



Roj: **AAP B 4060/2017 - ECLI:ES:APB:2017:4060A**

Id Cendoj: **08019370042017200116**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **4**

Fecha: **25/04/2017**

Nº de Recurso: **214/2017**

Nº de Resolución: **145/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MIREIA RIOS ENRICH**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

### **SECCIÓN CUARTA**

Asunto: **Rollo nº 214/2017-M**

Tipo de recurso/Ponente: **APELACIÓN CIVIL/MIREIA RIOS ENRICH**

Dimana de autos de: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 826/2016**

Órgano de procedencia: **JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 50 BARCELONA**

Parte/s apelante/s: **BANCO ALCALÁ, S.A.**

Parte/s apelada/s: **BNP PARIBAS SECURITIES SERVICES, SUCURSAL EN ESPAÑA Y SOCIEDAD RECTORA DE LA BOLSA DE VALORES DE BARCELONA, S.A.**

### **AUTO Nº 145/2017**

Ilmo/as. Sres/as. Magistrados/as:

D. VICENTE CONCA PÉREZ, Presidente

D<sup>a</sup>. MERCEDES HERNÁNDEZ RUIZ OLALDE

D<sup>a</sup>. MIREIA RIOS ENRICH, Ponente

Barcelona, a veinticinco de abril de dos mil diecisiete.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Ante esta Sección se ha tramitado el rollo número 214/2017-M, en virtud del recurso de apelación que interpuso BANCO ALCALÁ, S.A. contra el Auto que dictó con fecha 15 de noviembre de 2016, rectificado por Auto de 12 de diciembre de 2016, el Juzgado de Primera Instancia nº 50 Barcelona en los autos de Juicio Ordinario nº 826/2016, seguidos a instancia de BANCO ALCALÁ, S.A. contra BNP PARIBAS SECURITIES SERVICES, SUCURSAL EN ESPAÑA y SOCIEDAD RECTORA DE LA BOLSA DE VALORES DE BARCELONA, S.A.

**SEGUNDO.-** Admitido el recurso por el Juzgado "a quo", se dio traslado a la parte contraria, que se opuso al mismo. Seguidamente se elevaron los autos a esta Audiencia, con los respectivos escritos, correspondiendo por reparto a esta Sección.

**TERCERO.-** La parte dispositiva de la resolución impugnada dice así: "PARTE DISPOSITIVA:

Se declara la falta de jurisdicción de este Tribunal, absteniéndose de conocer y acordando el sobreseimiento del mismo, todo ello con imposición a la actora de la condena al pago de las costas causadas a la demandada en este incidente."



La parte dispositiva del Auto de rectificación de 12 de diciembre de 2016, es del tenor literal siguiente: "PARTE DISPOSITIVA:

Acuerdo haber lugar, en parte, a rectificar el auto de fecha de 15/11/2016 , de tal suerte que en la parte dispositiva, en donde dice "la demandada", debe decir "las demandadas".

**CUARTO.**- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales, habiendo tenido lugar la deliberación y votación el día 20 de abril de 2017.

**QUINTO** .- Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. MIREIA RIOS ENRICH.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.**- Debemos partir de los siguientes hechos:

1) El día 1 de septiembre de 2016, BANCO ALCALÁ S.A. presenta demanda de procedimiento ordinario contra la SOCIEDAD RECTORA DE LA BOLSA DE VALORES DE BARCELONA S.A.U. y contra BNP PARIBAS SECURITIES SERVICES SUCURSAL EN ESPAÑA, por incumplimiento contractual, por parte de SOCIEDAD RECTORA DE LA BOLSA DE VALORES DE BARCELONA S.A.U. y/o BNP PARIBAS SECURITIES SERVICES SUCURSAL EN ESPAÑA, por desatención de las órdenes de suscripción dirigidas al mercado internacional, lo que supuso un sobrecoste que fue asumido por la demandante, con los consiguientes daños y perjuicios que se cifran en 293.071,45 euros.

2) BANCO ALCALÁ S.A. funda su reclamación, en cuanto a la SOCIEDAD RECTORA DE LA BOLSA DE VALORES DE BARCELONA S.A.U. en el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato aportado como documento número 1, suscrito el día 14 de septiembre de 2004, que contiene una cláusula decimocuarta, de sumisión expresa a **arbitraje**, y en cuanto, a BNP PARIBAS SECURITIES SERVICES SUCURSAL EN ESPAÑA, en el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de fecha 29 de septiembre de 2010, documento 3 de la demanda, que contiene una cláusula 19, de sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales de Madrid.

3) Admitida a trámite la demanda, la SOCIEDAD RECTORA DE LA BOLSA DE VALORES DE BARCELONA S.A.U. plantea cuestión de competencia por declinatoria, al amparo de los artículos 63.1 LEC y 11.1 de la Ley de **Arbitraje** .

4) BNP PARIBAS SECURITIES SERVICES SUCURSAL EN ESPAÑA, plantea cuestión de competencia por declinatoria, al amparo del artículo 64 de la L.E.C .

5) BANCO ALCALÁ S.A. presenta dos escritos. En el primero sostiene la procedencia de la acumulación de acciones y la inexistencia de falta de jurisdicción por ineficacia de la sumisión a **arbitraje** y, en el segundo, se opone a la cuestión de competencia promovida por BNP PARIBAS SECURITIES SERVICES SUCURSAL EN ESPAÑA.

6) El Ministerio Fiscal informa en el sentido de solicitar se estime la excepción de falta de jurisdicción planteada por la demandada, declarando la incompetencia objetiva del Juzgado de Primera instancia para el conocimiento del litigio, correspondiendo su conocimiento al Tribunal Arbitral de BARCELONA.

7) El Juzgado de primera instancia, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes, dicta auto de fecha de 15 de noviembre de 2016 , aclarado por auto de fecha 12 de diciembre de 2016, por el que "se declara la falta de jurisdicción de este Tribunal, absteniéndose de conocer y acordando el sobreseimiento del mismo, todo ello, con imposición a la actora al pago de las costas causadas por las demandadas en este incidente".

8) Contra esta resolución, formula la actora recurso de apelación, que basa en los siguientes motivos:

1º Nexo causal o misma causa de pedir. Fundamento de la acumulación de acciones.

2º No existe infracción del artículo 73.1 de la L.E.C .

3º Inexistencia de burla de la cláusula arbitral contenida en el contrato de BOLSA DE BARCELONA.

**SEGUNDO** .- Respecto de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios ejercitada frente a la SOCIEDAD RECTORA DE LA BOLSA DE VALORES DE BARCELONA S.A.U., por incumplimiento del contrato de 14 de septiembre de 2004, el referido contrato contiene una cláusula decimocuarta cuyo tenor literal es el siguiente:

" Para cuantas cuestiones surjan en relación con el cumplimiento, interpretación o resolución del presente contrato, que no puedan ser resultas de mutuo acuerdo, ambas Partes, con expresa renuncia a cualquier fuero que pudiera corresponderles, se someten a **arbitraje** de derecho a ser resuelto por el Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB) de la Associació Catalana per a l'Arbitratge, al que se le encarga la designación de un árbitro y la administración del **arbitraje**, obligándose desde ahora al cumplimiento de la decisión arbitral. "

La acción ejercitada frente a la SOCIEDAD RECTORA DE LA BOLSA DE VALORES DE BARCELONA S.A.U. está afectada por la cláusula de sumisión a **arbitraje**, razón por la cual, mientras no exista un sometimiento expreso o tácito a la jurisdicción ordinaria por ambas partes, ésta no es competente.

Debemos analizar si varía la cuestión por el hecho de que, junto a esta acción, se haya acumulado otra acción frente a otra demandada, basada en un contrato distinto.

De acuerdo con el artículo 72 de la L.E.C., cabe una acumulación subjetiva de acciones.

Pero dice el artículo 73 de la L.E.C.:

*"1. Para que sea admisible la acumulación de acciones será preciso:*

*1º Que el Tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas. Sin embargo, a la acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario podrá acumularse la acción que, por sí sola, se habría de ventilar, por razón de su cuantía, en juicio verbal.*

*2º Que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo.*

*3º Que la Ley no prohíba la acumulación en los casos en que se ejerciten determinadas acciones en razón de su materia o por razón del tipo de juicio que se haya de seguir.*

*2. También se acumularán en una misma demanda distintas acciones cuando así lo dispongan las leyes, para casos determinados.*

*3. Si se hubieren acumulado varias acciones indebidamente, el Secretario judicial requerirá al actor, antes de proceder a admitir la demanda, para que subsane el defecto en el plazo de cinco días, manteniendo las acciones cuya acumulación fuere posible. Transcurrido el término sin que se produzca la subsanación, o si se mantuviera la circunstancia de no acumulabilidad entre las acciones que se pretendieran mantener por el actor, dará cuenta al Tribunal para que por el mismo se resuelva sobre la admisión de la demanda".*

Se trata de dos acciones ejercitadas ante dos demandadas, en base a dos contratos distintos, que se han ejercitado de forma acumulada.

En uno de los contratos se contiene una cláusula de sumisión expresa a **arbitraje**.

Si entre BANCO ALCALÁ S.A. y la SOCIEDAD RECTORA DE LA BOLSA DE VALORES DE BARCELONA S.A.U. existe una cláusula de sumisión expresa a **arbitraje**, el Juzgado carece de jurisdicción para conocer de la demanda planteada contra esta demandada.

Alega la parte apelante, en síntesis: conforme a los artículos 71 y 72 de la L.E.C., la causa petendi se funda en unos mismos hechos, aun cuando las relaciones jurídicas de la actora con las mercantiles demandadas puedan ser distintas; el carácter inescindible de la acumulación de acciones ejercitada en la demanda; no resulta posible dividir la continencia de la causa ante el riesgo de que puedan darse dos resoluciones contradictorias; no se puede obligar a BNP PARIBAS SECURITIES SERVICES SUCURSAL EN ESPAÑA a ser parte del **arbitraje** porque no suscribió el contrato; y que el derecho de acceso a la jurisdicción ordinaria debe ser preferente al **arbitraje** cuando alguno de los que forman parte del litisconsorcio pasivo no se encuentre sometido a él.

Pues bien, la acumulación de acciones sólo resulta posible en el caso de que el Juzgado sea competente para conocer de cada una de las acciones intentadas, pues otra solución supondría un grave quebranto de los principios procesales más elementales, a saber, que conforme al artículo 238.1 de la LOPJ y el artículo 225.1 de la LEC, será nula de pleno derecho la sentencia que sea pronunciada por un tribunal con falta de jurisdicción y, es evidente que, en el supuesto que nos ocupa, el Juzgado de Primera Instancia, por renuncia expresa de la mercantil actora a la jurisdicción ordinaria en sus relaciones jurídicas con la SOCIEDAD RECTORA DE LA BOLSA DE VALORES DE BARCELONA S.A.U., carece de jurisdicción para conocer de la controversia.

Desde el momento en que se hace valer esta cláusula por una de las partes, se pone en evidencia que el juzgado de primera instancia carece de jurisdicción para conocer de una de las acciones acumuladas, en este caso, contra la SOCIEDAD RECTORA DE LA BOLSA DE VALORES DE BARCELONA S.A.U., y de ello resulta la imposibilidad de conocer de ambas acciones, así acumuladas, tal y como se prevé en el artículo 73.1.1º de la LEC.

Si la SOCIEDAD RECTORA DE LA BOLSA DE VALORES DE BARCELONA S.A.U. hubiera renunciado voluntariamente al **arbitraje**, aceptando la jurisdicción del tribunal civil ante el que la actora interpuso la demanda, en ese caso, dicho tribunal gozaría de jurisdicción para conocer de ambas acciones, y por ende, la acumulación subjetiva de acciones sería válida.



Pero al hacer valer la declinatoria de competencia a favor del **arbitraje**, prevalece la falta de jurisdicción del juzgado civil que impide el conocimiento, ante dicho órgano jurisdiccional, de las acciones inicialmente acumuladas.

Esto es, la demanda inicial que acumulaba ambas acciones estaba pendiente de que la demandada, que podía hacer uso de la cláusula de sumisión a **arbitraje**, no lo hiciera, y con ello aceptara la jurisdicción de los tribunales ordinarios.

En este sentido, ha indicado el Tribunal Supremo en la Sentencia 1097/2008, de 20 de noviembre : " *la voluntad de las partes pactada en un convenio arbitral crea jurisdicción a favor de la institución arbitral y paralelamente hace que carezca de ella la jurisdicción ordinaria, salvo que presentada la demanda la otra parte formule sumisión tácita y conteste a la demanda sin hacer excepción alguna* " .

Por consiguiente, presupuesto previo para la acumulación de acciones pretendida por la parte actora es que el juez que haya de conocer del litigio sea también competente para conocer de cada una de las acciones aisladamente consideradas.

Siendo que el Juzgado de Primera Instancia no es competente para conocer de las acciones acumuladas, por renuncia a la jurisdicción ordinaria en el ámbito del contrato habido entre la actora y la SOCIEDAD RECTORA DE LA BOLSA DE VALORES DE BARCELONA S.A.U., se ha de confirmar, en este sentido, el auto apelado.

No obstante, deben proseguir las actuaciones por la vía jurisdiccional ordinaria frente a la codemandada BNP PARIBAS SECURITIES SERVICES SUCURSAL EN ESPAÑA, ante los Juzgados de Primera Instancia competentes, debiendo resolverse la excepción de falta de competencia territorial de BNP PARIBAS SECURITIES SERVICES SUCURSAL EN ESPAÑA, conforme al artículo 64 de la L.E.C .

En el mismo sentido cabe citar el auto de la sección 11ª, de la A.P. de Valencia, de fecha 20 de diciembre de 2010 , y el auto de la sección 15ª de la A.P. Barcelona, de 30 de diciembre de 2010 .

**TERCERO** .- Por disposición del artículo 398 de la L.E.C ., las costas de este recurso deberán ser impuestas a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás disposiciones normativas de general y pertinente aplicación.

#### PARTE DISPOSITIVA

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANCO ALCALÁ S.A. contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 50 de BARCELONA, en fecha 15 de noviembre de 2016 , aclarado por auto de fecha 12 de diciembre de 2016, en autos de Juicio Ordinario número 826/2016, debemos **CONFIRMAR y CONFIRMAMOS** dicha resolución, debiendo resolverse la excepción de falta de competencia territorial de BNP PARIBAS SECURITIES SERVICES SUCURSAL EN ESPAÑA, conforme al artículo 64 de la L.E.C .

Todo ello, con imposición a la parte apelante de las costas causadas por este recurso.

Se declara la pérdida del depósito constituido por el recurrente, al que se dará el destino legal procedente de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno.

Notifíquese el presente Auto y remítase testimonio del mismo, junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En este día, y una vez firmado por los Magistrados que lo han dictado, se da al anterior Auto la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. Doy fe.