



Roj: **AAP M 12105/2012 - ECLI: ES:APM:2012:12105A**

Id Cendoj: **28079370282012200102**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **20/07/2012**

Nº de Recurso: **255/2012**

Nº de Resolución: **129/2012**

Procedimiento: **CUESTION COMPETENCIA**

Ponente: **ANGEL GALGO PECO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

AUTO: 00129/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

t6

Rollo de apelación nº 255/2012

Materia: Conflicto negativo de competencia

Órgano judicial de procedencia: Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid

Autos de origen: Juicio ordinario 502/2011

A U T O Nº 129/12

En Madrid, a 20 de julio de 2012.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Alberto Arribas Hernández y D. Pedro María Gómez Sánchez, ha visto, bajo el nº de rollo 255/2012, el conflicto negativo de competencia planteado entre el Juzgado de lo Mercantil número 9 y el de Primera Instancia número 96, ambos de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D. Jesús , en su propio nombre y como liquidador de la extinta mercantil GECON OBRAS, S.L., formuló demanda contra ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A., en solicitud de sentencia con los siguientes pronunciamientos: "a) Declarando nula por abusiva la cláusula décima, apartado uno del contrato suscrito entre la mercantil GECON OBRAS, S.L. y la demandada en lo referente al aplazamiento de pago a más de 1890 días de la fecha de conformidad de la factura condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración legal./ b) Condenando a la demandada al pago a D. Jesús de un importe total de 26.979,18 euros en concepto de intereses moratorios correspondientes calculados según la Ley 3/2004./ c) Y todo ello asimismo con expresa condena en costas a la parte demandada". Dicha demanda fue turnada al Juzgado de Primera Instancia número 96 de Madrid.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia número 96 de Madrid, resolviendo la declinatoria propuesta por ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A. dictó auto con fecha 5 de julio de 2011 cuya parte dispositiva reza: "DECIDO estimar la declinatoria formulada por la Procuradora de los Tribunales Dª GLORIA MESSA TEICHMAN en nombre y representación de ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A. y declaro la falta de competencia objetiva



de este Juzgado para conocer de la presente demanda remitiendo a la parte actora a los Juzgados de lo Mercantil para usar de su derecho si le conviniera con archivo de los presentes autos".

TERCERO.- Presentada por D. Jesús nueva demanda para ante los Juzgados de lo Mercantil de Madrid, fue turnada al Juzgado de lo Mercantil número 9 de esta capital.

CUARTO.- Previa desacomulación de la acción de reclamación de cantidad ejercitada en la demanda, dando cumplimiento a lo que fue requerido al presentante de la demanda por diligencia de ordenación fechada el 6 de octubre de 2011, la demanda fue admitida a trámite.

QUINTO.- Seguido el juicio por sus trámites, llegado el de la audiencia previa, por el Sr. Juez se acordó la suspensión del mismo y dar traslado al Ministerio Fiscal a efectos de que informase sobre la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de la controversia.

SEXTO.- Con fecha 14 de febrero de 2012, el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid dictó auto cuya parte dispositiva establece: "1º Debo acordar y acuerdo no haber lugar a aceptar la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil, por corresponder la misma al Juzgado de Primera Instancia nº 96 de Madrid. 2º.- Debo acordar y acuerdo promover conflicto negativo de competencia objetiva frente al Juzgado de Primera Instancia nº 96 de Madrid, con remisión del procedimiento a la Audiencia Provincial de Madrid, encabezado por el testimonio del presente auto, y remisión de atento oficio al Juzgado de Primera Instancia nº 96 de Madrid, con copia del presente auto, a los efectos de su conocimiento".

SEPTIMO.- Recibidas las actuaciones se procedió a formar el presente rollo, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó el 19 de julio de 2012.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. D. Ángel Galgo Peco, quien expresa el parecer de la Sala.

OCTAVO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El conflicto de competencia que aquí se plantea trae causa de la decisión, primero, del Juzgado de Primera Instancia número 96 de Madrid apreciando, en virtud de la declinatoria promovida por ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A. (en adelante, "ACCIONA"), su falta de competencia objetiva para conocer de la demanda promovida contra esta mercantil por D. Jesús en solicitud de los pedimentos reseñados en los antecedentes de la presente resolución, y, después, del Juzgado de lo Mercantil número 9 de la misma plaza rechazando la competencia de los órganos de esta clase y acordando promover conflicto negativo de competencia ante esta Audiencia Provincial, a la que, como tribunal inmediato superior común, incumbe en efecto dirimir la contienda competencial suscitada (artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ; en adelante, "LOPJ").

SEGUNDO.- El quid del conflicto planteado radica en determinar si resulta de aplicación la norma de reparto competencial establecida en el artículo 86 ter.2 d), de la LOPJ , a cuyo tenor "Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: d) Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia".

La demanda de la que trae causa mediata el conflicto se sustenta en la calificación de la cláusula 10.1 del contrato suscrito en su día con ACCIONA por GESCÓN OBRAS, S.L. (de cuyo crédito por los intereses de demora se considera cesionario el demandante) como abusiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre , por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, al establecerse en ella un plazo de pago que excede del permitido en dicha norma.

El Juzgado de Primera Instancia fundamentó su decisión en que el artículo 86 ter.2.d) LOPJ debe interpretarse en el sentido de atribuir competencia a los Juzgados de lo Mercantil para el conocimiento de las acciones relativas a condiciones generales de contratación que se ejerciten no solo en el estricto marco de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones de contratación, sino también en el de cualquier otra norma sectorial que incluya una regulación específica de las condiciones generales de contratación, como es el caso de la Ley 3/2004. Por su parte, el Juzgado de lo Mercantil basa su falta de competencia en que lo que se pretende en la demanda es simplemente que se declare nula la cláusula contractual controvertida con apoyo en el artículo 9 de la Ley 3/2004 , cuyo ámbito objetivo no se circunscribe a condiciones generales de contratación, carácter que tampoco se invoca por la parte actora.

Entendemos que es la postura del Juzgado de lo Mercantil la que debe prevalecer. No porque el criterio del Juzgado de Primera Instancia resulte desacertado, que no lo es, sino porque el mismo no resulta de aplicación



al caso. La mera invocación del artículo 9 de la Ley 3/2004 como norma a cuyo amparo se impetra la tutela judicial no implica necesariamente que nos hallemos dentro del ámbito competencial definido en el artículo 86.ter.2.d) LOPJ . Así se desprende del dictado del precepto, en el que tras delimitarse, en el apartado 1, el motivo determinante de la tacha de nulidad por abusividad de "las cláusulas pactadas entre las partes" relativas a plazo de pago y al tipo de demora, establece en su apartado 3 que "serán igualmente nulas las cláusulas abusivas contenidas en las condiciones generales de la contratación según lo dispuesto en el apartado 1". Descartada, por lo tanto, dicha correspondencia automática, es de observar que en lado alguno de la demanda se califica la cláusula controvertida como condición general de contratación. Sí se alude a que la misma fue predispuesta por ACCIONA, y a que no hubo posibilidad de negociación sobre la misma, pero estas notas no resultan suficientes para poder adjetivar la estipulación en cuestión como condición general de contratación. Para ello resultaría necesario añadir un tercer rasgo, el de la uniformidad, esto es, que estuviéramos en presencia de una cláusula incorporada a una pluralidad de contratos, tal como resulta del artículo 1.1 de la Ley 7/1998 , que opera en este ámbito como ley general, de lo cual no hay rastro alguno. Tampoco hay nada en el documento contractual que permita atribuir a la cláusula objeto de contemplación ese carácter de condición general. Es más, dicho documento contiene un apartado expresamente rubricado "Condiciones generales", dentro de las cuales no se anuncia la cláusula cuya nulidad se pretende obtener por medio de la demanda.

En consecuencia, el conflicto debe ser resuelto, de conformidad con lo establecido en el artículo 85.1 de la LOPJ , atribuyendo al Juzgado de Primera Instancia número 96 de Madrid el conocimiento del asunto.

TERCERO.- Dado que los autos han sido remitidos por el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid, y habían sido iniciados por una demanda dirigida a dicha clase de Juzgados, ha de realizarse la devolución de los autos al referido órgano, notificando esta resolución al Juzgado de Primera Instancia número 96 de esta capital, ante el que la parte actora habrá de instar lo que estime pertinente en cuanto a la continuación de la tramitación de la demanda.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, la Sala acuerda

PARTE DISPOSITIVA

1.- Declarar que la competencia objetiva para conocer de la demanda formulada por D. Jesús , en su propio nombre y como liquidador de la extinta mercantil GECON OBRAS, S.L., contra ACCIONA INFRAESTRUCTURAS, S.A., corresponde al Juzgado de Primera Instancia número 96 de Madrid.

2.- Devolver los autos al Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid y notificar esta resolución al Juzgado de Primera Instancia número 96 de la misma plaza, ante el que la parte actora podrá solicitar lo procedente en relación con los autos ante el mismo seguidos como procedimiento ordinario 1402/2010.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilustrísimos Señores Magistrados que constan en el encabezamiento de esta resolución.