



Roj: **SAP M 7117/2017 - ECLI:ES:APM:2017:7117**

Id Cendoj: **28079370252017100165**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **25**

Fecha: **26/05/2017**

Nº de Recurso: **37/2017**

Nº de Resolución: **189/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **CARLOS LOPEZ-MUÑIZ CRIADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 7117/2017,**
AAAP M 2615/2017

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoquinta

C/ Ferraz, 41 , Planta 6 - 28008

Tfno.: 914933866

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0196715

Recurso de Apelación 37/2017

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 09 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1578/2014

APELANTE:: COMPAÑIA ESPAÑOLA DE SEGUROS DE CREDITO A LA EXPORTACION SA
PROCURADOR D. ALEJANDRO ESCUDERO DELGADO

APELADO:: ELECTROSTEEL EUROPE SA, SUCURSAL EN ESPAÑA
PROCURADOR Dña. ROSA RIVERO ORTIZ

SENTENCIA N° 189 / 2017

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMO. SR. PRESIDENTE :

D. FRANCISCO MOYA HURTADO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ANGEL LUIS SOBRINO BLANCO

D. CARLOS LÓPEZ MUÑIZ CRIADO

En Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil diecisiete.

La Sección Vigésimoquinta de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1578/2014 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 09 de Madrid a instancia de COMPAÑIA ESPAÑOLA DE SEGUROS DE CREDITO A LA EXPORTACION SA, apelante - demandado, representado por el Procurador D. ALEJANDRO ESCUDERO DELGADO y asistido por la Letrada Dª Ángeles Embid Hernández, contra



ELECTROSTEEL EUROPE SA, SUCURSAL EN ESPAÑA, apelado - demandante, representado por la Procuradora Dña. ROSA RIVERO ORTIZ y asistido por el Letrado D. Luis María Velasco Martín; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 22/07/2016 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente D. CARLOS LÓPEZ MUÑIZ CRIADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 09 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 22/07/2016 , cuyo fallo es el tenor siguiente:

"Que estimando la demanda interpuesta por ELECTROSTEEL EUROPE S.A. contra COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS DE CREDITO A LA EXPORTACION S.A. debo declarar y declaro que la demandada adeuda a la actora la suma de CIENTO SESENTA Y TRES MIL CINCUENTA EUROS CON CINCUENTA CENTIMOS (163.050'50.- euros) condenando a la demandada al pago de la referida cantidad más los intereses especiales del artículo 20 de la LCS desde la fecha del siniestro, con expresa imposición de costas a la demandada."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido; la parte demandante presentó escrito de oposición al recurso formulado y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales, señalándose para su deliberación, votación y fallo el día 25 de mayo de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La Sentencia de primera instancia estimó la demanda rechazando las excepciones de la aseguradora demandada porque de acuerdo con lo pactado en la póliza, y respecto al retraso en la comunicación del impago, cuando se realiza después de transcurrido el plazo de 90 días desde la fecha de vencimiento de la factura impagada, pero dentro de los 30 posteriores a ese momento, procede la penalización reduciendo al 50% el porcentaje de cobertura, pero no se excluye la cobertura, penalización que no se ha invocado. De igual modo rechaza la excepción de exclusión de cobertura por agravación de riesgo, porque, si bien las facturas impagadas cuya cobertura se reclama se refieren a ventas realizadas a HIDRODÚCTIL entre enero y abril de 2012, sus vencimientos estaban fijados desde mayo a julio de 2012, y en ese momento aún no se habían producido impagos, pues el primero tuvo lugar el día 30 de abril de 2012, y hay que atender a las fechas de compra y después al vencimiento, más el plazo de 180 días cubierto por la póliza, aplicándose el porcentaje de cobertura del 85%..

Reurre CIA ESPAÑOLA DE SEGUROS DE CRÉDITO A LA EXPORTACIÓN, S.A. (CESCE):

Reitera la falta de competencia jurisdiccional, hecha valer en su momento mediante declinatoria, por haber sometido a **arbitraje** la solución de la contienda. A esos efectos rechaza los razonamientos empleados por la Sra. Magistrado de primera instancia en el Auto que decidió el incidente, pues la parte actora no es consumidor; no hay limitación legal en la ordenación de los seguros a la sumisión a **arbitraje**; el convenio arbitral está expresamente aceptado por la demandante, y, pese a considerar que no se trata de un contrato de adhesión, se cumplen en todo caso las exigencias del artículo 7 b) de la Ley de Condiciones Generales de Contratación , pues la cláusula está redactada en términos claros y comprensibles.

Reprocha error en la valoración de la prueba, pues insiste en que las operaciones, cuya indemnización se pretende, se realizaron con un deudor moroso que ya había demostrado su incapacidad de pagar, pues los impagos fueron muy anteriores al 30 de abril de 2012, al situarse en el 30 de noviembre de 2011, señalando al efecto la facturación del mes de julio de 2011, impago que presentó una mora superior a los 30 días cuando se realizaron las operaciones reclamadas, saldándose 10 meses después de su vencimiento, el 5 de septiembre de 2012. También refiere a los mismos efectos la facturación emitida en agosto de 2011 y en septiembre de ese año, que no se paga a su vencimiento ni en los 30 días siguientes, sino con posterioridad. En definitiva, los cobros de esas deudas impagadas no se producen en la fecha de su vencimiento ni en los 30 días posteriores, y a efectos de la cobertura del seguro no puede aceptarse un aplazamiento de 180 días desde la fecha de venta, porque ha de estarse al aplazamiento máximo fijado en el Suplemento de Clasificación convenido en el contrato, deduciéndose de éste que entre el asegurado y su cliente podrán establecer un aplazamiento del pago, pero no podrá ser superior a 180 días, y no que automáticamente se añada un plazo de 180 días de aplazamiento. También rechaza que pudiera la aseguradora seguir las operaciones de la actora con el cliente deudor.



Considera infringida la doctrina de los actos propios respecto a la aplicación de la penalización al 50% por retraso en comunicación, pues tal penalización sólo opera en casos de operaciones cubiertas.

Aduce que el asegurado incumplió el deber de información sobre la existencia del impago cuando el 22 de febrero de 2012 solicitó la ampliación del riesgo respecto a su cliente HIDRODÚCTIL.

Considera indebidamente aplicado el artículo 20 LCS, pues se trata de un contrato englobado en la definición de "grandes riesgos", donde prima la autonomía de la voluntad de las partes, sin someterse al carácter imperativo de las normas de la Ley del Contrato de Seguro, y en este caso las partes expresamente excluyeron la aplicación del precepto.

SEGUNDO. - Con relación a la incompetencia de jurisdicción por haber sometido los litigantes la solución de los conflictos a **Arbitraje** privado, la condición general 10.2 de la póliza dice: " *Ambas partes manifiestan expresa y formalmente su voluntad de aceptar el **arbitraje** como único procedimiento para dirimir conflictos entre ellas derivados de la presente PÓLIZA. A estos efectos, convienen explícitamente que, con renuncia a ejercitar su derecho ante la jurisdicción ordinaria, se someterán al **arbitraje** de Derecho de uno o más árbitros, en el marco de la Corte Española de **Arbitraje** con sede en Madrid, de conformidad con su reglamento y Estatuto, y con arreglo al procedimiento en ellos establecido. Queda estipulado asimismo que encomendarán a dicha Corte la administración del **arbitraje** y la designación del árbitro o del tribunal arbitral y se obligarán a cumplir tanto las resoluciones interlocutorias como el laudo que finalmente se dicte.* "

El argumento empleado en el Auto de 14 de abril de 2015, resolutorio de la declinatoria planteada, fue que ya existía jurisprudencia sobre " *la nulidad de las cláusulas que aceptan el **arbitraje** como único procedimiento para dirimir conflictos cuando una de las partes es mero consumidor, que se sujeta a un contrato de adhesión sin posibilidad alguna de oponerse a una cláusula no negociada, sino impuesta, con el vicio en el consentimiento que ello conlleva* ". Sin embargo, la resolución judicial no se plantea siquiera si la demandante es o no consumidor, y parece sobreentender que lo es.

Aparte de que la propia demandante admite en su contestación al recurso no ser consumidor consumidor, para valorarlo adecuadamente, pues la Sentencia de primer grado no aclara tal aspecto y parece atribuir esa condición a la demandante, se ha de tener en cuenta la definición existente en el artículo 3 del RDLeg 1/2007, según la redacción vigente en el momento de firmarse el contrato, pues decía: " *A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.* ". Esta definición produjo ciertos problemas de interpretación respecto a las personas jurídicas, en particular respecto a las sociedades mercantiles, pues según lo que se entendiera por " *ámbito ajeno a una actividad empresarial* ", podría o no atribuirse la condición de consumidor. Actualmente, con vigencia desde el día 29 de marzo de 2014, la redacción de la norma ha cambiado ciñendo la definición básica de consumidor a las personas físicas en el primer párrafo (" *personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión* "), añadiendo por excepción la extensión del concepto a las personas jurídicas diciendo: " *Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial* ". La nueva redacción no era aplicable cuando se firmó el contrato, pero al tratarse de una norma definidora del ámbito de aplicación de una Ley que siempre ha tenido los mismos destinatarios, puede tomarse en consideración a efectos de interpretar cuál era la verdadera finalidad del Legislador cuando redactó la norma, para valorar así su espíritu y destino según los criterios hermenéuticos dispuestos por el artículo 3.1 CC. De esa manera, no es concebible que las personas jurídicas en quienes se valore su actuación en el contrato como consumidora haya cambiado entre 2007 y 2014, ni en esta última reforma se quisiera reducir el ámbito de la definición, sino, como dice la propia exposición de motivos de la Ley 3/2014: " *armonizar las definiciones* ". Por eso, puede estarse al concepto de consumidor de acuerdo con la definición actualmente vigente.

Teniendo lo expresado en cuenta, resulta evidente que en la demandante no concurre la condición de consumidor en el contrato de seguro concertado con la demandada, pues se trata de una sociedad anónima que interviene en el contrato como tomadora del seguro con la finalidad de protegerse frente a la insolvencia de sus deudores, revelándose con ello tanto el ánimo de lucro como la actividad empresarial.

Por otro lado, debe recordarse lo dispuesto en el artículo 107.2 b) LCS que incluye entre los contratos de seguro de "grandes riesgos": " *Los de crédito y de caución cuando el tomador ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad* ", como es el caso, estableciéndose en el artículo 44 que a ese tipo de contratos no se aplica el mandato contenido en el artículo 2, donde se dispone el carácter imperativo de las normas. Consecuentemente, no hay ninguna limitación legal a la convención de un pacto de **arbitraje** en el contrato que nos ocupa, ni la validez de la cláusula puede ser analizada desde la perspectiva de la abusividad, ni siquiera en el marco de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, pues



el artículo 8.2 L 7/1998 sólo prevé tal posibilidad cuando el contrato se celebre con un consumidor. Para los demás casos se ha de estar al control fijado por el artículo 7 de la misma Ley cuando obliga a no tener por incorporadas las condiciones generales de contratación:

" a) *Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.*

b) *Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato ."*

En este caso se ha de partir, contrariamente a la opinión de la demandada, de un catálogo de condiciones generales que han de ser sometidas a ese control, pues ella misma así la califica en el propio texto del contrato donde el pacto arbitral está incluido. Pero es cierto que la redacción, antes transcrita, es muy clara, no ofreciendo duda alguna sobre su sentido, advirtiéndose también que en la misma hoja, incluso sobre parte del texto de la cláusula, se encuentra la firma del tomador, algo fácilmente constatable al comparar la grafía con la obrante al folio 63, donde aparece la misma firma con el sello de la sociedad demandante, quien, por lo demás, no puede pretender ahora ampararse en la falta de identificación del firmante y ausencia de mandato expreso, cuando ella misma está ejercitando las acciones en base a esa misma póliza firmada por la persona que dice no estar identificada. Por tanto supera el control legal que justifica su validez.

Por otro lado, la parte actora arguye que existe relación de patrocinio entre la demandada y la institución arbitral, pero ese factor no tiene que llevar a presumir la parcialidad de los árbitros, ni menos a considerar nulo el pacto, pues ambas partes cuentan con los mecanismos adecuados dispuestos en la Ley de Arbitraje 60/2003, para recusar a los árbitros por falta de imparcialidad (art. 17 LA), o de impugnar el Laudo en caso de producirse irregularidades formales de las previstas en su artículo 41.

Tras todo lo anteriormente expuesto, debe concluirse que la excepción de falta de competencia jurisdiccional planteada en su momento por declinatoria, fue incorrectamente rechazada, lo cual justifica estimar el recurso, revocar la Sentencia apelada, y acordar, conforme a lo dispuesto en el 65.2 LEC, el sobreseimiento del proceso.

TERCERO. - No procede hacer expresa condena en cuanto a las costas causadas en esta alzada por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LEC .

Las costas de la primera instancia se imponen a la parte actora, en virtud de lo dispuesto por el artículo 394 LEC

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Alejandro Escudero Delgado, en nombre y representación de CIA ESPAÑOLA DE SEGUROS DE CRÉDITO A LA EXPORTACIÓN, S.A. contra la sentencia de fecha veintidós de julio de dos mil dieciséis dictada por el Juzgado de primera instancia nº 9 de Madrid ,

ESTIMAMOS la excepción de falta de competencia por haberse sometido el asunto a **arbitraje**.

DECLARAMOS la falta de competencia de los Tribunales civiles para solucionar la contienda planteada.

ACORDAMOS el **SOBRESEIMIENTO** del proceso.

Se imponen a la parte actora las costas de la primera instancia.

No se hace imposición de las costas de esta alzada, con devolución del depósito constituido.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efectos.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 3390-0000-00-0037-17, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.



Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ