



Roj: **AAP M 877/2018** - ECLI: **ES:APM:2018:877A**

Id Cendoj: **28079370082018200053**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **19/02/2018**

Nº de Recurso: **919/2017**

Nº de Resolución: **53/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARMEN MERIDA ABRIL**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **AAP M 877/2018,**
AAAP M 1432/2018

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Octava

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 1 - 28035

Tfno.: 914933857

37007750

N.I.G.: 28.006.00.2-2016/0011938

Recurso de Apelación 919/2017 D

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 03 de Alcobendas

Autos de Procedimiento Ordinario 1502/2016

APELANTE: PKG HOLDINGS, LLC

PROCURADOR D. RICARDO SIMO PASCUAL

APELADO: AG GEA GROUP y GEA PROCESS ENGINEERING, SA

PROCURADOR Dña. ASCENSION DE GRACIA LOPEZ ORCERA

A U T O N° 53/2018

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JUAN JOSÉ GARCÍA PÉREZ

Dña. LUISA MARÍA HERNAN PÉREZ MERINO

Dña. CARMEN MÉRIDA ABRIL

En Madrid, diecinueve de febrero de dos mil dieciocho.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de procedimiento ordinario nº 1502/2016 procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Alcobendas, seguido entre partes; de una como **demandante-apelante** la mercantil **PKG HOLDING LLC**, representada por el Procurador D. Ricard Simó Pascual; y de otra, como **demandadas-apeladas** **GEA GROUP AG. y GEA PROCESS ENGINEERING, S.A.**, representadas por la Procuradora Dña. Ascesión de Gracia López Orcera.

VISTO, siendo Magistrada-Ponente la **Ilma. Sra. Dña. CARMEN MÉRIDA ABRIL.**



I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alcobendas, en fecha 13 de junio de 2017 se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«Se estima la declinatorio interpuesta por GEA GROPU AG a través de su representación procesal, absteniéndose este Juzgado de conocer el presente procedimiento por sumisión expresa de **arbitraje**, acordándose el sobreseimiento del procedimiento».

Con fecha 20 de septiembre de 2017 se dictó Auto completando el anterior en cuya parte dispositiva se acordaba:

«Conforme al artículo 394 LEC y en atención al criterio del vencimiento procede la imposición de las costas a la parte actora».

SEGUNDO.- Contra el referido auto se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora que fue admitido, y en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública para la resolución del presente recurso, quedó en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el día catorce de febrero de dos mil diecisiete.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- PKG Holdings LLC formula recurso de apelación contra el auto que estimó la declinatoria interpuesta por GEA Group AG, por sumisión expresa a **arbitraje**.

Las razones de la decisión judicial fueron, en esencia, las siguientes: a) No se apreció defecto en la forma de proponer la declinatoria por no haberse fijado el tribunal territorialmente competente puesto que lo que se discutía era la jurisdicción, no la competencia territorial; b) el único documento de negociación preliminar suscrito era de 25 de noviembre de 2015 y vinculaba únicamente a PKG Holding LLC y GEA Group AG; c) las negociaciones para la adquisición de las acciones de BOSSAR se realizaron entre dichas partes y en virtud de dicha negociación ambas suscribieron una carta de intenciones en cuyo punto 13 se indicaba expresamente que las controversias serían dirimidas de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento de la Deutsche Institution fur Schiedsgerichtsbarkeit por unos árbitros nombrados de acuerdo con dicho reglamento. La sede del **arbitraje** sería Dusseldorf, Alemania. Por tanto, con independencia de la interpretación que quisiera darse a las fases en la negociación, los conflictos que pudieran surgir entre ambas habrían de ser resueltos ante un tribunal de **arbitraje** con sede en Dusseldorf.

El recurso interpuesto por la demandante, según se deduce de su contenido, se estructura en dos motivos: a) Del defecto formal en la declinatoria; b) de la naturaleza de la carta de intenciones y aplicación del fuero previsto en la misma.

En defensa de su pretensión revocatoria adujo que la carta de intenciones establecía el marco en el que GEA GROUP podía obtener información para decidir si seguía o no adelante con las negociaciones, y si se llegaba a plantear en firme una adquisición de las empresas, como finalmente sucedió, a pesar de que no se llegara a firmar el contrato; la carta adolecía de un vínculo obligatorio para celebrar los futuros acuerdos y no pertenecía a la fase precontractual a la que sí pertenecían los hechos objeto de demanda que por ello no estaban sometidos a ningún fuero de jurisdicción voluntaria de los que se habían llegado a pactar. Y respecto al defecto formal en el planteamiento de la declinatoria insistió en la falta de determinación del órgano territorialmente competente.

Los demandados apelados se opusieron a la estimación del recurso de acuerdo, en lo sustancial, con los fundamentos de la resolución recurrida cuya confirmación interesaron con imposición al apelante de las costas causadas.

SEGUNDO .- Analizados los motivos que sustentan el recurso frente al auto que estimó la declinatoria por sumisión a **arbitraje**, esta Sala estima procedente su revocación con fundamento en los siguientes argumentos:

Sobre el defecto en la interposición de la declinatoria.



Reitera el apelante la infracción del art. 63 LEC ; sin embargo, ninguna infracción es de apreciar de dicho precepto que establece que « *Si la declinatoria se fundare en la falta de competencia territorial, habrá de indicar el tribunal al que, por considerarse territorialmente competente, habrían de remitirse las actuaciones* », y así, como acertadamente se resuelve en el auto apelado, la declinatoria planteada no se fundó en la falta de competencia territorial sino en la de jurisdicción a cuyo efecto el art.65.2 LEC dispone que « *Si el tribunal entendiese que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado, lo declarará así mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso. Del mismo modo procederá el tribunal si estimase la declinatoria fundada en haberse sometido el asunto a **arbitraje** o a mediación* ».

Sobre la naturaleza de la Carta de Intenciones.

Los acuerdos o Carta de Intenciones (también conocidas como *Letters of intent* o *LOI*) son figuras contractuales de Derecho anglosajón, cuya incorporación a nuestro ordenamiento se debe al uso reiterado de las mismas por los operadores de nuestra economía. Son, por tanto, unas figuras extrañas y ajenas a nuestro sistema contractual, que carecen de regulación alguna, lo cual no ha supuesto un obstáculo para que éstas hayan sido acogidas en nuestro Derecho a través esencialmente del principio de la autonomía contractual, asentado en el art. 1.255 del CC de tal forma que su contenido será el que las partes libremente estipulen, pudiendo contener una autentica oferta vinculante, una oferta no vinculante o una oferta con cierto grado de vinculación. Por ello, de su propia denominación no se pueden extraer reglas generales sobre sus efectos, sus características o su concepto.

La jurisprudencia tampoco ha perfilado un verdadero concepto y sus respuestas son casuísticas (STS de 3 de junio 1998 , 11 de abril 2000 y 7 de junio de 2011) . Y así, de las sentencias que resuelven casos donde el documento fue calificado de *letter of intent* o carta de intenciones, puede inferirse que el Tribunal Supremo no diferencia las cartas de intenciones de otros documentos precontractuales, situando todos ellos en el ámbito de los tratos previos, e incluso considerando en algunos casos que son precontratos, y en otros, diferenciándolas de los contratos definitivos, de las ofertas y, a veces, de los precontratos.

En definitiva, dependerá del grado de determinación de los elementos esenciales, del contenido del documento y del comportamiento de las partes, pudiendo incluso ser simplemente actos previos a los tratos preliminares, o una oferta simple, no una oferta vinculante.

Sentado lo anterior, el auto apelado estima la declinatoria al amparo de la cláusula 13 de la carta de intenciones (folio 494 a 496 actuaciones) que PKG Holdings LLC y GEA Group AG suscribieron, del siguiente tenor: «13. *Ley aplicable, **arbitraje**. Esta carta, así como cualquier diferencia que resulte de ella estará sujeta al, y sujeta a la interpretación, del derecho alemán, cualquier diferencia que resulte de esta Carta y que no se pueda resolver amigablemente por las partes, será dirimida finalmente de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento de la Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, DIS, por unos árbitros nombrados de acuerdo con dicho Reglamento. La sede del **arbitraje** será Düsseldorf, Alemania. El idioma del **arbitraje** será el inglés*»; sin embargo, del análisis del documento de " *Declaración de intenciones no vinculante relativa a la adquisición del negocio Bossar* "de 25 de noviembre de 2015 se sigue que el mismo era una simple oferta sin fuerza vinculante alguna, así se desprende de su propia denominación, y de su clausulado del que se destaca lo siguiente:

«*Declaración de intenciones no vinculante relativa a la adquisición del negocio Bossar, (...), por medio de la presente GEA Group (...) declara su interés en la adquisición del 100% de las dos siguientes empresas (...). Nuestra declaración de intenciones no es vinculante y no se interpretará como imponiéndonos obligación alguna a celebrar un contrato de compra definitivo, ni cualquier otro tipo de compromiso; pero estamos muy interesados en proseguir con nuestras negociaciones con Usted al amparo de lo siguiente (...).*

2.- *Precio de compra. El precio de compra que GEA está dispuesta a ofrecer sobre una base cash-free y debt-free y en base a las condicionantes que figuran más abajo, de forma preliminar y no vinculante, asciende a 28 millones € para el Negocio Bossar. (...).*

Nuestro precio de compra preliminar y no vinculante se funda en el pasado y en hipótesis sobre las previsiones de rendimientos. (...).

8.- *Confidencialidad. Usted y sus asesores considerarán la existencia y el contenido de esta carta, nuestro interés en avanzar con la transacción, así como nuestras discusiones y comunicaciones relacionadas con el proyecto, como estrictamente confidencial, se remite al Acuerdo de Confidencialidad. (...)*

12.- *Gastos. Cada una de las partes se hará cargo de sus propios gastos (por ejemplo, honorarios por asesoramiento, gastos de viajes), relacionados con la transacción proyectada aquí tanto si la transacción llega a buen término, como si no es así. El comprador no asumirá ningún gasto relacionado con la transacción».*



A ello se suma que, como alega el apelante, su acción de responsabilidad precontractual no la soporta en el contenido de dicha carta, sino en la falta de firma del contrato de adquisición de 25 de marzo de 2016 (doc.27 de la demanda) cuya voluntad de concorde cumplimiento provocó que el mismo contrato se estuviese ya ejecutando (página 8 del recurso). Así también se desprende del escrito de demanda en el que se expone, en lo que aquí interesa, que: «*Antes de llegar al punto de inflexión de todo el asunto, es necesario añadir que dentro de todas negociaciones y en el marco de colaboración que exista entre GEA PKG Holding, se esbozaron una serie de borradores de contratos de compra-venta, en los que se fijaban las condiciones exigidas por GEA para proceder a la compra. En el mes de abril tras varios borradores, se había redactado ya un modelo de acuerdo que iba a ser firmado por las partes a finales de ese mes, y al que únicamente le faltaban algunos puntos por definir. (...). Dentro de las condiciones que GEA solicitaba para cerrar el acuerdo, existían 3 que exigían un esfuerzo especial por parte de mi representado. Algunas suponían deshacerse de parte de su activo porque GEA no lo quería en el trato, otras suponían modificar ciertos parámetros de la empresa. (...).*»

El día 15 de abril de 2016, cuando PKG todavía está trabajando contra reloj solventando las exigencias de GEA, el Sr. Roberto , de GEA, el Sr. Teodoro , el mediador contratado por PKG Holding, recibe una llamada del Sr. Roberto , de GEZ, comunicándole que el Consejo de Administración de GEA ha decidido no continuar con la operación de adquisición de BOSSAR. (...). Efectivamente se trataba de la NO CONTINUACIÓN de una operación YA INICIADA.

Llamamos la atención sobre este punto por cuanto que, como se comprenderá, no deberá darse mismo tratamiento jurídico ni misma conclusión y amparo judicial a aquellas operaciones que se encuentran en fase negocial o precontractual, frente a operaciones como la presente, en las que el inicio de la compraventa y ejecutoriedad de la misma ya se había producido.

Así, los efectos propios de la compraventa ya se habían iniciado, a saber, la realización de actos tan necesarios como la venta de las sedes determinadas, la ubicación de la nave de Barcelona o la recolocación de los trabajadores, hechos que indudablemente, solo podían dar lugar al lenguaje utilizado por la compradora: cese de la operación ya iniciada. (...). A menos de 10 días de la fecha prevista para la firma, tras haber garantizado no solo verbalmente al PKG Holding la realidad de la operación, sino haber ratificado dicha garantía mediante la solicitud, permiso y observancia del cumplimiento por mi mandante de la totalidad de las exigencias requeridas y gastos asumidos, decide no continuar con la compraventa. (...).

GEA se retiraba a pocas semanas de la firma del contrato, tras obligar a mi representada a enviar información, a contratar personal para asesorarle en la operación y a realizar diversas actuaciones para asegurar la firma del contrato, entre las cuales estaban relocalizar a su personal de BOSSAR EUA o vender la nave industrial de BOSSAR PACKAGING en Cerdanyola del Vallés. (...). Se había puesto en marcha toda la operativa de la compraventa en sí, llevando a cabo a aquellos requisitos que a efectos de la posible formación del contrato había sido requerido. (...).

Como se ha dicho, para el momento en el que GEA abandonó la operación dejada colgada a mi representada, ambas partes ya habían formalizado la operación, hasta el punto de que prácticamente habían concluido, y ya se había dejado un acuerdo sobre el precio de la compraventa, o más concretamente sobre la forma de calcularlo, tal como se ve en el correo del Sr. Teodoro que hemos aportado como documento número diecinueve, habiéndose incluso desarrollado y ejecutado aquellos actos previos y requisitos que habían sido pactados para la posterior ejecución plena de la operación. (...)

La actuación de mala fe de GEA en el presente caso puede desprenderse de varios puntos:

Llevar la operación de compraventa hasta un punto en que se hace generar una expectativa legítima de éxito.

Iniciar la ejecución del contrato de compraventa hasta el punto de hacer realizar a mi representada diversas actuaciones relevantes y requeridas, como son realizar gastos importantes y a modificar la estructura de las empresas que debían ser vendidas».

Todo lo cual no deja dudas sobre la naturaleza de los hechos que sustentan la acción de responsabilidad, que ningún vínculo mantienen con el contenido de la declaración de intenciones.

No puede aceptarse, en cambio, el criterio de los apelados quienes sostienen que, en todo caso, aun de estimarse que las partes ya habían culminado un acuerdo de compraventa, habría de confirmarse el auto apelado pues en el contrato (doc.27 demanda) también se había pactado la sumisión a **arbitraje**. Y no puede aceptarse porque dicho documento no fue firmado (así se sostiene en el auto apelado), esta es precisamente la acción u omisión de la que el apelante deriva la responsabilidad precontractual que acciona en el procedimiento, y además, dicho pacto de sumisión a **arbitraje** no puede articularse entre partes no signatarias del mismo, para concluir que la responsabilidad que se reclama en la litis por los daños causados no aparece expresamente regulada en el contrato en cuya cláusula 20.2 se estipula que: «*Las partes renuncian*



expresamente a cualquier foro que pudiera corresponderles. Las partes acuerdan que cualquier diferencia que pudiera surgir o resultar del presente contrato se dirimirá con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por tres (3) árbitros nombrados de acuerdo con dichas normas. Los árbitros tienen que estar colegiados en España».

En definitiva, y como argumento de cierre, nuestra legislación defiende una interpretación restrictiva sobre la extensión de la cláusula arbitral fundamentada principalmente en el hecho de que el **arbitraje** es una excepción al sistema de justicia ordinaria, que determina la renuncia al juez natural que en la mayoría de los sistemas democráticos es un derecho constitucional. Este requisito también ha sido incorporado por la Sala Primera al indicar que dado que la jurisdicción arbitral implica una renuncia a la jurisdicción ordinaria que ejercen los tribunales comunes, se entiende que la voluntad manifestada en tal sentido debe ser clara y expresa .

En sentido similar, el Tribunal Constitucional español ha indicado: *"Este Tribunal ha reiterado, en relación con el sometimiento de controversias al **arbitraje**, que si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 Constitución Española) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio. A esos efectos, se ha incidido en que dicha renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar (por todas, STC 65/2009, de 9 de marzo , FJ 4). Esta circunstancia es lo que ha determinado que se haya considerado contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) la imposición obligatoria e imperativa del sometimiento a **arbitraje** (por todas, STC 174/1995, de 23 de noviembre , FJ 3)."*

El motivo se estima.

TERCERO.- Con aplicación del art. 398 LEC no procede hacer expresa condena en las costas del recurso. Con aplicación del art. 394 LEC , las costas de la declinatoria se impondrán al demandado.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA :

1º.- ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Ricard Simó Pascual, en nombre y representación de **PKG HOLDING LLC** , contra el auto de fecha 13 de junio de 2017 complementado por auto de 20 de septiembre del mismo año, dictados por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alcobendas en su procedimiento ordinario nº 1502/2016.

2º.- REVOCAR dicha resolución dictando otra por la que se **DESESTIMA** la declinatoria planteada por GEA GROUP AG imponiéndole las costas causadas.

3º.- No procede efectuar pronunciamiento de las costas del recurso.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido por la parte apelante, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario ni extraordinario alguno de acuerdo con el artículo 477 de la LEC .

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- El anterior Auto fue hecho público por los Magistrados que lo han firmado. Doy fe. En Madrid, a veintiséis de febrero de dos mil dieciocho.