



Roj: **STS 1204/2007** - ECLI: **ES:TS:2007:1204**

Id Cendoj: **28079110012007100257**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/03/2007**

Nº de Recurso: **1775/2000**

Nº de Resolución: **284/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ALMAGRO NOSETE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **AAP Z 40/2000,**  
**STS 1204/2007**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a seis de Marzo de dos mil siete.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, recurso de casación contra el auto dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, en declinatoria de jurisdicción, promovida en el juicio de menor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número Doce de Zaragoza, sobre indemnización por incumplimiento contractual, cuyo recurso fue interpuesto por D<sup>a</sup>. Elena , representada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Larre, siendo parte recurrida la "COMPAÑÍA ESPAÑOLA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEOS, S.A." (CEDIPSA), representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María Teresa de las Alas-Pumariño Larrañaga.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número doce de Zaragoza se presentó demanda, a la que correspondió el nº de autos, juicio de menor cuantía, 185/1999, promovidos a instancia de D<sup>a</sup> Elena , sobre reclamación de cantidad, contra la "COMPAÑÍA ESPAÑOLA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEOS, S.A." (CEDIPSA).

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual se solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia por la que se condenase a la demandada al pago de la cantidad de seis millones, ciento veinticinco mil pesetas (6.125.000.- ptas), más los intereses legales y las costas.

Admitida a trámite la demanda, y emplazada la compañía demandada CEDIPSA para comparecer y contestar, compareció promoviendo "incidente de previo y especial pronunciamiento, planteando cuestión de competencia por declinatoria de sumisión de la cuestión litigiosa a **arbitraje**", y terminó suplicando su admisión, "con suspensión del procedimiento de menor cuantía de su referencia, dar traslado a la contraparte por el término que la ley señala, tramitando la cuestión de competencia promovida con arreglo al procedimiento de los incidentes y, en definitiva, dictar resolución estimando la misma y declarándose este Juzgado incompetente para conocer del presente asunto por entender que la cuestión litigiosa ha quedado sometida a **arbitraje**, con expresa imposición de costas a Dña. Elena ".

Admitida dicha cuestión y con suspensión del curso de los autos, se confirió traslado a la parte contraria de la cuestión planteada por la demandada. La parte actora pasó a contestar el incidente promovido, solicitando su rechazo y que el Juzgado se declarase competente para conocer del asunto, con imposición a la demandada de las costas.

SEGUNDO.- Por el Juzgado se dictó Auto el 24 de junio de 1999 , en cuya parte dispositiva se dijo: "No ha lugar a la cuestión de competencia formulada por la parte demandada y con imposición de costas a dicha parte".



TERCERO.- Contra dicho Auto se interpuso recurso de apelación por la entidad CEDIPSA, admitida por el Juzgado mediante Providencia de 6 de julio de 1999, en un sólo efecto y previo el emplazamiento de las partes ante la Audiencia Provincial, levantándose la suspensión acordada con fecha 6 de abril de 1999, haciendo saber a las partes que quedan quince días del término del emplazamiento. Mediante ulterior Providencia de 30 de julio de 1999 se tuvo por contestada la demanda en tiempo y forma. Sustanciada la alzada, al nº de rollo 539/1999, la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, dictó Auto con fecha 21 de enero de 2000, cuya parte dispositiva es como sigue: "La Sala Acuerda: Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Juan Luis Sanagustín Medina en nombre y representación de la Compañía Española Distribuidora de Petróleos, S.A., contra el auto de 24 de junio de 1999 dictado por el Juzgado de Primera Instancia Número Doce de Zaragoza y recaída en el juicio declarativo de menor cuantía nº 185/99, que se deja sin efecto el mismo y estimándose la excepción de **arbitraje** opuesta por el recurrente, sin que el Juzgado pueda entrar a conocer de la cuestión planteada en la demanda promovida contra el recurrente por D<sup>a</sup> Elena, sin hacerse una especial imposición de costas causadas en ninguna de las instancias".

CUARTO.- El Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Larre, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Elena, formalizó recurso de casación, que articula en un motivo de casación, desarrollado en seis apartados, amparado en el artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto del debate.

QUINTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido para impugnación, la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María Teresa de las Alas-Pumariño Larrañaga, en nombre y representación de "COMPAÑÍA ESPAÑOLA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEOS, S.A." (CEDIPSA), se opuso al recurso de casación, solicitando su desestimación, con imposición de las costas a la parte recurrente.

SEXTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 27 de febrero de 2007, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso se articula en un sólo motivo, basado en el ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien se estructura en seis apartados, en los que se denuncian diversas infracciones, de distinta naturaleza, que serán analizados separadamente.

Ha de comenzarse por señalar que lo combatido es que se haya estimado la excepción de sumisión a **arbitraje** de la cuestión litigiosa, por lo cual el recurso debía haberse amparado en el ordinal 1º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no en el ordinal 4º del citado precepto. La utilización de uno u otro cauce de acceso a la casación no es baladí, dados los distintos efectos que el art. 1715 de la LEC anuda a la estimación de los recursos de casación, en función de los tipos de infracciones denunciadas. Ello no obstante, y a pesar de la expresada incorrección casacional, se va a proceder a examinar el motivo, atendiendo a la conveniencia de agotar la efectividad de la tutela judicial, aún cuando la construcción argumental del recurso y su concreta articulación dificultan un tanto la respuesta de la Sala a las cuestiones planteadas.

Seguidamente se examinan las infracciones denunciadas, de modo correlativo a cómo se exponen en el motivo:

a) En el apartado "Primero" del motivo se denuncia infracción del art. 72 de la LEC de 1881, al ser aplicado inadecuadamente para la excepción de **arbitraje**, así como el art. 533 de la citada LEC, que incluye en el catálogo de las excepciones dilatorias la sumisión de la cuestión litigiosa a **arbitraje**, por su aplicación al caso. La invocación de esta última infracción equivale a la denuncia genérica de defecto de jurisdicción, por apreciación de la sumisión a **arbitraje** de la cuestión litigiosa, y la respuesta a la misma lo es, por tanto, a la integridad del presente recurso.

En cuanto a la supuesta de aplicación indebida del art. 72 de la LEC, por toda justificación se enumeran por la parte tres sentencias de la Sala, en calidad de jurisprudencia aplicable, las de 4 de febrero y 28 de abril de 1994, la de 18 de abril de 1998 y la de 1 de junio de 1999. La doctrina contenida en tales sentencias se puede resumir en la de esta última Sentencia cuando se razona que <<la parte demandada, recurrida en casación, formuló esta excepción y, tras ello, ad cautelam, por si no era estimada (como efectivamente ocurrió en primera instancia) contestó la demanda, lo que es distinto a personarse y realizar una actividad procesal. Esta es la doctrina de esta Sala que se expuso en la sentencia de 18 de abril de 1998 y que ahora se reitera y que dijo literalmente: El artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su número 1º fue modificado por Ley 34/1984, de 6 de agosto y, a su vez, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de **Arbitraje**, añadió el número 8º: la sumisión de la cuestión litigiosa a **arbitraje**; tal excepción se enumera como dilatoria; en proceso de menor cuantía



se puede formular como perentoria y resolverse en la sentencia tal como dispone el artículo 687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; la parte demandada puede formularla en su contestación a la demanda y, tras ella, contestar en cuanto al fondo sin que ello signifique sumisión (que es atinente más a la competencia territorial, que a la jurisdicción ordinaria o arbitral) o aceptación de la jurisdicción ordinaria>>.

La jurisprudencia interpretativa del art. 11.2 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de **Arbitraje**, ha sido fluctuante, y así se explica, entre otras, en la Sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2005 (recurso nº 1727/1999), en la que se expone, en cuanto a la posibilidad de oponer la excepción de sumisión a **arbitraje** en los juicios de menor cuantía y contestar la demanda en cuanto al fondo, que tal interpretación <<es conforme con la doctrina jurisprudencial de esta Sala que ha dado respuesta negativa a la cuestión referida a si implica renuncia presunta a la excepción a **arbitraje** el hecho de contestar a la demanda en cuanto al fondo; según criterio consolidado por sentencias de 18 de abril de 1998, 1 de julio de 1999, 11 de diciembre de 1999, 14 de junio de 2001. Esta última lo resume en estos términos: "Después de una fluctuante trayectoria jurisprudencial, es pacífica la que establece que: El artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su número 1, fue modificado por Ley 34/1984, de 6 de agosto y, a su vez, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de **Arbitraje**, añadió el número 8 : la sumisión de la cuestión litigiosa a **arbitraje**; tal excepción se enumera como dilatoria; en proceso de menor cuantía se puede formular como perentoria y resolverse en la sentencia tal como dispone el artículo 687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; la parte demandada puede formularla en su contestación a la demanda, y tras ella, contestar en cuanto al fondo sin que ello signifique sumisión (que es atinente más a la competencia territorial, que a la jurisdicción ordinaria o arbitral) o aceptación de la jurisdicción ordinaria">>. Tal línea jurisprudencial, ya consolidada, ha atendido a la posibilidad de que, en la contestación a la demanda pudiera oponerse la excepción y contestar en cuanto al fondo, con el fin de no perder oportunidades procesales, conforme a la dicción del art. 687 de la LEC de 1881, integrando y conciliando con las normas del juicio de menor cuantía, lo establecido en el art. 11.2 de la Ley 36/1988, que disponía que "Las partes podrán renunciar por convenio al **arbitraje** pactado, quedando expedita la vía judicial. En tal caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción". Pero lo cierto es que a la fecha de la oposición de la excepción de sumisión a **arbitraje** (5 de abril de 1999), mediante el planteamiento de la declinatoria, diversas sentencias de esta Sala -como las de 1 y 13 de marzo y 10 de diciembre de 1996, 10 de febrero de 1997 (citada al plantear la excepción) y 29 de septiembre de 1997, y la inmediatamente posterior al planteamiento de tal excepción de 13 de mayo de 1999 - sostuvieron que cuando el demandado no se limitaba única y exclusivamente a proponer la excepción de **arbitraje**, sino que contesta a la cuestión de fondo, oponiéndose a la demanda, había de entenderse, necesaria e ineludiblemente, por la imperatividad del artículo 11 referido, que renunciaba a la vía arbitral, produciéndose la sumisión tácita prevista en el artículo 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En conclusión, aunque pudo el demandado haber contestado a la demandada, oponiendo como excepción dilatoria la sumisión a **arbitraje**, no lo hizo así, sino que atendió al tenor literal del art. 11.2 de la Ley 36/1988 y jurisprudencia citada. El Juzgado de Primera Instancia así lo entendió, y procedió a sustanciar el incidente de previo y especial pronunciamiento, con suspensión del curso de los autos. Consecuentemente, atendiendo a los principios de seguridad jurídica y al que proscriben la existencia de indefensión (9.3 y 24.1 de la Constitución), ha de rechazarse que concurra la infracción denunciada.

B) En el apartado "Segundo" del motivo no se denuncia infracción legal alguna, sino que la parte recurrente sostiene que la cláusula de **arbitraje**, la decimoséptima del contrato de arrendamiento, de terrenos e instalaciones de Estación de Servicio de suministro de combustible, de 10 de septiembre de 1984, en el que se subrogó la demandada CEDIPSA como arrendataria, que literalmente reza "**ARBITRAJE**. Cualquier disputa o falta de acuerdo entre las partes acerca de la interpretación de las cláusulas de este contrato, o de su ejecución, serán decididas mediante **arbitraje** de Derecho, con arreglo a la Ley de 23 de diciembre de 1953 sobre **arbitraje** de Derecho Privado. El **Arbitraje** tendrá lugar en Madrid. Serán designados tres árbitros. Cada parte designará uno, y los dos así designados elegirán al tercero. En caso de negativa a designar vacante, se estará a lo que disponga la citada Ley", no debe aplicarse al derecho de superficie, que se constituyó el 16 de marzo de 1996, de modo que los árbitros no pueden conocer más allá del arrendamiento, ni por tanto de lo solicitado en la demanda. La solicitud deducida en la demanda consiste en la reclamación del pago de cantidad, pretendidamente debida en virtud de cláusula penal establecida en el Pacto Octavo del "Addendum número 3 al contrato de arrendamiento de la estación de servicio núm. 7.195", por no haber terminado en el plazo previsto en la estipulación segunda de dicho Addendum nº 3, de 16 de marzo de 1996, las obras de construcción de un restaurante a cuya realización se obligó el arrendatario, en cuyo favor se constituyó el derecho de superficie, siendo según la actora el retraso de 245 días sobre el plazo pactado y la cantidad resultante de aplicar la cláusula penal de 6.125.000 pesetas.



Pues bien, fue correcto lo razonado por la Sala "a quo", pues, efectivamente, ha de extenderse al pacto indemnizatorio la cobertura de la cláusula de **arbitraje**, dada la evidente interrelación con el arriendo, recogiendo el pacto de indemnización reclamado en el citado "addendum nº 3", expresamente reconocido como complementario del contrato de arrendamiento (pactos primero y tercero), y como consecuencia de un retraso en la realización de la obra por parte de la demandada arrendataria, a cuyo favor se constituyó el derecho de superficie, cuya duración coincidía con el arrendamiento, cabiendo añadir que en el citado "addendum nº 3" se recoge expresamente la continuación en vigor de los aspectos, no modificados posteriormente, del contrato de arrendamiento de 10 de septiembre de 1984, especificándose en el propio "addendum nº 3" diversas modificaciones de las estipulaciones de aquél, que no alcanzan a la cláusula arbitral.

C) Se alega, para el caso de aplicación de la cláusula, que se ha producido infracción del art. 1281 del Código Civil, al no estar al sentido literal de la cláusula arbitral. Se aduce que las partes se sometieron expresamente a la Ley de 22 de diciembre de 1953, que el "addendum" en cuestión es de fecha muy posterior a la Ley 36/1988, concretamente de fecha 11 de marzo de 1996, y que las partes no procedieron a novar la cláusula, cuando bien podían haber elegido para sus disputas la Ley de 1988. El argumento resulta insostenible, pues las partes se sometieron a **arbitraje** de derecho, y naturalmente hicieron mención a la Ley de **Arbitraje** vigente al tiempo de la contratación, y que ésta se derogara por otra posterior no obsta a la permanencia de la sumisión a **arbitraje**, que sencillamente quedó sometido a la nueva legislación, aspecto del que más adelante se tratará.

Por otra parte, se denuncia igualmente infracción del art. 1282 del Código Civil, al no haberse tenido en cuenta la voluntad de las partes mostrada en el contrato de 11 de marzo de 1996, sobre el cambio de lugar de celebración del contrato, que no es Madrid sino Gallur, y la vinculación existente con el derecho de superficie, debiendo atenderse a los actos de los contratantes, anteriores, posteriores o simultáneos, para juzgar sobre la intención de los contratantes. A tal respecto, ha de traerse a colación la reiterada doctrina de la Sala que declara incólume a la casación la interpretación contractual realizada por el órgano "a quo", siempre que no resulte carente de todo sentido, irracional o arbitraria, y ello aún cuando se pudiera sostener otra distinta igualmente lógica, siendo doctrina generalizada de esta Sala, contenida en muchas sentencias, que la interpretación de los contratos es competencia del tribunal de instancia, y sólo puede ser revisable en casación cuando sea ilógica, absurda o contraria a la Ley (sentencias de 20 de enero de 2000, 23 de diciembre de 2003, 30 de diciembre de 2003, 25 de marzo de 2004 y 16 de noviembre de 2005, entre muchas otras). En el presente caso, no cabe dar al lugar de celebración del posterior negocio jurídico complementario la relevancia que le otorga la parte recurrente para juzgar sobre la intención de las partes en cuanto a la subsistencia del pacto arbitral, de modo que la infracción denunciada no concurre.

D) Se aduce en el apartado "Cuarto" del motivo infracción de los artículos 6 y 19 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 por su no aplicación, e infracción del art. 5 de la Ley de **Arbitraje** 36/1988 y de la Disposición Transitoria, por su aplicación inadecuada. Alega la parte recurrente que no puede confundirse un contrato preliminar de **arbitraje**, sin formalización de compromiso, con el contenido del art. 5 de la Ley 36/1988, es decir, con un convenio arbitral, que lleva implícita la obligación de cumplir la decisión arbitral, lo que no se produce en un contrato preliminar de **arbitraje**, como se dice ser el que nos ocupa. En el apartado "Quinto" del recurso se expone, por la parte recurrente, que ninguna de las dos partes ha pedido la formalización del correspondiente compromiso.

Tales argumentaciones han de ser rechazadas, siendo aplicable la doctrina de esta Sala, expresada en Sentencia de 13 de julio de 2001, recurso nº 1739/1996, en la que se razona que << la interpretación flexible (no formalista) en la materia es la que prevalece en la doctrina, en la que se sostiene que "basta que el convenio arbitral contenga por escrito y claramente el consentimiento de las partes de someterse a las decisiones de los árbitros, sin que la obligación de cumplir la decisión de los mismos sea algo que deba incluirse expresamente en el convenio, sino que se entiende implícita en el concepto de **arbitraje**"; es la que recoge la Sentencia de esta Sala de 1 de junio de 1999, que señala que "el contrato de compromiso, o convenio arbitral como lo llama la Ley, debe contener el consentimiento, declaraciones de voluntad concordes de las partes, lo cual lo especifica el art. 5.1 al disponer que debe expresar la voluntad inequívoca de las partes, que no es otra cosa que el consentimiento contractual; y al añadir el último inciso que también debe expresar la obligación de cumplir tal decisión (el laudo arbitral) no es más que una simple redundancia, que va implícita en la voluntad inequívoca de las partes y que integra el consentimiento contractual; es decir, esta frase "obligación de cumplir la decisión" no es una frase sacramental que debe constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento"; y es la interpretación que más se ajusta al espíritu de la Ley 36/88 respecto a la simplificación de formas y facilitación del **arbitraje**, en sintonía con su función y respeto al principio de la autonomía privada (art. 1255 CC )>>; y asimismo que << la Ley de **Arbitraje** 36/1988, de 5 de diciembre, que sustituyó (disp. Derogatoria 1) a la Ley de **Arbitrajes** de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, de conformidad con la disposición transitoria tercera que establece que "salvo en los casos en que el procedimiento arbitral se hubiese iniciado ya, los **arbitrajes** cuyo convenio arbitral se hubiere celebrado antes de la entrada en vigor de



esta Ley (36/88) se regirán por las disposiciones contenidas en la misma"; y como la nueva Ley ha prescindido de la distinción entre el contrato preliminar de **arbitraje** y el compromiso que contenía la Ley de 1953 resulta claramente inaplicable la jurisprudencia dictada para esta normativa legal (representada por las Sentencias citadas y otras como las de 16 de noviembre de 1996 y 20 octubre 1997 ) que condicionaba la eficacia de la cláusula preliminar a la formalización judicial -consumada o pendiente- de la misma, y aún cuando en el Título VI de la nueva Ley (arts. 38 y sgs.) se prevé una formalización judicial para la designación de los árbitros, sin embargo no hay fundamentación legal para mantener en cuanto a dicha formalización una solución similar a la que para el compromiso preliminar resultaba de los arts. 11 y 19 de la Ley derogada. Por lo demás es de indicar que el compromiso preliminar pactado con anterioridad a la nueva Ley tiene la eficacia que la misma atribuye al convenio arbitral si reúne los requisitos de éste, y aunque no contenga la designación de los árbitros>>. Consecuentemente, la concurrencia de tales infracciones legales, ha de ser rechazada.

E) Por último, se denuncia infracción del art. 24.2 de la Constitución Española , alegando escuetamente que se produce por no conocer del proceso la jurisdicción competente, creando indefensión a la parte recurrente, respecto a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, de acuerdo con lo ya expuesto, y al entender esta Sala que es aplicable la cláusula de sumisión a **arbitraje** de la cuestión litigiosa pactada por las partes, la infracción no puede ser estimada.

SEGUNDO.- La desestimación del motivo formulado origina la declaración de no haber lugar al recurso con imposición de las costas causadas (artículo 1.715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Larre, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Elena , contra el Auto de fecha 21 de enero de 2000, dictado por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, en autos, juicio de menor cuantía número 185/1999, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Zaragoza, rollo de apelación 539/1999 , con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en el presente recurso; líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Antonio Salas Carceller.- José Almagro Nosete.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Almagro Nosete, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.