



Roj: **AAP B 3896/2018 - ECLI:ES:APB:2018:3896A**

Id Cendoj: **08019370162018200233**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **16**

Fecha: **29/06/2018**

Nº de Recurso: **177/2018**

Nº de Resolución: **242/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **INMACULADA CONCEPCION ZAPATA CAMACHO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, pl. 2a - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866200

FAX: 934867114

EMAIL:aps16.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0826642120170067229

Recurso de apelación 177/2018 -D

Materia: Cuestiones de competencia declinatoria

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Cerdanyola del Vallés

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 214/2017

Parte recurrente/Solicitante: ADTEL SISTEMAS DE TELECOMUNICACION, S.L

Procurador/a: JAIME-LUIS ASO ROCA

Abogado/a: PILAR PALLARES POVILL

Parte recurrida: LITEYCA, S.L

Procurador/a: ANDRES CARRETERO PEREZ

Abogado/a: FRANCISCO JOSE ROLDAN SANTIAS

AUTO Nº 242/2018

Magistrados:

Inmaculada Zapata Camacho

Jose Luis Valdivieso Polaino

Federico Holgado Madruga

Barcelona, 29 de junio de 2018

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimosexta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario 214/2017 seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Cerdanyola del Vallés, a instancia de ADTEL SISTEMAS DE TELECOMUNICACION, S.L representada por el procurador Jaime-Luis Aso Roca, contra LITEYCA, S.L representada por el procurador Andrés Carretero Pérez. Estas actuaciones penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el Auto dictado el día 28/11/2017 por el Sr. Juez del expresado Juzgado.



ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La parte dispositiva del auto apelado es del tenor literal siguiente:

" **ESTIMO** la DECLINATORIA formulada por la parte demandada y en consecuencia declaro que éste Juzgado es INCOMPETENTE para conocer de la demanda formulada, por carecer de jurisdicción y corresponder el conocimiento del mismo a **ARBITRAJE** a la que deberán remitirse las partes. Sin expresa condena en costas."

SEGUNDO.- Contra el anterior auto se interpuso recurso de apelación por ADTEL SISTEMAS DE TELECOMUNICACION, S.L mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria que se opuso en tiempo y forma legal. Elevados los autos a esta Audiencia Provincial se procedió a dar el trámite pertinente señalándose para votación y fallo el día 21/06/2018.

TERCERO .- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente la lltma. Sra. Magistrada D^a. Inmaculada Zapata Camacho..

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 39 y 65 de la LEC , mediante auto de 28 de noviembre de 2017 acogió el Juzgado la declinatoria que, por sumisión a **arbitraje**, formalizó Liteyca SL, declarando la incompetencia de jurisdicción para sustanciar la demanda de juicio ordinario origen de las presentes actuaciones interpuesta por Adtel Sistemas de Comunicación SL (en lo sucesivo, Adtel).

El expresado pronunciamiento es impugnado por la entidad actora en esta segunda instancia insistiendo en la ineficacia, por falta de expresa aceptación y desconocimiento de su verdadero alcance, del convenio arbitral plasmado en la cláusula 14-2 del contrato suscrito por las partes en fecha 15 de octubre de 2013 en el que basa su reclamación dineraria.

SEGUNDO .- Ciertamente, excluyendo la vía judicial, la esencia y fundamento de la institución arbitral radica en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, lo que entronca con su justificación constitucional (v. SSTC 176/1996, de 11 de noviembre y 9/2005, de 17 de enero).

En palabras de la STS de 27 de junio de 2017 que cita la 26/2010 , de 11 de febrero, para ser tenida por eficaz, la cláusula de sumisión a **arbitraje** ha de manifestar la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros. Por tanto, la renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al **arbitraje** debe ser «explícita, clara, terminante e inequívoca» (STC 136/2010, de 2 de diciembre).

Hemos de convenir con la recurrente en que de las comunicaciones cruzadas entre las partes inmediatamente antes de la suscripción del debatido contrato (v. folios 162 y 163), no es posible deducir su carácter negociado. Al contrario, tales comunicaciones demuestran que el documento fue unilateralmente redactado por Liteyca SL en base a modelos que adecuaba a las empresas con las que, como la aquí demandante, subcontractaba los servicios a su vez encomendados por Telefónica SA.

Es también cierto que si el convenio arbitral no es el resultado de la negociación de las partes sino que, como es el caso, se halla contenido en un contrato de adhesión, de conformidad con el artículo 9.2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje** , su "validez" e "interpretación" se rigen "por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato", por tanto, la regla de interpretación *contra proferentem* contenida en los artículos 1288 del Código Civil y 6.2 de la LCGC. Es preciso, pues, que el adherente haya prestado efectivamente su consentimiento ya que otro modo se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva (STC 75/1996, de 30 de abril , SSTS de 27 de mayo de 2007, rec. 2613/2000 ; 1097/2008, de 20 de noviembre ; 26/2010 , de 11 de febrero).

Por último, aunque el artículo 22.1 de la Ley 60/2003 establece que los árbitros están facultados para decidir incluso sobre la existencia o validez del convenio arbitral, como aduce la apelante y declaró la STS de 27 de junio de 2017 , planteada declinatoria, "el enjuiciamiento que ha de realizar el órgano judicial sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre la inclusión de las cuestiones objeto de la demanda en el ámbito de la materia arbitrable, no está sometido a restricciones y no debe limitarse a una comprobación superficial de la existencia de convenio arbitral para, en caso de que exista, declinar su jurisdicción sin examinar si el convenio es válido, eficaz y aplicable a la materia objeto del litigio".

Como se verá a continuación, de tales constataciones no cabe deducir sin embargo la consecuencia pretendida por Adtel.

TERCERO .- Según recuerda la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , la imposición de condiciones generales no comporta su ilicitud ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario (incluso cuando contrata con un consumidor, que no es el caso) diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, siempre que superen el control de incorporación previsto en los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) (SSTS de 4 de marzo de 2009 y 18 de junio de 2012). Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio , de un fenómeno que "comporta en la actualidad un auténtico *modo de contratar* , diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico".

La Ley 7/1998 establece un régimen distinto para los contratos de adhesión según se celebren con consumidores o entre empresarios (tal como los define el artículo 2.2). Son de aplicación general a todos los contratos los preceptos relativos a la incorporación e interpretación mientras que el artículo 8 reserva la ineficacia por abusividad a los celebrados con consumidores.

En palabras de la STS de 28 de junio de 2015 , "en nuestro ordenamiento jurídico las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1255 del Código Civil , y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (...)".

CUARTO .- Como razona la STS de 28 de mayo de 2018 , "El control de inclusión o de incorporación [arts. 5 y 7 LCGC] supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato". Se trata, por tanto, de "comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato".

En definitiva y, en palabras de la propia STS de 28 de mayo de 2018 , "para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato"; control que no cabe sino concluir supera el aquí cuestionado pacto.

Su tenor literal es el siguiente: "Cualquier controversia que pueda surgir entre las partes en relación con el presente contrato y todas y cada una de sus cláusulas, y en particular sobre su validez, eficacia, cumplimiento, resolución o rescisión, será sometida a **arbitraje** de equidad, regulado por la Ley de **Arbitraje** española, comprometiéndose las partes a estar y pasar por el laudo que en su caso se dicte, designando desde ahora las partes como árbitro al Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid o a la persona que éste designe".

Vemos que, por la sencillez de su redacción, la cláusula es gramaticalmente comprensible. Nos parece también evidente que la aquí demandante tuvo efectiva posibilidad de conocerla pues aparece en un epígrafe específico titulado, con letras mayúsculas y resaltado en negrita, "Ley aplicable. **Arbitraje** y jurisdicción competente", epígrafe situado al final del documento y justamente por encima de la firma del legal representante de Adtel.

Pero es que, además, difícilmente puede argumentar la actora que la cláusula le pasó desapercibida cuando de las comunicaciones electrónicas aportadas a los folios 162 y 163 se deduce que, antes de su firma, tuvo el contrato en su poder y, habiendo advertido a la contraparte de la necesidad de corregir ciertos errores materiales, significativamente nada objetó en relación al ahora cuestionado convenio arbitral.

QUINTO .- Es irrelevante que el contrato que nos ocupa contenga también un pacto de sumisión al fuero territorial de los juzgados y tribunales de Madrid capital (cláusula 14-3).

Dicho pacto no es en absoluto contradictorio con el principal, al operar en el supuesto de que las partes renunciaran al **arbitraje**, como se deduce de su claro tenor literal ("En caso de que las partes renunciasen por acuerdo expreso al **arbitraje** pactado ...").

Como razona la STS de 10 julio de 2007 , "la sumisión dirigida a fijar el fuero voluntario, no elimina aquella voluntad inequívoca de sumisión a **arbitraje**, sino que "obedece al interés de seguir tal fuero territorial en lo que sea ajeno al **arbitraje** o en el caso de que se renuncie voluntariamente a éste".

Partiendo de la validez del convenio arbitral, carecen en fin de trascendencia a los aquí analizados efectos las consideraciones que efectúa la recurrente tanto en torno a la escasa adecuación a la naturaleza del conflicto surgido entre las partes del **arbitraje** de equidad como, obviamente y, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 60/2003 , a la insinuada falta de imparcialidad del árbitro designado (Decano del Colegio de



Abogados de Madrid) por las eventuales relaciones que pudiera mantener con la propia Liteyca SL o con el letrado que ha asumido su defensa en este pleito.

Se confirmará en consecuencia la resolución recurrida.

SEXTO .- La desestimación del recurso conlleva la expresa imposición a la apelante de las costas devengadas en esta alzada (art. 398-1 en relación con el 394-1 LEC).

PARTE DISPOSITIVA

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por ADTEL SISTEMAS DE COMUNICACIÓN SL confirmamos el auto dictado en fecha 28 de noviembre de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Cerdanyola del Vallès , con expresa imposición a la apelante de las costas devengadas en esta alzada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por la apelante de conformidad con lo establecido en los apartados 1 , 3b / y 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ .

La presente resolución es firme.

Remítase testimonio de este auto al Juzgado de procedencia, para su cumplimiento, con devolución de las actuaciones originales.

Así por esta nuestra resolución de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ