Roj: SAP C 737/2015 - **ECLI:**ES:APC:2015:737
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Coruña (A)
Sección: 3
Nº de Recurso: 309/2014
Nº de Resolución: 91/2015
Fecha de Resolución: 19/03/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA JOSEFA RUIZ TOVAR
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

MATERIAS NO ESPECIFICADAS

Encabezamiento

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

A CORUÑA

SENTENCIA: 00091/2015

ROLLO: RECURSO DE APELACIÓN (LECN) -RPL Nº 309/2014

SENTENCIA

AUDIENCIA PROVINCIAL, SECCIÓN TERCERA

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DÑA. MARÍA JOSEFA RUÍZ TOVAR, presidente.

DÑA. MARÍA JOSÉ PÉREZ PENA.

D. RAFAEL JESÚS FERNÁNDEZ PORTO GARCÍA

En A CORUÑA, a diecinueve de marzo de dos mil quince.

VISTOS en grado de apelación ante esta **Sección 3ª** de la Audiencia Provincial de **A CORUÑA, los autos de P. ORDINARIO Nº 433/2012** , procedentes del **JDO. PRIMERA INSTANCIA Nº 7 de A CORUÑA** , a los que ha correspondido el **Rollo RPL Nº 309/2014** , en los que aparece como parte **APELANTE/DDO: -UNIÓN INVIVO-UNIÓN DE COOPERATIVES AGRICOLES** , con domicilio en c/Avenue de La Grande Armée 75782. Cedex 16 París, representada por la Procurador Sr. CASTILLO VILLACAMPA y bajo la dirección del Letrado Sr. ARIZON GÓMEZ DE LA BARCENA; y como **APELADA/DTE: -ECOAGRÍCOLA S.A.-,** con CIF. A-30751986, con domicilio en c/Carretera N-343, Km.7,5 Valle de Escombreras-Cartagena-Murcia, representada por el Procurador Sr. LAGE

FERNÁNDEZ-CERVERA y bajo la dirección del Letrado Sr. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, sobre Acción de Reclamación de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones asumidas en virtud del acuerdo de compraventa.

Y siendo Magistrado Ponente la **Ilma. Sra. Dª MARÍA JOSEFA RUÍZ TOVAR.**

ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO los de lasentencia de fecha 26-03-2014yAuto Aclaratorio de fecha 21 de Mayo de 2014, dictados por el Juzgado de 1ª Instancia Nº 7 de A CORUÑA, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Lage Fernández-Cervera en nombre y representación de ECOAGRÍCOLA S.A. contra UNIÓN INVIVO-UNIÓN DE COOPÉRATIVES AGRICOLES representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Castillo Villacampa, debo condenar a esta última a indemnizar a la actora en la cantidad de 878.000,00 (OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL EUROS, más los intereses de demora devengados desde el 20-5-2011 y hasta su completo pago, así como la condeno al pago de las costas procesales".

Y la parte dispositiva del Auto Aclaratorio: Procede la aclaración interesada, con una corrección más de oficio, de lo que fueron menos "lapsi calami", por otra parte irrelevantes, en el pasaje siguiente de la sentencia: "que la hoy actora remitió a la hoy demandada a las 17,59 horas del mismo día confirmó por la misma vía la recepción de la oferta", que ha de entenderse sustituido por esta otra frase: "que, a las 17,58 horas del mismo día, la hoy actora confirmó a la hoy demandada por la misma vía la recepción de la oferta a la hoy demandada", pues del doc. 3 se deriva que la hora fue a las 17,58 horas, y no a las 17,59 horas, y ambas partes lo admiten por otro lado". Aclarando la sentencia en el sentido indicado.

PRIMERO.- Interpuesta la apelación por Unión Invivo-Unión de Cooperatives Agrícoles, y admitida, se elevaron los autos a este Tribunal, con emplazamiento de las partes, compareciendo en tiempo y forma para sostener dicho recurso el Procurador Sr. José Luís Castillo Villacampa.

SEGUNDO.- Registradas las actuaciones en esta Audiencia, fueron turnadas a esta Sección. Por diligencia de fecha 30- Junio-2014, se admite el recurso, mandando formar el correspondiente Rollo, designando Ponente y acordando esperar el término del emplazamiento. Se tiene por parte al Procurador Sr. Castillo Villacampa, en nombre y representación de Unión Invivo de Cooperatives Agrícoles, en calidad de apelante y se tiene por parte al Procurador Sr. Lage Fernández-Cervera, en nombre y representación de Ecoagrícola S.A., en calidad de apelada. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba ni celebración de vista, quedan los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno corresponda. Por providencia de fecha 23-Julio-14 se señaló para votación y fallo el 4-11-14. Porauto de fecha 20-11-14se acuerda unir la documental aportada en el escrito de oposición al recurso y requerir a las partes para la aportación de la resolución de GAFTA caso de haber recaído. Por escrito de fecha 28-11-14 el Procurador Sr. Castillo Villacampa suplica la admisión a los autos del mismo. Por escrito de fecha 5-12-14 el Procurador Sr. Lage Fernández-Cervera presenta escrito alegaciones.

TERCERO.- Por providencia de fecha 19-12-14 se acuerda señalar nuevamente para la votación y fallo el próximo día 10-02-15. Con fecha 30-12-14 por el Procurador Sr. Castillo Villacampa interpone recurso de reposición contra la providencia de fecha 19-12-14. Por diligencia de fecha 19-Enero-15 y una vez que el Procurador Sr. Castillo

Villacampa aportó el depósito requerido para recurrir en reposición se admite a trámite el recurso, concediéndose a las partes un plazo de 5 días para impugnarlo. Por Auto de fecha 9-Febrero-2015 se estima en parte el recurso de reposición contra la providencia de fecha 19-12-14, dejándose sin efecto el señalamiento para votación y fallo de fecha 10-II-2014, uniéndose la documental aportada, incluido el Laudo Arbitral. Se acuerda celebrar vista señalándose para la misma el día 3-Marzo-2015 a las 11,30 horas y se acuerda la devolución del depósito para recurrir en reposición. Con fecha 3-Marzo-15 se levanta Acta de la vista compareciendo las partes acompañadas de sus Letrados, firmando todos los asistentes dando fe el Secretario.

TERCERO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada, ni del Auto que resolvió la declinatoria.

PRIMERO. - Se plantea a la consideración de esta alzada la incompetencia de Jurisdicción por la recurrente, debido al cristalino acuerdo de someter a arbitraje G.A.F.T.A. Londres -con derecho inglés aplicable- pactado por Ecoagrícola e Invivo en el intercambio de emails de 29 de Julio de 2010 de las 17:58 y 18:07 horas, acuerdo de arbitraje internacional que debe impedir a los tribunales Españoles que conozcan del asunto.

A los efectos de centrar los términos de debate, dado ya el dilatado ámbito temporal del proceso que nos ocupa, se indica lo siguiente:

1º La presentación de la demanda la efectúa Ecoagrícola S.A. el 30 de Abril de 2012 contra Unión Invivo -Unión de Cooperativas Agrícoles, ante los Tribunales Españoles, invocando como su fundamento jurídico de la competencia elReglamento 44/2001 (art. 5.1.a), en A Coruña, lugar donde tenía que cumplirse la obligación (Reglamento de Bruselas).

2º La demandada, conforme al Derecho Español, planteó declinatoria de jurisdicción el 17 de Septiembre de 2012, entendiendo que el competente era el Tribunal de Arbitraje GAFTA en Londres, invocando elart. 9.6 de la Ley de Arbitraje Española de 2003. Elauto del Juzgado resolviendo la cuestión es de 28 de Noviembre de 2012, indicando que como las condiciones generales no estaban firmadas, no se puede deducir claramente la voluntad inequívoca de las partes de someter la cuestión a arbitraje.

3º Previamente el Mº Fiscal había informado que el competente era el Tribunal de GAFTA y subsidiariamente el Juzgado de lo Mercantil (F-600).

4º ElJuzgado no admitió la reposición contra el auto denegando la declinatoria el 15 de Marzo de 2013.

5º La demandada reprodujo la cuestión en apelación, al permitirlo el Derecho Español, al no ser firme el Auto dictado por el Juzgado.

6º Durante la tramitación del presente procedimiento, una vez que se resolvió en el Juzgado que los Tribunales Españoles eran los competentes, se planteó en GAFTA por la demandada el arbitraje en Londres. El 19 de Diciembre de 2013, se indicó que GAFTA no tenía jurisdicción.

7º Esta A. Provincial, encargada de resolver el recurso de apelación, requerió a las parte para que aportaran la resolución del Tribunal de GAFTA, que a su vez se había recurrido. El Tribunal de GAFTA confirmó su falta de competencia el 15.I.2015.

8º Se señaló vista en esta alzada a fin de que las partes pudieran alegar, y ya en elauto de esta Sala de 20 de Noviembre de 2014, reseñaba como la demandante en la audiencia previa interesó la celebración del presente juicio, sin perjuicio de lo que diga el Tribunal de G.A.F.T.A. "en cuyo caso se pediría la suspensión de mutuo acuerdo".

9º Durante la celebración de la vista, la apelada admitió como posibilidad que la demandada pudiera instar la nulidad del laudo arbitral de G.A.F.T.A., insistiendo la recurrente Invivo en que sí existe cláusula arbitral, como así lo manifestó también GAFTA, y que Ecoagrícola ha incumplido el arbitraje. Lo que sucedió es que el Tribunal Arbitral de G.A.F.T.A. no admitió su competencia, tras tener en consideración el dictamen del Sr. Meads y los comentarios de los abogados, y dado que los vendedores no habrían exigido el arbitraje hasta febrero de 2013, así como que el Juzgado español había dictaminado en Noviembre de 2012 que se aplicaba la jurisdicción española, por lo que se confirmó la decisión de primera instancia del Tribunal Arbitral.

La tesis por ello de la recurrente es que está en manos de la Sala de apelación determinar si GAFTA vuelve o no a conocer del asunto; y la tesis de la apelada es que a fin de evitar el peregrinaje de jurisdicciones debería este Tribunal conocer del mismo, a fin de conseguir una tutela judicial efectiva.

SEGUNDO. - Jurídicamente las partes en el procedimiento mantuvieron posturas dispares, la demandante sosteniendo que hay contrato y no la sumisión a arbitraje, y la demandada que no existió el contrato, pero sí la sumisión a arbitraje. El Tribunal de GAFTA en su Laudo Arbitral Nº 4361 declaró en su apartado 5.9 al resolver la apelación que " el hecho de no firmar las condiciones contractuales por parte de los vendedores no invalida el acuerdo de arbitraje acordado por las partes el 29 de Julio de 2010 y asimismo declaramos que los compradores, al llevar el asunto directamente al juzgado español antes de proceder a arbitraje, incumplieron el acuerdo de arbitraje" , aunque luego en cuanto al fondo lógicamente por aplicación delReglamento de Bruselas (art. 33) 44/2001 de Reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, al no ser aplicable todavía el Reglamento 1215/2013 también conocido por el Reglamento Refundido, asumieron las resoluciones del Tribunal Español en cuanto a su propia competencia, cuando el Auto que resolvía la declinatoria era susceptible de apelación, al igual que la sentencia. Véase la regulación delart. 65 Nº 2 de la L.E.C. (redacción dada por laD.F. 3ª de la Ley 5/2012 de 6 de Juliode mediación en asuntos civiles y mercantiles).

Véase igualmente elart. 66 apartado 2 de la L.E.C. (Redacción dada por laD.F. 3ª de la Ley 5/2012, de 6 de Julio, con vigencia desde el 27 de Julio), en el sentido que contra el auto por el que se rechace la falta de competencia internacional, de jurisdicción o de competencia objetiva, solo cabrá recurso de reposición, que en nuestro caso fue desestimado, "sin perjuicio de alegar la falta de esos presupuestos procesales en apelación contra la sentencia definitiva", siendo también aplicable "cuando el auto rechace la sumisión del asunto a arbitraje o a mediación".

Por ello, la resolución de GAFTA hay que verla en sus justos términos, dado que se partía de que los tribunales españoles habían emitido una decisión final y concluyente, aunque no era una decisión definitiva.

Para la Sala, no hay duda alguna de que las partes se sometieron al arbitraje según las reglas GAFTA 125. Ecoagrícola - sucursal de Abengoa- incorpora siempre a sus contratos el sometimiento a arbitraje ante tal Tribunal, la mejor prueba de ello es la propia documental de la actora (documentos Nº 17 y Nº 18 de la demanda), donde también las compras de cereales que realiza se someten al tribunal arbitral; y, las propias condiciones generales que Ecoagrícola (Abengoa) remite a Invivo recogen que "cualquier litigio que pueda surgir de este contrato, deberá ser elevado a arbitraje de acuerdo con el reglamento Nº 125 de los reglamentos de arbitraje del "Grain en el Feed Trade Association" en vigor a la fecha de este contrato (arbitraje en Londres). Siendo dichos reglamentos parte integrante de este contrato y de los que ambas partes tienen conocimiento. El idioma de este contrato es el español".

Por tanto, el reconocimiento que hizo G.A.F.T.A. de losautos del Juez de Instancia de 28.11.2012, y15.3.2012, en base al art. 33 del R. 44/2001 solo pueden tener un carácter provisional.

Ley Arbitral Española recoge el principio de separabilidad de la cláusula compromisoria en el art. 22.1, esto es se "considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones, que se reproduce en el art. 16.1 de la Ley modelo UNCITRAL. El principio de la separabilidad del pacto compromisorio tiene por objeto primordial, permitir que los árbitros se pronuncien sobre la validez de la cláusula (El Tribunal arbitral inglés ha indicado en su decisión que ha incumplido el compromiso arbitral la actora), y a su vez el principio reseñado hace posible el también "principio competencia de la competencia" (Kompetenz-Kompetenz), que laLey Arbitral Española establece claramente también en el art. 22.

Es la propia actora, la que dentro de su oferta final introduce el compromiso arbitral vía condiciones generales.

La exposición de motivos de la Ley de Arbitraje vigente contempla la regla de la separabilidad del convenio arbitral, respecto al contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal, siendo uno de los pilares fundamentales de la funcionalidad del arbitraje.

Estamos ante un arbitraje internacional delart. 3 Nº 1 a), y elart. 9 en cuanto a su forma y contenido, no exige que esté firmado por las partes, sino que de acuerdo también con lo establecido en el Convenio de Nueva York, bastará que consta "en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo".

En efecto, el Convenio de Nueva York de 1958 regula los efectos negativos del convenio arbitral, sobre la competencia del Juez Nacional en el art. 11.3. El Juez es incompetente sobre el fondo, pero parcialmente competente para resolver la validez de la cláusula. El at. 11.3 ordena al juez nacional remitir el asunto al arbitraje convenido, a menos que se pruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable. El art. II del Convenio determina que el intercambio de correspondencia es suficiente para acreditar el compromiso arbitral.

La Ley actual de 2003 suprimió la exigencia delart. 5.1 de la anterior Ley de 1988, de expresar la voluntad "inequívoca" de las partes de sometimiento y de expresar la obligación de cumplir tal decisión, dejando claro lassentencias del T.S. del 6.IIy9 de Mayo de 2003, que tanto elart. 6.2 de la L.A. de 1988 como elart. 2.2. del Convenio de Nueva York de 1958, "lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las

partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje", siendo destacables las sentencias las recientes del T.S. que se pronuncian contra las fórmulas sacramentales, como condicionantes de la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje (S.T.S. 1.6.1999,13.7.2001y 18.3.2002), y a favor en cambio del criterio respetuoso con la voluntad de las partes presente en el art. 3.2. de la Ley de 1988 (S.T.S. 13.3.2001).

De igual forma losautos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15y29.3.2012,establecen que es doctrina reiterada (AA T.S. 17 abril 1998,31 Julio 2000,13.Nov.2001,26.Febrero.2002y7 de Octubre 2003, entre otros) que en esta materia predomina un criterio antiformalista, de modo que si el CNY exige la forma escrito lo es a efectos de que quede constancia de la existencia del pacto, pudiendo resultar el convenio arbitral de un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación más modernos que dejen constancia del acuerdo. De esta forma, como criterio interpretativo del párrafo 2 del art. II del CNY aprobado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 7 de Julio de 2006, conforme a la cual, considerando lo extendido del comercio y de las comunicaciones electrónicas, elart. II ha de interpretarse en el sentido de que los mecanismos allí recogidos no son exhaustivos sino que deben incluirse entre los medios aptos para acreditar el acuerdo, la comunicación electrónica. Lo que por otra parte admite ya elart. 9.3 de la Ley de Arbitraje Española.

Más aún, la jurisprudencia española ha admitido la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje predispuestas en contratos de adhesión celebrados entre empresarios, por ser tales cláusulas como su propio contenido usuales en el comercio marítimo (AT S. 28.3.2000, 26.2.2002...etc). Igualmente el AT S.J. Catalán de 15.3.2012, el cual menciona a su vez el del T.S. de 31 de Mayo de 2005, establece "el hecho de que la cláusula de sumisión a arbitraje venga contenida en una estipulación incluida en un conjunto de condiciones generales, a las que se remite en bloque el contrato suscrito por las partes, y del que pasó a formar parte como un anexo al mismo, no es bastante para considerarla ineficaz", cuando se trata de empresarios; y tampoco cabe dudar de la habitualidad o generalización de arbitrajes de este tipo, como señala lasentencia del T.S. de 23 de Julio de 2001, yen materia marítima las de 6 de Febreroy9 de Mayoy3 de Julio de 2003, en razón a que el comercio internacional exige una seguridad y rapidez en las transacciones, así como urgente solución de los conflictos, eludiendo la complicación y la lentitud de las jurisdicciones estatales.

Mal puede tomarse por la demandante-apelante del documento referido, lo que le favorece y dejar lo que aparentemente le disgusta, competencia del Tribunal Arbitral.

En las condiciones generales quiérase o no aparece la sumisión a arbitraje uso habitual en el tráfico mercantil, que ella asumía. Aunque el Convenio de Nueva York no soluciona expresamente el problema hoy planteado, actuación en paralelo del Tribunal Arbitral y la Jurisdicción ordinaria, se estima que debe darse primacía al Convenio arbitral, en base al principio " pacta sunt servanda" , so pena de convertir al incumplidor del mismo, por el hecho de haber planteado primero el juicio declarativo, en el elector de quién debe dar respuesta a la cuestión de fondo planteada.

Aunque elart. 11.2 de la Ley Arbitral Españolaindica que la declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales; de conformidad con el art. 11.1, el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitrajes.

La preferencia entre el arbitraje y el proceso judicial, no es por ello una cuestión temporal, sino que debe prevalecer el arbitraje, máxime cuando el propio Tribunal de G.A.F.T.A. ha indicado que la actora la incumplió, y solo inadmite su competencia en base al reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, que no tenían el carácter de firmes. Se infringió así por el auto apelado elart. 9 y elart. 11.1 de la Ley de Arbitraje Española, (Reformada por la Ley 11/2011, de 20 de Mayo) que obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los Tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje" siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria".

En definitiva aunque se tratase de condiciones particulares de venta de la actora, tratándose clarísimamente de una cláusula arbitral que podrían ser incluidas en condiciones generales de la contratación, si lo que se pretende por la actora es negar la validez del convenio arbitral porque no fue firmado, de acuerdo con el Convenio de Nueva York a aplicar como verdadera norma de conflicto, no lo ha conseguido, siendo la misma la que va en contra de los actos propios, cuando propuso ella el arbitraje.

Finalmente nótese que tampoco estamos "a priori" ante una Resolución de un Tribunal Arbitral firme, sino que conforme a laLey Inglesa de 1996, cabría recurso contra la sentencia en los casos de incompetencia (art. 67.1 a) a través de la anulación, pronunciada por el Tribunal Arbitral inglés por razón de su competencia.

Por lo demás, la recurrida no puede invocar normas de Derecho interno para sustraerse del convenio arbitral, debiendo acudirse al convenio de Nueva York ratificado por las partes.

La demandada nunca renunció de forma expresa al arbitraje, sino que planteó "ab initio" la declinatoria ante el procedimiento iniciado en España, y al no ser conforme a sus intereses la resolución de tal declinatoria acudió a GAFTA.

No estamos tampoco ante un supuesto de ineficacia sobrevenida que privaría a lo actuado de ejercer su derecho en GAFTA, menos aún por la existencia de negociaciones previas que no le impedirían acudir a GAFTA.

El efecto del recurso necesariamente debe conducirnos a revocar losautos dictados por el Juzgado el 28.Nov.2012y15 de Marzo de 2013, que desestimaron la declinatoria y reposición, con consiguiente nulidad de todo lo actuado, incluida la sentencia, al estimar la declinatoria interpuesta por falta de competencia del Tribunal Español, debido a la existencia de cláusula arbitral internacional, con nulidad de todo lo actuado ulteriormente, incluida la sentencia.

Se estima así el recurso, con las consecuencias inherentes referidas.

TERCERO. - La estimación del recurso de apelación articulado, conduce a no hacer una especial imposición de costas en esta alzada a tenor delart. 398 Nº 2 de la L.E.C.

La estimación de la declinatoria conduce a imponer las costas de 1ª instancia a la demandante, siguiendo el criterio objetivo del vencimiento a tenor delart. 394 Nº 1 de la L.E.C.

FALLO:

Estimando el recurso de apelación articulado, se revoca elAuto dictado por el Juzgado el 28 de Noviembre de 2012que mantuvo el que resolvió el recurso de Reposición

de 15 de Marzo de 2013, y en su lugar estimando la declinatoria de Jurisdicción, propuesta por la demandada, se declara que los Tribunales Españoles no son competentes para resolver la cuestión, por estar sometida a arbitraje internacional de las partes en el Tribunal de GAFTA.

Se declara la nulidad de lo actuado desde dichas resoluciones incluida lasentencia dictada por el Juzgado el 26 de Marzo de 2014, aclarada porauto de 21 de Mayo de 2014, con imposición de costas en la instancia a la demandante, y sin hacer una especial imposición de costas en esta alzada.

Devuélvase el depósito constituido.

Contra esta Resolución cabe interponer Recurso de Casación.

Así, por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario. Doy fe.