



Roj: **AAP B 5847/2018 - ECLI:ES:APB:2018:5847A**

Id Cendoj: **08019370172018200194**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **17**

Fecha: **20/09/2018**

Nº de Recurso: **222/2018**

Nº de Resolución: **216/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARTA ELENA FERNANDEZ DE FRUTOS**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, 1a planta - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866210

FAX: 934866302

EMAIL:aps17.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120170056958

Recurso de apelación 222/2018 -B

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 08 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 228/2017

Parte recurrente/Solicitante: EDICIONES PAMPA S.L.

Procurador/a: Jesus De Lara Cidoncha

Abogado/a: ALBERT ALMAZOR MUR

Parte recurrida: UNITED INFLUENCERS MEDIA GROUP AB

Procurador/a: M^a Carmen Fuentes Millan

Abogado/a: Cristian Gual Grau

AUTO Nº 216/2018

Magistrados:

Jose Antonio Ballester Llopis

Paulino Rico Rajo

Marta Elena Fernández de Frutos

Barcelona, 20 de septiembre de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 5 de marzo de 2018 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 228/2017 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 08 de Barcelona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Jesus De Lara Cidoncha, en nombre y representación de EDICIONES PAMPA S.L. contra Auto - 11/12/2017 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a M^a Carmen Fuentes Millan, en nombre y representación de UNITED INFLUENCERS MEDIA GROUP AB.



SEGUNDO.- El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"DECIDO: apreciar la falta de jurisdicción y abstenerme del conocimiento del asunto, acordando el sobreseimiento del proceso, debiendo la parte demandante hacer uso de su derecho ante la Cámara de Comercio Internacional.

Las costas de la declinatoria se imponen a Ediciones Pampa, S.L."

TERCERO.- El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 19/09/2018.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada Marta Elena Fernández de Frutos .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación se interpone contra el auto de 11 de diciembre de 2017 en el que se aprecia la falta de jurisdicción y se acuerda el sobreseimiento del procedimiento indicando que la parte actora deberá hacer uso de su derecho ante la Cámara de Comercio Internacional.

El auto recurrido declara que en dos de los contratos suscritos entre las partes se incluyó una cláusula de sumisión expresa a **arbitraje** y en otro a favor de los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona; y que en la demanda se ejercita acción de reclamación de prestación económica fijado en pacto incluido en el primer contrato y que la sumisión pactada en el mismo no se modificó en el documento de novación parcial de los contratos. Por ello concluye que la cláusula de sumisión a **arbitraje** debe desplegar sus efectos y declara la falta de jurisdicción y el sobreseimiento del procedimiento.

La parte actora interpone recurso de apelación alegando que los contratos son indisociables y deben interpretarse conjuntamente; que en el "partner agreement" también se regula la prestación económica indicando que queda cubierto con lo que se percibe a través del "sponsorship agreement"; y que la cláusula de sumisión a los tribunales de Barcelona del "partner agreement" deroga la cláusula de sumisión a **arbitraje** del "sponsorship agreement". Subsidiariamente se alega que existe falta de claridad del convenio arbitral y por ello no puede considerarse válida la sumisión a **arbitraje**. Finalmente se dice que la imposición de costas resulta improcedente porque no se encuentra prevista legalmente y porque existen dudas de hecho y de derecho que justificarían su no imposición.

La parte demandada se opone al recurso de apelación alegando que la cláusula de sumisión a los tribunales de Barcelona prevista en el partner agreement no rige para la acción ejercitada por la actora que es la relativa a la cláusula de honorarios del contrato en que se preveía la sumisión a **arbitraje**. Asimismo se dice que ambos contratos se complementan pero que ello no obsta a que cada uno de ellos prevea una cláusula de sumisión distinta para la resolución de conflictos; y que no se ha producido una novación extintiva de la cláusula de sumisión a **arbitraje** puesto que las partes no manifestaron que renunciaban a dicha cláusula. Respecto a la alegación de nulidad del convenio arbitral se dice que la misma se introduce extemporáneamente en el recurso de apelación y que la cláusula de sumisión es conforme a las exigencias de la ley de **arbitraje**. Por último, se alega que es procedente la imposición de costas en los incidentes de declinatoria y que no concurren dudas de hecho ni de derecho.

SEGUNDO.- La resolución del presente recurso de apelación requiere decidir si la cláusula de sumisión de **arbitraje** prevista en el primer contrato entre las partes fue dejada sin efecto y si debe estarse a la cláusula de sumisión a los tribunales de Barcelona prevista en el segundo contrato suscrito entre las partes.

En el supuesto de desestimarse la pretensión de la recurrente de que la cláusula de sumisión a **arbitraje** fue dejada sin efecto, deberá determinarse si la cláusula de sumisión a **arbitraje** resulta nula o si dicha alegación no puede ser objeto de examen al haber sido introducida extemporáneamente en el recurso de apelación, y si en su caso la cláusula no resulta nula.

Finalmente si se desestima el recurso de apelación habrá que pronunciarse respecto a si en los incidentes de declinatoria no cabe la imposición de costas y si siendo posible su imposición en el presente supuesto concurrían dudas de hecho y de derecho que deberían haber motivado la no imposición de costas.

TERCERO.- En primer lugar debe tenerse presente que el art. 11.1 de la ley de **arbitraje** establece que "El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las



controversias sometidas a **arbitraje**, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda."

En el presente supuesto de la lectura de la demanda resulta que la parte actora ejerció acción de reclamación de cantidad solicitando el pago de honorarios conforme al contrato de patrocinio "sponsorship agreement" suscrito entre las partes el 1 de abril de 2014 (documento 6 de la demanda) y la modificación de dicho contrato de 24 de abril de 2014 (documento 8 de la demanda). En el contrato original se prevé una cláusula de sumisión a **arbitraje** con arreglo a las Normas de **Arbitraje** de la Cámara de Comercio Internacional. Dicha cláusula no fue modificada en la novación parcial del contrato celebrada el 24 de abril de 2014.

No obstante, la parte actora presentó la demanda ante los Juzgados de Barcelona con fundamento en el pacto de sumisión expresa a los tribunales de esa ciudad previsto en el contrato entre socios "partner agreement" de 22 de abril de 2014 (documento 7 de la demanda).

La parte recurrente pretende que el contrato de 22 de abril de 2014 también regula los honorarios y que por ello debe estarse a la cláusula de sumisión a los tribunales de Barcelona prevista en dicho contrato. Sin embargo, lo cierto es que en el "partner agreement" se remite al "sponsorship agreement" respecto a los honorarios pero de ello no se colige que en el primero se prevea una regulación específica de los honorarios que motive que cuando se reclaman los mismos con fundamento en el "sponsorship agreement" deba también acudir al "partner agreement". Así, pese a que en la cláusula 10 del "partner agreement" se establece que las partes acuerdan que la contraprestación económica que la demandada abonará en concepto de patrocinio queda reflejada en los términos y condiciones comerciales del contrato de patrocinio y conforme a lo estipulado en el "partner agreement" lo cierto es que este contrato no establece regulación alguna respecto al importe de honorarios y las condiciones para su cobro.

Por ello, no puede admitirse que se produjo una novación extintiva de la cláusula de sumisión a **arbitraje** al establecerse en el partner agreement una cláusula de sumisión distinta, puesto que si las partes querían dejar sin efecto la primera cláusula así habrían de haberlo manifestado. Sin embargo, en el contrato de 24 de abril de 2014 que modifica el sponsorship agreement respecto a los honorarios a percibir por la actora ya se ha dicho que no se hace referencia alguna a que se modifique la cláusula relativa a la sumisión a **arbitraje** prevista en dicho contrato.

Por tanto, la reclamación del importe de 1.000.000 euros encuentra su fundamento en las previsiones del "sponsorship agreement" conforme al contenido que fue modificado en el contrato de 24 de abril de 2014, sin que deba acudir a lo previsto en el "partner agreement" para determinar si la actora tiene derecho al cobro de la cantidad reclamada, siendo dos contratos en los que si bien existe vinculación se trata de contratos con objeto, condiciones y cláusulas de sumisión distintas.

Por último, la alegación de que la existencia de diversas cláusulas de sumisión podría dar lugar a resoluciones contradictorias no puede ser admitida puesto que los honorarios en los que fundamenta la parte actora su reclamación sólo se encuentran previstos en el "sponsorship agreement" y por ello no podrían ser objeto de reclamación con base en el "partner agreement", por lo que no se alcanza a comprender de qué forma podría darse lugar a resoluciones contradictorias.

En consecuencia, no se considera acreditado que la cláusula de sumisión de **arbitraje** hubiese sido dejada sin efecto por expresa voluntad de las partes y por ello debe desestimarse el recurso de apelación respecto a dicho extremo.

CUARTO.- Por lo que se refiere a la alegación de la nulidad de la cláusula de sumisión a **arbitraje** debe decirse que, tal y como alega la demandada, dicho motivo de oposición no fue alegado en la instancia.

El art. 456 LEC dispone que "en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación".

De esta forma, no es posible alegar como motivo de oposición en el recurso de apelación un hecho que no fue alegado en la instancia y por ello debe desestimarse la pretensión de la recurrente relativa a la nulidad de la cláusula de sumisión a **arbitraje**.

QUINTO.- En relación con la imposición de costas resulta que, tal y como alega la recurrente, el art. 65 LEC no prevé la imposición de costas en el incidente que resuelve la declinatoria planteada por la parte demandada,



y que no existe una posición unánime entre los órganos judiciales respecto a si procede o no la imposición de costas.

Así, y a modo de ejemplo de las diversas posiciones el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, de 1 de diciembre de 2017 fundamentándose en el carácter voluntario del **arbitraje** y la necesidad de que sea invocada por la parte demandada la sumisión a **arbitraje** acuerda la no imposición de costas. Concretamente, se dice que " *el carácter voluntario del **arbitraje** y la necesidad de que la demandada invoque dentro de plazo el convenio arbitral mediante declinatoria (artículo 11 de la Ley de **Arbitraje**), no procede imponer las costas al actor. Esto es, cabe que las partes se sometan voluntariamente a la jurisdicción de los tribunales ordinarios, pese a que las partes hayan suscrito un convenio arbitral*".

Por el contrario otra posición se muestra favorable a la imposición de costas considerando que el art. 394 LEC resulta aplicable en la resolución de la declinatoria aun en supuestos en que la misma se formule por sumisión a **arbitraje**. Así, el auto de la Audiencia Provincial de Girona de 7 abril de 2017 declara que " *si bien es cierto que la conducta del actor, mostrando su conformidad a la declinatoria, vistas sus consecuencias procesales, el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, tiene más analogía con el desistimiento que con el allanamiento, es lo cierto que ante la falta de regulación en el art 63 y ss de la LEC . en que no se regula expresamente las costas en la declinatoria, lo que no implica su no imposición, como pretende la parte actora, ahora apelada sino que habrá que acudir a los preceptos generales que las regulan de los art 394 y ss de la LEC por lo que habrán de imponerse las costas a la parte actora", y en el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de septiembre de 2015 se dice que " Pese a la falta de precepto específico relativo al tratamiento de las costas en los incidentes de declinatoria este tribunal viene considerando (autos de la sección 28ª de la AP de Madrid de 21 de julio de 2009 y de 26 de septiembre de 2014) que la decisión sobre tal materia aparece comúnmente caracterizada como una obligación de naturaleza derivada y accesoria del proceso que comporta la necesidad de pronunciamiento específico al respecto, sin que constituya óbice para ello la falta de precepto "ad hoc" en la normativa específica reguladora del procedimiento en cuestión, debiéndose acudir en tal supuesto a las técnicas ordinarias de integración del ordenamiento jurídico. Pues bien, según la orientación acogida por la mayoría de la doctrina y las legislaciones modernas, también de forma explícita por la española desde la reforma introducida por la Ley 34/1984, la condena en costas aparece vinculada al principio vencimiento (falta de éxito en lo planteado ante el tribunal), como contraprestación o compensación de los gastos ocasionados a la parte vencedora, sin perjuicio de la contemplación expresa de situaciones específicas acotadas y definidas legalmente. Dicho criterio aparece recogido en el artículo 394 de la vigente Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que opera como regla general en nuestro sistema, tal como se desprende de la remisión que al mismo se hace en otros preceptos de la ley de ritos (artículos 397 , 398 , 736.1); también aparece recogido dicho criterio de forma explícita en la normativa reguladora de los incidentes dispersa a lo largo del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 22.2 , 85.2 , 112.1 , 128 , 228.2 , 260.3 , 320.3). En consecuencia, a falta de circunstancias que permitiesen justificar un trato excepcional al respecto, la desestimación de la declinatoria conlleva la condena al que la promovió de modo infructuoso al pago de las costas de ella derivadas."*

Esta sección considera que pese al silencio del legislador debe estarse al criterio general del art. 394 LEC relativo al vencimiento objetivo y por ello procede la imposición de costas en el incidente por planteamiento de declinatoria.

En relación con la existencia de dudas de hecho y de derecho alegadas por la recurrente resulta que el art. 394.1 LEC dispone que "las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho".

La apreciación de serias dudas de hecho debe ser objeto de una interpretación restrictiva atendido que el principio general es el de imposición de costas con fundamento en el vencimiento objetivo y que las dudas de hecho no pueden ser las propias que genera cualquier procedimiento judicial. Así, las dudas sobre los elementos fácticos tendrían que fundamentarse bien en la complejidad para determinar los hechos objeto de la controversia; bien en la dificultad de valoración de la prueba para establecer si los hechos en que se funda la pretensión han sido o no acreditados.

En el presente supuesto no se considera que haya existido tal complejidad en la fijación de los hechos objeto de la controversia, ni que la valoración de la prueba haya sido de especial dificultad para establecer si se han probado o no los hechos en que la parte demandada fundaba la declinatoria.

Respecto a la apreciación de dudas de derecho que conlleven que no haya de seguirse la regla general del vencimiento objetivo debe tenerse presente que la excepción al criterio general ha de ser objeto de una interpretación restrictiva y requiere que el órgano judicial razone que el supuesto planteado presentaba complejidad jurídica y que se haga referencia a las posiciones contradictorias en la jurisprudencia respecto



a la decisión a adoptar, sin que quepa apreciar la existencia de dudas de derecho derivadas de la incerteza propia del proceso.

En el supuesto que aquí se examina ni se aprecia una especial complejidad jurídica, ni existen posiciones contradictorias en la jurisprudencia que hayan sido puestas de manifiesto por la parte recurrente de forma que pudiera apreciarse una real existencia de dudas de derecho.

Por ello, no apreciándose la existencia de dudas de hecho ni de derecho procede confirmar la imposición de costas en la primera instancia.

SEXTO.- La desestimación del recurso de apelación comporta, conforme al art. 398.1 LEC, la imposición de costas a la parte recurrente.

FALLO

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación planteado por la representación de la parte actora contra el auto de 11 de diciembre de 2017 dictado por el Juzgado de Primera Instancia n. 8 de Barcelona, y **CONFIRMAR** dicha resolución con imposición de costas a la recurrente.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, con pérdida del depósito ingresado en su día para recurrir, y en sus méritos procédase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

Contra la presente resolución, no cabe recurso ordinario alguno.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados indicados al margen; doy fe.