



Roj: **AAP HU 6/2019 - ECLI: ES:APHU:2019:6A**

Id Cendoj: **22125370012019200006**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Huesca**

Sección: **1**

Fecha: **19/02/2019**

Nº de Recurso: **523/2018**

Nº de Resolución: **7/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **SANTIAGO SERENA PUIG**

Tipo de Resolución: **Auto**

A U T O 000007/2019

ILMOS. SRES.:

Presidente

D. SANTIAGO SERENA PUIG (Ponente)

Magistrados

D. ANTONIO ANGÓS ULLATE

D. JOSÉ TOMÁS GARCÍA CASTILLO

En Huesca, a 19 de febrero del 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Ante esta Audiencia Provincial de Huesca penden, en grado de apelación, los autos de Juicio Ordinario 177/18 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia 2 de Fraga, entre **Everardo**, dirigido por la Letrada doña Magdalena Pericet Meléndez-Valdés y representado por la Procuradora doña Carmen Casas Chine, como demandante, contra **BYMOVIL SPAIN** S.L.U., dirigida por el Letrado don Cristóbal Palacio Ruiz y representada por la Procuradora doña María Ángeles Casanarra Casas. Se hallan los autos pendientes ante este tribunal en virtud del presente recurso de apelación, tramitado al número 523 del año 2018, e interpuesto por **Everardo**. Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. Sr. don SANTIAGO SERENA PUIG.

SEGUNDO .- El indicado juzgado de primera instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó el Auto apelado el día 6 de noviembre de 2018, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: SE ACUERDA:

1.- Tener por presentados todos los escritos de alegaciones, y por presentada la documental anexa a los mismos, que queda incorporada a los autos, conforme a lo especificado en los Antecedentes de Hecho de la presente resolución.

2.- Estimar la declinatoria de jurisdicción por sumisión expresa a **arbitraje** planteada por la procuradora Sra. Casanarra, en nombre y representación de **The Bymobil Spain S.L.U.**, y en consecuencia se acuerda declarar la falta de jurisdicción del presente Juzgado, acordando el sobreseimiento del procedimiento, pudiendo la parte actora plantear sus pretensiones frente a la demandada ante la Cámara de Comercio de Torrelavega.

3.- Desestimar las solicitudes planteadas por la parte actora en sus escritos de 20-9-2018 y de 1-10-018.

4.- Imponer las costas procesales a la parte actora."

TERCERO .- Contra la anterior resolución, **Everardo** dedujo recurso de apelación en el que solicitó la estimación íntegra del presente recurso de apelación y se *disponga la revocación del Auto impugnado y la continuación del procedimiento bajo la jurisdicción del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Fraga*. El juzgado lo tuvo por interpuesto en tiempo y forma y se dio traslado de dicho recurso a las demás partes



personadas por término de diez días para que presentaran, en su caso, escrito de oposición o de impugnación. El Ministerio Fiscal, en su informe, " *interesa la estimación del mismo con revocación de la resolución recurrida, adhiriéndose a todas y cada una de sus solicitudes que conforman el mismo, así como por la remisión al informe de este Ministerio Público de fecha 10 de octubre de 2018* ". **BYMOVIL SPAIN** S.L.U. mostró su oposición al recurso y solicitó que se " *desestime el recurso de Apelación interpuesto de contrario y como consecuencia determine la jurisdicción a favor de la Cámara de Comercio de Torrelavega estimando la Declinatoria, con imposición de las costas causadas al hoy apelante* ". Seguidamente, el juzgado emplazo a las partes por término de diez días ante esta Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 523/2018.

CUARTO .- El 11 de enero la representación de **Bymovil** presentó escrito en el que efectuaba observaciones al informe del Ministerio Fiscal en el que se adhería " *a todas y cada una de sus solicitudes que conforman el mismo [el recurso de apelación], así como por la remisión al informe de este Ministerio Público de fecha 10 de octubre de 2018* ". Este escrito fue objeto de replica por el recurrente **Everardo** , que en otro escrito posterior presentado el 6 de febrero amplió el recurso de apelación para aportar dos resoluciones, un auto de la Audiencia Provincial de Álava de 29 de enero de 2019 y un auto del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cornellá del Llobregat del 15 de enero de 2019 . Y **Bymovil** ha presentado otro escrito en el que se opone a la ampliación y aporta otras resoluciones y escritos presentados en otros órganos judiciales sobre cuestiones similares. La Sala señaló el siete de febrero para deliberación, votación y fallo. En la tramitación de esta segunda instancia, no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1. En el documento número 6 de los acompañados con la demanda -evento 11-, está el contrato de distribución suscrito entre **Bymovil** y **Everardo** . Las cláusulas sobre las que versa la presente apelación son la Decimocuarta -Derechos y obligaciones a la extinción del contrato-, en el apartado que dice: " *la extinción del presente contrato no dará lugar a indemnización alguna a pagar por una parte a la otra parte, a salvo de las impuestas por la Ley, en los supuestos correspondientes* " y la Vigésima -Ley aplicable y jurisdicción- " *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 segunda instancia los Juzgados de Torrelavega, con renuncia expresa de cualquier otro fuero pudiera corresponder, acordando asimismo de forma expresa que el idioma para comunicaciones de cualquier tipo relacionadas con el presente contrato será el español* " .

2. En la demanda se interesa que, previa declaración de nulidad de las anteriores cláusulas, se dicte sentencia por la que se condene a **Bymovil** una indemnización por clientela de 69.458,17 €, o subsidiariamente 57.403,44 €; una indemnización por daños y perjuicios de 44.200,21€, sin IVA, o caso de estimarse que resulta aplicable dicho impuesto, en la cantidad de 53.482,25 €; la cantidad de 23.146,77 €, en concepto de inversión no amortizada, y la comisión "cartera" establecida en la cláusula 1, Letra H, Anexo 2 del contrato suscrito entre **Bymovil** y **Yoigo** .

3. Aunque formalmente la demanda acumula dos clases de acciones, de nulidad y de reclamación de cantidad, la acción principal es esta, una acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios -clientela, daños y perjuicios etc- derivada de la extinción del contrato de agencia. La acción de nulidad no tiene más finalidad que la de eludir la cláusula de sumisión al **arbitraje** y anular los posibles efectos de la renuncia a la indemnización - *la extinción del presente contrato no dará lugar a indemnización alguna a pagar por una parte a la otra parte, a salvo de las impuestas por la Ley, en los supuestos correspondientes* , cláusula decimocuarta-

4. La Disposición Adicional Segunda de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia , dice que " *la competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al Juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario* ". En el mismo sentido el art. 54.2 LEC dispone, " *no será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios* " .

5. La obligatoriedad de estas normas vienen referidas a la competencia territorial para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia, pero no excluye el sometimiento a **arbitraje** para el conocimiento sobre las materias de libre disposición como es el derecho a la indemnización. Por tanto, la obligatoriedad de la norma no viene referida a la competencia de la jurisdicción que, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 LEC , " *el demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación* "



la controversia ", y que es lo que ha ocurrido en el presente caso, que la demandada denunció mediante declinatoria la falta de jurisdicción por haberse sometido el asunto a **arbitraje**.

6. Tanto la declaración de nulidad de las referidas cláusulas como la reclamación de la indemnización no parece que sean materias excluidas del **arbitraje**, pues ambas son dependientes y quedan dentro de ámbito de las discrepancias " *con respecto a la interpretación y/o ejecución de lo establecido en el presente contrato* ".

7. La declaración de nulidad de las cláusulas depende de la interpretación de la voluntad de los contratantes, tal y como reconoce el apelante en la página 8 de su escrito. Igualmente la cláusula decimocuarta, si no es declarada nula, debe ser interpretada para determinar el alcance de la renuncia o, dicho de otro modo, si los conceptos indemnizatorios por los que se demanda son de las "impuestas" por la ley.

8. En este caso, a primera vista, resulta de dudosa aplicación la cláusula decimocuarta de exclusión de la indemnización, pues la indemnización por clientela y la indemnización de daños y perjuicios están previstas por la *Ley sobre el contrato de agencia* en los arts. 28 y 29 . Esta reclamación está en principio incluida en el ámbito de la cláusula de sumisión, pues las consecuencias de la extinción no dejan de ser parte de la ejecución del contrato, el agotamiento o acabamiento de los efectos contractuales. En este mismo sentido de exclusión de la jurisdicción por sumisión a **arbitraje** se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6, del 17 de septiembre de 2018 (ROJ: AAP V 3064/2018 - ECLI:ES:APV: 2018:3064 A), en un contrato como el presente en el que es demandada **BY MOVIL SPAIN** , S.L.U., y sobre esta materia el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona Civil, sección 17, del 17 de mayo de 2018 (ROJ: AAP B 3004/2018 - ECLI:ES:APB: 2018:3004 A) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 20 de octubre de 2017 (ROJ: SAP B 8878/2017 - ECLI:ES:APB: 2017:8878). En cuanto a que no consta la firma del adherente al pie de la cláusula arbitral como pudiera predicarse en el caso de una cláusula negociada y debidamente informada, en la reproducción que se hace de ese apartado del contrato puede verse que la firma no figura al pie, sino al margen, junto a al texto de la cláusula controvertida. El recurso se desestima.

SEGUNDO .- Al desestimarse el recurso interpuesto y no presentar el caso serias dudas de hecho o de derecho, procede condenar a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del art. 394 LEC , al que se remite el art. 398. Asimismo, debemos disponer la pérdida del depósito constituido para recurrir, en cumplimiento de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Vistos los artículos citados, así como los demás de general y pertinente aplicación, y por todo lo que antecede,

LA SALA HA RESUELTO:

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de **Everardo** contra el auto indicado, confirmar íntegramente dicha resolución y condenar al citado apelante al pago de las costas causadas en esta alzada. Asimismo disponemos la pérdida del depósito constituido para apelar.

El presente auto es firme, puesto que contra él no cabe recurso alguno, sin perjuicio del derecho de las partes a intentar la interposición de cuantos medios de impugnación consideren legalmente procedentes.

Notifíquese y devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con un testimonio de esta resolución, para que tenga lugar la ejecución y cumplimiento de lo resuelto.

Así lo resuelve y firma la Sala, doy fe.