



Roj: **AAP M 717/2015 - ECLI: ES:APM:2015:717A**

Id Cendoj: **28079370282015200080**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **25/09/2015**

Nº de Recurso: **319/2015**

Nº de Resolución: **187/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0092984

Recurso de Apelación 319/2015

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 08 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 457/2014

Apelante: BIOPLASTECH LIMITED

PROCURADOR D./Dña. DOMITILA BARBOLLA MATE

Apelado: ABENGOA BIOENERGIA NUEVAS TECNOLOGIAS SA

PROCURADOR D./Dña. LUCIANO ROSCH NADAL

BEFESA GESTION DE RESIDUOS INDUSTRIALES SL

PROCURADOR D./Dña. PATRICIA ROSCH IGLESIAS

AUTO nº 187/2015

En Madrid, a 25 de septiembre de 2015.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Gregorio Plaza González y D. Enrique García García, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 319/2015, dimanante de las actuaciones del proceso núm. 457/2014, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid, relativo en este trámite a cuestión de competencia.

Han sido partes en el recurso, como apelante, BIOPLASTECH LIMITED, representadas por el Procurador D^a. Domitila Barbolla Mate y defendida por el Letrado D. José Ramón Devesa Marcos, y como apeladas, ABENGOA BIOENERGIA NUEVAS TECNOLOGIAS SA, representada por el Procurador D. Luciano Rosch Nadal y defendida por el Letrado D. Eduardo González-Santiago Gragera, y BEFESA GESTION DE RESIDUOS INDUSTRIALES SL, representada por el Procurador Dña. Patricia Rosch Iglesias y defendida por el Letrado D. Julián M. Aguilar García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid se dictó auto, con fecha 3 de marzo de 2015, por el que se disponía:

"Debo estimar y estimo íntegramente la declinatoria interpuesta por ABENGO BIOENERGIA NUEVAS TECNOLOGIAS SA y BEFESA GESTION DE RESIDUOS INDUSTRIALES SL por sumisión de arbitraje internacional.

Debo condenar y condeno al pago de las costas procesales generadas en el presente litigio e instancia a BIOPLASTECH LIMITED, según tasación de las mismas que se realice en incidente promovido al efecto".



SEGUNDO.- Notificada la resolución a las partes, por la representación legal de BIOPLASTECH LIMITED se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en forma legal, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase.

La deliberación, votación y fallo del asunto se celebró el día 24 de septiembre de 2015.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer de la Sala.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La apelante discrepa de la decisión del juez de lo mercantil por la que éste consideró que el litigio que BIOPLASTECH LIMITED emprendió contra BEFESA GESTION DE RESIDUOS INDUSTRIALES SL y contra ABENGOA BIOTECNOLOGÍA NUEVAS TECNOLOGÍAS SA debería ser solventado en sede de arbitraje merced a una cláusula de sumisión contenida en un contrato suscrito con fecha 22 de marzo de 2011.

En la demanda se ejercitaban acciones por competencia desleal en contra de las dos entidades demandadas a las que, en definitiva, se les reprochaba haberse aprovechado, de modo ilícito, de tecnología y conocimientos propios de la demandante. El juez de lo mercantil entendió que la tutela impetrada se resumía en el incumplimiento de una cláusula de confidencialidad estipulada contractualmente, por lo que debía aplicarse la sumisión a arbitraje pactada en el acuerdo que pudiera haber sido vulnerado.

La demandante sostiene en su recurso que la materia alusiva a la libre competencia es de orden público, por lo que considera que no sería eficaz una cláusula de sumisión a arbitraje que atañese a esa materia. Asimismo señala que las acciones que ha ejercitado no son contractuales, sino extracontractuales, por competencia desleal, por lo que no debería aplicarse una estipulación convencional que, además, ni tan siquiera fue firmada por ambas demandadas.

Finalmente, también sostiene que superado el alegato de sumisión a arbitraje, también debería repelerse el de la falta de competencia territorial, que el juez no llegó a abordar por su carácter subsidiario.

SEGUNDO.- La parte recurrente pretende negar la posibilidad de someter a arbitraje las contiendas que están relacionadas con la tutela de la competencia, aduciendo que las acciones correspondientes se fundarían en materia no susceptible de arbitraje en tanto que normativa imperativa y de orden público.

Sin embargo, hemos de decir que la aplicabilidad para la resolución del caso litigioso de normas que fueran consideradas de orden público no constituiría una circunstancia que privase de arbitrabilidad a la cuestión debatida. Es perfectamente posible que un derecho subjetivo sea disponible y susceptible de renuncia o transacción y que, sin embargo, todas o alguna de las normas jurídicas que deban aplicarse por parte del órgano decisor del litigio (en este caso el árbitro) generado en torno a ese derecho subjetivo lo sean de naturaleza imperativa o de "ius cogens". Porque no debe perderse de vista que las partes sólo estarían renunciando, en casos como el que aquí nos ocupa, a que su pretensión se ventilase ante un órgano judicial, sin que ello implicase lo mismo respecto al derecho sustantivo aplicable al fondo del asunto. Éste podrá ser hecho valer por otro cauce procesal, de modo que el árbitro será el que deba aplicar las correspondientes normas imperativas (y si no lo hiciese así el defecto sería denunciabile en el cauce que a ello correspondiese, que en el caso del Derecho español lo sería la acción de anulación del laudo arbitral - artículo 41.1.f de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje). Por eso la Sala 1ª del Tribunal Supremo español, en sus sentencias de 18 de abril de 1998, de 17 de abril de 2001 y 30 de noviembre de 2001, ha señalado que el convenio arbitral no afectaría al carácter de "ius cogens" de las normas jurídicas aplicables sino, únicamente, al cauce procesal para resolver las contiendas.

No vemos razón alguna (como ya señalamos los autos de esta sección 28ª de la AP de Madrid de 4 de mayo de 201, de 18 de octubre de 2013 y de 15 de noviembre de 2013) que nos impida considerar que los derechos subjetivos que para los particulares nacen de la normativa sobre competencia sean susceptibles de renuncia o de transacción (por lo tanto también de convenir un pacto para abstenerse del derecho a acudir ante la jurisdicción para someterse, como vía alternativa para resolver una contienda, al juicio de un árbitro), todo ello sin perjuicio de lo que pudiera prever alguna norma específica que predicase un trato de excepción para algún tipo de supuesto concreto y, naturalmente, de que el negocio jurídico que pueda encontrarse en el origen de la renuncia o aquél en que la propia transacción consista deban respetar las propias normas concurrenciales y los principios de orden público que en ellas se encuentran latentes.

TERCERO.- La parte recurrente señala que las acciones que ha ejercitado no son contractuales, sino extracontractuales, por competencia desleal, por lo que no debería aplicarse una estipulación convencional (la



cláusula de sumisión del contrato de 22 de marzo de 2011) que, además, ni tan siquiera fue firmada por ambas demandadas. Añade a ello que la codemandada BEFESA dio además por concluido dicho contrato en febrero de 2013. Esto hay que relacionarlo, asimismo, con lo alegado en el escrito de contestación a la declinatoria, donde con toda claridad la parte demandante exponía que no estaba ejercitando acciones de cumplimiento de contrato sino de competencia desleal por razón de la conducta desplegada por las demandadas, a las que en la demanda imputaba los tipos de actuación contraria a la cláusula general de la buena fe exigible en la actuación concurrencial, de infracción de normas y de violación de secretos empresariales a los que habían accedido legítimamente, pero con el deber de mantenerlos reservados.

Más allá de que, en efecto, el contrato fue suscrito por una sola de la demandadas (BEFESA GESTION DE RESIDUOS INDUSTRIALES SL), y no por ambas (no lo hizo ABENGOA BIOTECNOLOGÍA NUEVAS TECNOLOGÍAS SA), resulta de una claridad meridiana que las acciones ejercitadas por la demandante no son, ni tan siquiera, de índole contractual y por lo tanto no tienen su respaldo directo en el contrato de 20 de junio de 2011; es más, de lo contrario no hubiera podido acudir ante los juzgados de lo mercantil porque estos no hubieran sido los competentes para dirimir disputas derivadas de dicho contrato. Las acciones emprendidas por la actora pretenden fundarse de modo explícito en infracciones concurrenciales que están tipificadas como tales en la LCD (artículos 4, 13 y 15), las cuales responden, además, a ilícitos de naturaleza extracontractual. El marco legal de referencia lo constituye la Ley 3/1991 de Competencia Desleal (LCD), en su versión posterior a la reforma operada por la Ley de 30 de diciembre de 2009.

La cláusula de sumisión, pese a la amplitud de su redacción, no puede ser considerada sino como llamada a surtir efectos en el contexto de polémicas inter partes que desemboquen en el ejercicio de acciones de índole contractual, pues tal es el recto entender del texto de la condición 8ª: "Todas o cualquier disputa que surja de o en conexión con el presente acuerdo o de cualquiera de sus cláusulas...". No es éste el caso, en el que las acciones, estén o no adecuadamente fundadas (sobre esto se resolverá a su debido tiempo, sin que quepa prejuzgar ahora al respecto), no se ciñen al ámbito del cumplimiento o incumplimiento contractual. Otra cosa es que los tipos de ilícito concurrencial denunciados por la actora tengan alguna relación con el destino que se haya podido dar a información confidencial a la que se podría haber accedido merced a la previa relación contractual que vinculaba a BIOPLASTECH LIMITED y a BEFESA GESTION DE RESIDUOS INDUSTRIALES SL, pero la demandante ha optado por no ejercitar acciones de responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones que estuviesen asumidas contractualmente, sino que ha decidido demandar a dos sujetos (uno de ellos ajeno además a la firma del contrato) por lo que considera, con acierto o no, conductas incardinables en reproches tipificados como ilícitos concurrenciales, es decir, por la realización de comportamientos que no resultarían admisibles entre los agentes económicos que intervienen en el mercado. Eso no está cubierto por la cláusula de sumisión y por lo tanto no puede ser opuesto como obstáculo al ejercicio de derechos que en sede judicial pretende la demandante.

CUARTO.- El alegato de falta de competencia territorial que, de modo subsidiario, suscitaban las demandadas, no supone una traba para el conocimiento del asunto por los juzgados de Madrid.

No es objeto de polémica que la regla aplicable en materia de competencia territorial en litigios sobre competencia desleal (aquí sí parecen ser conscientes las demandadas del tenor de las acciones ejercitadas) es la nº 12 del artículo 52 de la LEC, que atiende como criterio principal al foro del lugar en el que el demandado tenga su establecimiento, y que la misma debe interpretarse en relación con el artículo 51.1 del mismo cuerpo legal, que considera como tal aquél que esté abierto al público o en el que hubiera representante autorizado de la entidad.

Ambas demandadas oponen que sus respectivos establecimientos se corresponderían con sus correspondientes domicilios sociales, sitios ambos en Sevilla. Estos últimos constan, en efecto, así en el Registro Mercantil, pero aprecia este tribunal que, a tenor de la documentación aportada a autos, eso no significa que no dispusieran de representación en Madrid. En las impresiones de las páginas web corporativas aparecen como sedes de referencia de ambas entidades direcciones correspondientes a Madrid. De hecho, ningún problema hubo para la citación judicial de ABENGOA BIOTECNOLOGÍA NUEVAS TECNOLOGÍAS SA en dicha dirección. Además, resulta revelador que toda la correspondencia que BEFESA GESTION DE RESIDUOS INDUSTRIALES SL ha mantenido con la actora se haya localizado en Madrid.

Por lo tanto, con independencia de que el domicilio social de las demandadas no esté en Madrid, no podemos considerar que carezcan de representación en esta capital.

Por otro lado, bastaría el que pudiera demandarse a una de ellas en Madrid para que el litigio se tramitase aquí, atrayendo a la codemandada, según la regla prevista en el artículo 53.2 de la LEC.

Por todo ello entendemos injustificada la promoción de la cuestión de competencia por declinatoria.



QUINTO.- Pese a la falta de precepto específico relativo al tratamiento de las costas en los incidentes de declinatoria este tribunal viene considerando (autos de la sección 28ª de la AP de Madrid de 21 de julio de 2009 y de 26 de septiembre de 2014) que la decisión sobre tal materia aparece comúnmente caracterizada como una obligación de naturaleza derivada y accesoria del proceso que comporta la necesidad de pronunciamiento específico al respecto, sin que constituya óbice para ello la falta de precepto "ad hoc" en la normativa específica reguladora del procedimiento en cuestión, debiéndose acudir en tal supuesto a las técnicas ordinarias de integración del ordenamiento jurídico. Pues bien, según la orientación acogida por la mayoría de la doctrina y las legislaciones modernas, también de forma explícita por la española desde la reforma introducida por la Ley 34/1984, la condena en costas aparece vinculada al principio vencimiento (falta de éxito en lo planteado ante el tribunal), como contraprestación o compensación de los gastos ocasionados a la parte vencedora, sin perjuicio de la contemplación expresa de situaciones específicas acotadas y definidas legalmente. Dicho criterio aparece recogido en el artículo 394 de la vigente Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que opera como regla general en nuestro sistema, tal como se desprende de la remisión que al mismo se hace en otros preceptos de la ley de ritos (artículos 397 , 398 , 736.1); también aparece recogido dicho criterio de forma explícita en la normativa reguladora de los incidentes dispersa a lo largo del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 22.2 , 85.2 , 112.1 , 128 , 228.2 , 260.3 , 320.3). En consecuencia, a falta de circunstancias que permitiesen justificar un trato excepcional al respecto, la desestimación de la declinatoria conlleva la condena al que la promovió de modo infructuoso al pago de las costas de ella derivadas.

SEXTO.- No procede efectuar expresa imposición de las costas derivadas de esta segunda instancia, al amparo de lo establecido en el nº 2 del artículo 398 de la LEC , ya que el recurso resulta estimado.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación este tribunal pronuncia la siguiente

PARTE DISPOSITIVA

1.- Estimamos el recurso de apelación planteado por la representación de BIOPLASTECH LIMITED contra el auto dictado con fecha 3 de marzo de 2015 por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid , el cual revocamos y dejamos sin efecto.

2.- Decretamos la desestimación de las cuestiones de competencia planteadas mediante declinatoria por las representaciones de BEFESA GESTION DE RESIDUOS INDUSTRIALES SL y de ABENGOA BIOTECNOLOGÍA NUEVAS TECNOLOGÍAS SA.

3.- Imponemos a las promotoras de las mencionadas declinatorias las costas derivadas del incidente competencial.

4.- No efectuamos expresa imposición de las costas derivadas de esta segunda instancia.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así, por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal que constan en el encabezamiento de esta resolución.