



Roj: **AAP Z 225/2019 - ECLI:ES:APZ:2019:225A**

Id Cendoj: **50297370052019200041**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **28/03/2019**

Nº de Recurso: **403/2018**

Nº de Resolución: **44/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN CARLOS FERNANDEZ LLORENTE**

Tipo de Resolución: **Auto**

### **A U T O** núm. **000044/2019**

#### **Ilmos. Señores:**

Presidente

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

Magistrados

D. JUAN CARLOS FERNANDEZ LLORENTE (Ponente)

D. ALFONSO MÂª MARTÁ?NEZ ARESO

En Zaragoza, a veintiocho de marzo de dos mil diecinueve.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En esta Sección QUINTA de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA se sigue en grado de apelación, los Autos de Juicio verbal (250.2) 0000295/2017 - 00 procedentes del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo **RECURSO DE APELACION (LECN) 0000403/2018**, en los que aparece como parte apelante, TRANSPORTES CARLOS SIERRA AZNAR representado por el Procurador D. MARIA ELENA CIPRES MARCO y asistido por el letrado JOSÉ MIGUEL PASCUAL HIJAZO; aparece como apelado MINISTERIO FISCAL ; siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN CARLOS FERNANDEZ LLORENTE

**SEGUNDO.-** Por dicho Juzgado se **dictó AUTO en fecha 16 de noviembre de 2017**, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Acuerdo que este Juzgado se abstenga del conocimiento de la demanda de Juicio Verbal nº 296/17-C presentada por la mercantil TRANSPORTES CARLOS SIERRA AZNAR, S.L., representada por la Procuradora Sra. Ciprés contra TLM CAT ESCORIHUELA S.A.U. por falta de jurisdicción correspondiendo el conocimiento del asunto a **arbitraje**" ..

**TERCERO.-** Notificado dicho Auto a las partes, por la representación procesal de TRANSPORTES CARLOS SIERRA AZNAR, S.L. se interpuso o contra el mismo recurso de apelación; y dándose traslado del mismo a la parte contraria se opuso; remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes.

**CUARTO.-** Recibidos los Autos y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado.

Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 30 de enero de 2019.

**QUINTO.-** En la tramitación de estos Autos se han observado las prescripciones legales oportunas.

#### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**



**PRIMERO.** Interpone recurso de apelación el demandante, Transportes Carlos Sierra Aznar S.L., frente al auto de fecha 16 de noviembre de 2017, que acordó abstenerse de conocer por entender que, de acuerdo con el artículo 38.1.1. LOTT, el asunto estaba sometido a **arbitraje**.

Entiende el recurrente que dicho precepto no establece ninguna obligación, es voluntario, por lo que tiene dos opciones, acudir a la Junta Arbitral de Transporte o a los tribunales; lo contrario le crearía indefensión (art. 24 Const. Española).

**SEGUNDO.** El Artículo 38.1 LOTT establece que *"Corresponde a las Juntas Arbitrales resolver, con los efectos previstos en la legislación general de **arbitraje**, las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre cuando, de común acuerdo, sean sometidas a su conocimiento por las partes intervinientes u otras personas que ostenten un interés legítimo en su cumplimiento. ... Se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al **arbitraje** de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 15.000 euros y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del transporte o actividad contratado."*

Como es de ver, el precepto ni prohíbe acudir a los tribunales ni impone la obligación de someter las controversias a un **arbitraje** obligatorio, sino que simplemente establece una presunción de que las partes se han sometido a **arbitraje** si no renuncian previamente a acudir a las Juntas Arbitrales de Transporte.

Ahora bien, la sentencia del Tribunal Constitucional 174/1995 calificó de inconstitucional el art. 38.2, párrafo primero, de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, en su redacción primitiva. En ella, el Tribunal Constitucional se planteó *"si resulta conforme a la Constitución, concretamente con sus arts 24.1 y 117.3 C.E., un precepto que establece un sistema de **arbitraje** institucional e imperativo, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción queda condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia"*. Ante ello, declaró que *"la autonomía de la voluntad de las partes - de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el **arbitraje** conlleva la exclusión de la vía judicial."*

Por eso, en la posterior redacción del artículo 38 se reconoció suficiente la manifestación de una de las partes en contra de la sumisión al **arbitraje** para dejar expedita la vía de la jurisdicción.

Así pues, para que se produzca la sumisión a **arbitraje** debe existir acuerdo de ambas partes. Acuerdo que el artículo 38.1 presume cuando *"la cuantía de la controversia no exceda de 15.000 euros y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra ..."*

**TERCERO.** En el caso sometido a nuestra consideración consta la voluntad inequívoca de la recurrente de no acudir al **arbitraje**, lo que debe considerarse suficiente para entender que no ha habido sumisión a **arbitraje**.

Es cierto que la norma exige que tal manifestación se haya realizado *"antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del transporte o actividad contratado."* Pero en el auto 219/2017 de 3 de mayo esta sección, siguiendo la doctrina marcada por la sentencia antes citada, dijo:

*"a) El precepto en su nuevo texto sigue respondiendo a la " plausible finalidad de fomentar el **arbitraje** como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía ". (FJ 3).*

*b) igualmente la redacción aquí cuestionada permite también afirmar: " nada hay que objetar, desde el punto de vista constitucional, al hecho de que la LOTT aya atenuado las formalidades exigibles para realizar el convenio arbitral hasta el punto de haber sustituido la exigencia de dicho convenio por una presunción opelegis de su existencia cuando la controversia es de escasa cuantía. " (FJ 3).*

*Con este punto de partida, hemos de concluir que la consecuencia jurídica cuestionada sometimiento al **arbitraje**, en cuanto puede ser excluida por la declaración de una sola de las partes, cuya formulación, además puede producirse incluso después de la celebración del contrato, no resulta desproporcionada."*

Consecuentemente entendemos que, en el caso que nos ocupa, no cabe afirmar que haya existido una sumisión a **arbitraje** válida en cuanto existen datos suficientes que permiten destruir la presunción.

**CUARTO.** - Sin costas.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de pertinente aplicación,

**PARTE DISPOSITIVA**



Acordamos estimar el recurso interpuesto por Transportes Carlos Sierra Aznar S.L. contra el auto de fecha 16 de noviembre de 2017 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 y revocando dicha resolución declaramos la competencia de dicho Juzgado para conocer de la cuestión planteada.

Sin costas.

Dese al depósito el destino legal.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso alguno.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ