEGUNDO .- Por la representación de **D. Gonzalo** , bajo la dirección Letrada de Dª. Magdalena Pericet Melendez,se interpuso recurso de apelación contra dicho Auto, recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 10-10-18, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentándosepor la representación de **THE BYMOVIL SPAIN S.L.U.,** bajo la dirección Letrada de D. Cristóbal Palacio Ruiz, escrito de oposición al recurso de apelación, remitiéndose, seguidamente, 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 27-11-18 se mandó formar el correspondiente Rollo de Sala, registrándose y turnándose la ponencia al Iltmo. Sr. Magistrado D. EMILIO RAMON VILLALAIN RUIZ, y, por providencia de fecha 11-12-18 se señaló para deliberación, votación y fallo el día 24-01-19.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- 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"-"

Termina 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 es, o no, válida, eficaz y aplicable al objeto del litigio. Lo ha hecho en la resolución recurrida citando esta misma sentencia con la extensión que evidencian los folios 645 y 646. Partiendo de que se trata de un contrato de adhesión, en el que una parte ha escogido la solución arbitral como la más conveniente a sus intereses, indica que, no por ello la cláusula es nula ya que es de aplicación el artículo 9.2 de la Ley de Arbitraje y se debe acudir a lo dispuesto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

La Juez de instancia entiende que no teniendo el adherente la condición de consumidor, el régimen de nulidad, por remisión del artículo 8.1 de la citada Ley , es el de la nulidad por infracción de normas imperativas o prohibitivas que contempla el Código Civil, y que no consta que la cláusula compromisoria vulnere ninguna. Y finalmente señala que el objeto del litigio, es una reclamación de indemnización susceptible de ser sometida a enjuiciamiento arbitral.

SEGUNDO. - Se impugna esa resolución, en primer lugar, por infracción del artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la doctrina que recoge la sentencia que la propia Juez aplica.

Examinado el desarrollo del recurso, se observa que la cita que la recurrente hace de la STS 409/2017 es manifiestamente incompleta.

El punto 5 del apartado de "Decisión del Tribunal", completamente transcrito, dice: *"La 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 convenio y 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."*

Y con ello se obvia lo que también dice la sentencia en el punto 13, que resulta, además, esencial para la resolución del recurso: " *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-* "

Dados los términos de la cláusula compromisoria, lo que debió valorar la Juez de instancia en su resolución, una vez que aparecía como predispuesta por una de las partes, y aunque el actor no reuniera la condición de consumidor, era es si éste había, o no, aceptado someter a arbitraje (de forma clara e inequívoca), al menos, dos de las pretensiones ejercitadas en la demanda que excedían de la reclamación de una indemnización a que hace referencia el auto recurrido: la nulidad de la cláusula 14ª, que implicaba la renuncia a todo tipo de indemnización, y la de la propia cláusula 20ª. Pretensiones que, por su naturaleza rebasaban la forma omnicomprensiva relativa a la "interpretación y ejecución del contrato" siendo, como es, esa labor muy distinta de una declaración de nulidad.

No estando acreditado que así fuera, el recurso debe ser estimado, y con ello procede revocar la decisión adoptada por el Juzgado de Primera instancia, ya que estimamos que es 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, folio 597, 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 hacer una especial imposición de las costas procesales de la primera instancia.

Y con ello dejamos señalado que la resolución de esta Sala invocada en la resolución recurrida es una resolución aislada, dictada en un conflicto entre órdenes jurisdiccionales muy distinto al aquí planteado, y cuyo criterio entendemos sustituido por el general que aquí se expresa.

PARTE DISPOSITIVA

Al estimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora señora Damborenea Agorria, en nombre y representación de don Gonzalo , contra el auto dictado el 31 de julio del 2018 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de esta Ciudad en el proceso ordinario 688/2018, 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 a quo 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.

Dése el destino legal al depósito necesario 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. Doy fe.