



Roj: **AAP B 66/2018 - ECLI:ES:APB:2018:66A**

Id Cendoj: **08019370162018200015**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **16**

Fecha: **17/01/2018**

Nº de Recurso: **687/2017**

Nº de Resolución: **7/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA CARMEN DOMINGUEZ NARANJO**

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.: 0812142120168000534

Recurso de apelación 687/2017 -B

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Mataró

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 25/2016

Parte recurrente/Solicitante: DISTRIBUCION Y SERVICIOS FOTOGRAFICOS, S.A.

Procurador/a: Adriana Flores Romeu

Abogado/a: JOSE MIGUEL BLASCO HERNANDO

Parte recurrida: LEICA CAMARA A.G.

Procurador/a: Anna Vilanova Siberta

Abogado/a: Marc Prat Crosas

AUTO Nº 7/2018

Magistrados:

Marta Rallo Ayezuren

Jose Luis Valdivieso Polaino

Maria Carmen Domínguez Naranjo

Barcelona, 17 de enero de 2018

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimosexta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario 25/2016 seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Mataró, a instancia de DISTRIBUCION Y SERVICIOS FOTOGRAFICOS, S.A. contra LEICA CAMARA A.G. Estas actuaciones penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte DISTRIBUCION Y SERVICIOS FOTOGRAFICOS, S.A. contra el Auto dictado el día 28 de noviembre de 2016 por el Sr. Juez del expresado Juzgado.



ANTECEDENTES DE HECHO:

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

"QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la declinatoria presentada por la representación procesal de LEICA CAMARA AG y DEBO DECLARAR Y DECLARO la falta de competencia judicial internacional de este juzgado por falta de jurisdicción en virtud de la cláusula de sumisión expresa suscrita por la partes a favor de los Tribunales de la localidad suiza de Zurich".

SEGUNDO.- Contra el anterior auto se interpuso recurso de apelación por DISTRIBUCION Y SERVICIOS FOTOGRAFICOS, S.A. 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 12/12/2017.

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

Vistos siendo ponente la magistrada Maria Carmen Domínguez Naranjo.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El 30/12/2015, se presentó demanda en los juzgados de Mataró por la mercantil española DISTRIBUCIÓN Y SERVICIOS FOTOGRAFICOS, S.A. (en adelante DISEFOTO) frente a la fabricante alemana LEICA CÁMERA AG (en adelante LEICA) en reclamación de indemnización por clientela derivada de contrato de distribución. La sociedad alemana demandada, formuló declinatoria internacional al entender que la competencia corresponde a los Tribunales de Zurich al haberse sometido las partes de manera expresa en el pacto 14.7º del contrato suscrito entre ellas el día 25/05/2010 y que venía a modificar el contrato inicial suscrito en el año 2000 en el que se establecía la competencia de los tribunales alemanes.

El auto apelado estima la declinatoria, con plena aquiescencia del Ministerio Fiscal (fol. 261) declara la falta de competencia internacional de los Juzgados españoles para conocer de la *litis* por corresponder su conocimiento al Tribunal de Justicia de Zurich en virtud de una cláusula de sumisión contenida en el pacto 14.7º del contrato por cumplirse además los requisitos del art. 23 del Convenio de Lugano .

Frente a dicha resolución se alza la entidad apelante, actora en la instancia, insistiendo en sus motivos de oposición a la declinatoria postulada, y que de manera sucinta son: 1) La actora es la parte débil en el contrato y se trata de un contrato de adhesión; 2) Se ignora por parte del auto combatido la *lex fori* prevista en el art. 54.2 LEC ; 3) El convenio de Lugano en su art. 5 prevé que si la cláusula es nula será el lugar de cumplimiento de la obligación, en nuestro caso, España; 4) Debió apreciarse la falta de validez de la cláusula de sumisión puesto que no es válida y va en contra de los principios de la buena fe (art. 7 CC).

La recurrente pese a sustentar la impugnación del auto en cuatro alegaciones en realidad la base fundamental del recurso del que se derivarían el resto de consecuencias tiene su origen en considerar que la cláusula de sumisión es nula con base a la Ley 7/1998 de Condiciones generales de la contratación al no poderse negociar produciendo un desequilibrio a favor de la fabricante que impone de manera unilateral la cláusula de sumisión al contratante débil que sería el distribuidor.

La mercantil Leica presenta escrito de oposición al recurso y argumenta para solicitar la confirmación del auto que: 1) El contrato no es de adhesión; La normativa alegada del art. 52.2 LEC es para determinar la competencia interna, no internacional; La sumisión expresa a los tribunales de Zurich, es plenamente válida y la pretendida asimetría de que a la fabricante se le permite litigar a elección en Alemania viene avalada por el art. 25 del Reglamento de la UE1212/2012 que permite la sumisión no exclusiva, es decir, a favor de dos o más jurisdicciones.

El recurso debe desestimarse por los razonamientos que seguidamente se explicitan.

SEGUNDO.- La cláusula de sumisión expresa consignada en el pacto 14.7º del contrato es del tenor literal siguiente: *"Serán competentes para cualquier disputa en base al presente acuerdo y cualquier contrato de venta celebrado en su marco exclusivamente los tribunales de Zúrich, Suiza. Las partes acuerdan que, si está permitido legalmente o si la cuantía lo permite, desean la competencia del Juzgado de lo Mercantil del Cantón de Zúrich. LEICA podrá asimismo tomar medidas legales ante el tribunal competente que tiene jurisdicción en el lugar el domicilio social del distribuidor"* . La misma es perfectamente válida y aplicable a la entidad actora firmante, no siendo por otra parte invocables en el presente caso las normas sobre parte débil en un contrato de adhesión, ni los reglamentos mencionados o las sentencias del TJUE invocadas que se refieren a protección de consumidores y usuarios, dado el carácter netamente mercantil de las dos entidades que suscribieron el contrato, respecto de las que cabe presumir que han dado su consentimiento a la cláusula atributiva de



competencia cuando el comportamiento de las mismas corresponde a un uso que rige entre ellas desde hace casi 20 años.

Efectivamente, en primer lugar las empresas son dos mercantiles. La actora distribuye no solamente el producto de Leica, sino también hasta 11 marcas más. El nivel de gestión y facturación con los clientes de Leica alcanza casi los 140 millones euros y las comisiones pretendidas por ello rondan los 13 millones de euros. Empezaron su relación comercial en el año 1998 y en el año 2000 firmaron el contrato origen (con sumisión expresa a los tribunales de Alemania) que después ha sido modificado libremente por las partes hasta en seis ocasiones más, desde el contrato de 2010 se sometieron a los tribunales de Zurich y la fabricante, a elección, a los alemanes.

El objeto de la mercantil Disefoto es el de distribución no en exclusiva, por lo que su ámbito es el comercio internacional en el que opera y que conoce, tal como se deduce del cuidado escrito de demanda en el que se ponen de manifiesto las importantes transacciones realizadas sobre las que basa su petición de indemnización por clientela.

El *Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988* relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, ratificado por España (BOE 20 octubre de 1994), hoy sustituido por el Convenio de Lugano del 30 de octubre del 2007, es consecuencia de la creación de la Asociación Europea de Libre Comercio y del establecimiento entre los estados contratantes de ésta, de la que forma parte Suiza y de los estados miembros de la Unión Europea, de un sistema análogo al del Convenio de Bruselas.

Tal como se plasma en el auto combatido en cuanto a los requisitos de la posibilidad de aplicación del art. 23, del mismo forma parte no solo Alemania, país en el que tendría su domicilio una de las partes contratantes (LEICA), sino también España (DISEFOTO), y como recuerda la *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo del 2008*, es la norma internacional la que establece los requisitos de forma que deben reunir las cláusulas atributivas de competencia, en aras de la seguridad jurídica y para garantizar el consentimiento de las partes, sin que los estados contratantes estén facultados para establecer otros distintos. De ahí que deba rechazarse la pretensión de la actora de anteponer el derecho español de origen interno (52 LEC) al proveniente del ámbito internacional. De modo que el art. 23 (exigencias para el pacto de sumisión expresa) del Convenio de Lugano es plenamente aplicable, descartándose el resto, toda vez que la cláusula, como se ha dicho resulta plenamente válida y no nos encontramos ante un contrato de adhesión. Dicho precepto exige: que las partes tengan su domicilio en países firmantes del Convenio (tanto Alemania, como España son firmantes); la cláusula de sumisión expresa se plasme por escrito (en nuestro caso pacto 14.7º del contrato); dicha cláusula sea la habitual entre las partes, como es el caso.

TERCERO. - Ha de admitirse como señala la Jurisprudencia (*SSTS de 13 de octubre de 1993 y 29 de septiembre del 2005*), con respecto a la sumisión a órganos **extranjeros** que la validez del pacto estará condicionada a la observancia de las normas convencionales que rigen la competencia judicial, esto es, el Convenio de Lugano paralelo al antes Convenio de Bruselas de 1968 y ahora el Reglamento 44/2001 del Consejo, y precisamente el *artículo 23 del Convenio de Lugano*, convierte a los tribunales designados en el pacto de prórroga de la competencia jurisdiccional, cumpliéndose determinados requisitos, en exclusivamente competentes, quedando obligados los Tribunales de los restantes estados a abstenerse de conocer.

Pues bien en el supuesto enjuiciado estamos ante una atribución de competencia a favor de los Tribunales de Zurich, la misma se realiza por escrito en una cláusula contenida en un contrato que no se modifica pese a ser negociado hasta en cinco ocasiones más al contrato de 2010 y el pacto de sumisión expresa ya se había consensuado (entonces a Alemania) en el contrato origen, lo que satisface las aludidas exigencias de la normativa internacional y ha de rechazarse la pretensión de la apelante de la falta de validez de la cláusula de sumisión.

CUARTO. - Es cierto que la LCGC no excluye que las condiciones generales de la contratación se den entre profesionales y pueda existir abuso de posición dominante, pero quedando sujetas en tal caso a las normas generales sobre nulidad contractual. No obstante la validez de la cláusula sobre elección de foro no puede valorarse desde esa normativa sino aplicando el *art. 17, actual art. 23* del Convenio de Bruselas y *23* Convenio de Lugano, sin que pueda oponerse la falta de negociación y consentimiento explícito pues como expresa la *STS de 29 de septiembre de 2005* se parte de una presunción de consentimiento a dicha cláusula atributiva de competencia, pues dicha fórmula se acomoda a los casos del comercio internacional que las partes conocen o debieran conocer, por ser en dicho comercio ampliamente sabidas y regularmente observadas por los interesados desde hace casi 20 años. Es habitual su uso y aceptación en el ámbito de la distribución internacional de productos.



La STJCE de 16 de marzo de 1999 lleva a cabo una interpretación actualizada del art.17 (actual art. 23) del Convenio y sienta: 1) se presume que las partes contratantes han dado su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia cuando el comportamiento de las mismas corresponda a un uso que rige en el ámbito del comercio internacional en el que operan y que conocen o debieran conocer, 2) la existencia de un uso, que debe comprobarse en el sector comercial en el que las partes contratantes ejercen su actividad, queda acreditada cuando los operadores de dicho sector siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos. No es necesario que dicho comportamiento esté acreditado en determinados países ni, en particular en todos los Estados contratantes. No cabe exigir sistemáticamente una forma de publicidad específica. La impugnación ante los Tribunales de un comportamiento que constituye un uso no basta para que pierda de su condición de uso. 3) Las exigencias concretas que engloba el concepto 'forma conforme a los usos' deben valorarse exclusivamente a la luz de los usos comerciales del sector del comercio internacional de que se trate, sin tener en cuenta las exigencias particulares que pudieran establecer las disposiciones nacionales. 4) El conocimiento del uso debe apreciarse en relación con las partes originarias del convenio atributivo de competencia.

En definitiva las objeciones a la aplicabilidad de la cláusula de sumisión expresa atribuyendo el fuero a un tribunal **extranjero** por estar inserta en un contrato no negociado, sin posibilidad de elección y negociación y por ello nula, no pueden operar en el caso de autos. La jurisprudencia nacional del TS como la del TJUE parten de la base de una relación entre el consumidor y el empresario y tienden a proteger a la parte más débil de la relación contractual, pero ello no es extrapolable a la relación entre empresarios y en la contratación internacional son habituales este tipo de cláusulas acomodándose a los usos que rigen en el comercio internacional de distribución.

En suma, el recurso debe claudicar y confirmarse íntegramente la resolución combatida.

QUINTO.- La desestimación del recurso de apelación conlleva la imposición de las costas ocasionadas con el mismo a la parte recurrente en aplicación de lo dispuesto en el *artículo 398.1 de la LEC*

PARTE DISPOSITIVA

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de DISTRIBUCIÓN Y SERVICIOS FOTOGRÁFICOS, S.A. contra *el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia N° 5 de Mataró de fecha 28/11/2016* en el procedimiento de JUICIO ORDINARIO 25/2016, confirmando dicha resolución, con expresa imposición de costas al apelante.

Contra la presente resolución no cabe recurso, sin perjuicio del amparo constitucional.

Llévese certificación de la presente resolución al rollo de esta Sala y notifíquese a las partes, y con certificación de la misma, devuélvanse los autos al Juzgado de Procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestro Auto, definitivamente juzgando, lo pronunciamos mandamos y firmamos.