



Roj: **AAP BA 350/2019 - ECLI: ES:APBA:2019:350A**

Id Cendoj: **06083370032019200343**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Mérida**

Sección: **3**

Fecha: **01/07/2019**

Nº de Recurso: **160/2019**

Nº de Resolución: **79/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DOLORES FERNANDEZ GALLARDO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N.3

MERIDA

AUTO: 00079/2019

Modelo: N10300

AVDA. DE LAS COMUNIDADES S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: UPAD 924310256 **Fax:** FAX 924301046

Correo electrónico: audiencia.s3.merida@justicia.es

Equipo/usuario: 002

N.I.G. 06083 41 1 2018 0003805

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000160 /2019

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.5 de MERIDA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000374 /2018

Recurrente: Daniela

Procurador: ANA PILAR CABALLERO IZQUIERDO

Abogado: MAGDALENA PERICET MELENDEZ-VALDES

Recurrido: THE BYMOVIL SPAIN S.L.U.

Procurador: MARIA TERESA ESCASO SILVERIO

Abogado: CRISTOBAL PALACIO RUIZ

AUTO NÚM. 79/2019

ILMOS. SRES...../

PRESIDENTE:

DON JOAQUÍN GONZÁLEZ CASSO

MAGISTRADOS:

DOÑA JUANA CALDERÓN MARTÍN

DOÑA MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ GALLARDO (PONENTE)

DON JESÚS SOUTO HERREROS

**DON JOSÉ ANTONIO BOBADILLA GONZÁLEZ****Recurso Civil núm. 160/2019****Autos de Procedimiento Ordinario núm. 374/2018****Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Mérida**

En la ciudad de Mérida, a uno de julio de dos mil diecinueve.

Vistos en grado de apelación ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, los presentes autos de Procedimiento Ordinario núm. 374/2018, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Mérida, a los que ha correspondido el Rollo de Apelación núm. 160/2019, en el que aparecen, como parte apelante, doña Daniela , que ha comparecido representada en esta alzada por la Procuradora doña Ana Pilar Caballero Izquierdo y asistida por la Letrada don Magdalena Pericet Meléndez-Valdés, y como partes apeladas, THE BYMOVIL SPAIN S.L.U., que ha comparecido representada en esta alzada por la Procuradora doña María Teresa Escaso Silverio y asistida por el Letrado don Cristóbal Palacio Ruíz, y el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Mérida, en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 374/2018, se dictó auto el día 1 de febrero de 2019, cuya Parte Dispositiva es:

"1.- Estimar el recurso de reposición interpuesto por la procuradora de los tribunales doña María Teresa Escaso Silverio, en nombre de la mercantil THE BYMOVIL SPAIN, S.L.U., contra el Auto de fecha 31 de julio de 2018.

*2.- Reponer la resolución recurrida, dejándola sin efecto, y en su lugar acuerdo estimar la declinatoria interpuesta por THE BYMOVIL SPAIN, S.L.U., declarando la falta de jurisdicción de este juzgado para resolver la controversia, por haber sido sometido el asunto a **arbitraje**, con sobreseimiento de las actuaciones.*

3.- No se hace expresa imposición de las costas generadas durante el procedimiento ni sus incidentes.

4.- Queden sin efecto el recurso de reposición contra la providencia de fecha 19 de septiembre de 2018 y las peticiones pendientes, por carencia de objeto (salvo que esta resolución sea revocada)."

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación procesal de doña Daniela .

TERCERO.- Admitido que fue el recurso por el Juzgado de Primera Instancia, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se dio traslado a la otra parte personada para que, en el plazo de diez días, presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resulte desfavorable, traslado evacuado por la representación procesal de THE BYMOVIL SPAIN S.L.U. y el MINISTERIO FISCAL, solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

CUARTO.- Una vez verificado lo anterior, se remitieron los autos a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes, donde se formó el rollo de Sala y se turnó la ponencia, señalándose para deliberación y fallo para el día 12 de junio de 2019, quedando los autos en poder de la Ponente para dictar la correspondiente resolución.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada doña MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ GALLARDO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza la actora, doña Daniela , contra el auto por el que se estima la declinatoria interpuesta por la entidad demandada The Bymovil Spain, S.L.U., declarando la falta de jurisdicción del Juzgado de Primera Instancia para resolver la controversia objeto de los presentes autos por haber sido sometido el asunto a **arbitraje**, con sobreseimiento de las actuaciones.

Se invocan, como motivos de dicho recurso, los que enuncia literalmente así: 1. Incongruencia omisiva (que según el desarrollo del motivo, al no recogerse en el enunciado, a diferencia de lo que sucede en el motivo 5º, es porque no permite conocer cuáles son los criterios que han llevado al Juzgador de Instancia a considerar que en el contrato que vincula a las partes de este litigio consta la voluntad inequívoca de la actora de someterse a **arbitraje** mediante una renuncia explícita, clara, terminante e inequívoca a los Tribunales Ordinarios); 2. Incorrecta interpretación de la cláusula arbitral como cláusula "negociada" y "voluntariamente aceptada". Error en la valoración de la prueba; 3. Error en la valoración de la prueba sobre el cumplimiento del artículo 9 de la Ley de **Arbitraje** . Infracción de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil ; 4. Incorrecta inaplicación del artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , de acuerdo con la doctrina establecida en la sentencia 409/2017, de 27 de junio, del Tribunal Supremo , y anteriormente, en el auto de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial



de Barcelona núm. 159/2012, de 28 de septiembre de 2012 , y de acuerdo con la aplicación analógica de las normas; y 5. Incongruencia omisiva respecto de la causa de oposición a la declinatoria basada en la desigualdad entre las posiciones de ambas partes en relación con el artículo 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación .

SEGUNDO.- En primer lugar, en cuanto a la denuncia de vicio de incongruencia omisiva que se esgrimen como motivos primero y quinto del recurso, hemos de comenzar afirmando que la denuncia de este vicio exige, en todo caso, haber agotado el trámite del complemento de sentencia que establece el artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que, en su núm. 2, dispone " *Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el Tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado por el Secretario judicial de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla.*"

Por ello, la falta de ejercicio del remedio contemplado en este precepto impide la denuncia de incongruencia omisiva, es decir, está fuera de lugar esgrimir este vicio cuando no se cumplió la carga procesal impuesta a las partes en dicho precepto, que les obliga a reaccionar en tiempo y forma, con la debida diligencia, en defensa de sus derechos, y al no hacerlo así pierde la oportunidad de denunciar la irregularidad procesal a través del recurso, y su inobservancia excluye la indefensión, en cuanto su estimación exige que la parte no se haya situado en ella por su propia actuación -así, a título de ejemplo, entre otras, sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 2016, recurso núm. 2691/2013 , 7 de octubre de 2016, recurso núm. 2879/2014 , 3 de mayo de 2018, recurso núm. 2205/2015 , 7 de junio de 2018, recurso núm. 2384/2015 , y 15 de octubre de 2018, recurso núm. 1169/2017 -.

En todo caso, las cuestiones planteadas por la recurrente en dichos motivos van a tener respuesta por parte de este Tribunal pues las alegaciones que se vierten en ambos motivos se esgrimen luego en otros motivos del recurso.

TERCERO.- Dicho lo anterior, y alterando el orden expositivo del recurso, para exponer de un modo más correcto la resolución a la controversia planteada, y en cuanto su acogimiento eximiría de entrar en el resto de motivos y alegaciones del recurso, pasamos a analizar el motivo enunciado como " *Incorrecta inaplicación del artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , de acuerdo con la doctrina establecida en la sentencia 409/2017, de 27 de junio, del Tribunal Supremo , y anteriormente, en el auto de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 159/2012, de 28 de septiembre de 2012 , y de acuerdo con la aplicación analógica de las normas .*"

En el desarrollo de este motivo, apoyándose en las dos resoluciones citadas, insiste la recurrente en la no validez de las cláusulas de sumisión insertas en contratos de adhesión, ya sea a **arbitraje**, ya a Tribunales de una determinada circunscripción, toda vez que la contratación por adhesión impide el juego de la libre voluntad de las partes, y ello independientemente de la ubicación del artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Hemos de partir del tenor literal del artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , " *No será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios .*"

Compartimos la fundamentación jurídica de la resolución recurrida que responde, acertadamente, a esta cuestión y que la recurrente no desvirtúa " *Ha de darse la razon a la parte impugnante, cuando defiende que el contenido del art. 54.2 de la LEC esta previsto tan solo para los supuestos de competencia territorial, pero no para los supuestos de sumisión a **arbitraje**, que afecta a la jurisdicción. Asi se entiende por la ubicacion del precepto, ya que el articulo en el que se incluye se refiere al "caracter dispositivo de las normas sobre competencia territorial", y se encuadra en la seccion 2ª, del Capitulo II, Titulo II, Libro Primero de la LEC, bajo el titulo "De la competencia territorial". Por otro lado, hemos de tener presente que la Ley de **Arbitraje** no prohíbe los convenios de sometimiento a **arbitraje** contenidos en contratos de adhesion; asi, en su art. 9.2 , dispone que si el convenio arbitral esta contenido en un contrato de adhesion, la validez de dicho convenio y su interpretacion se regiran por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato. Es decir, este precepto parte de la posibilidad de establecer clausulas de sometimiento a **arbitraje** en contratos de adhesion, y simplemente se remite a la Ley de Condiciones Generales de Contratacion y normativa concordante que regulan sus exigencias. La Ley de **Arbitraje** es posterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil, y si el legislador hubiera entendido que e sta invalidaba las clausulas de sumision contenidas en contratos de adhesion, le bastaba reiterarlo, sin necesidad de condicionar su validez o interpretacion a ninguna norma.*"

Y para nada se aparta el juzgador de instancia de la sentencia núm. 409/2017, de 27 de junio, del Tribunal Supremo , de la que hace una lectura totalmente correcta, y no sesgada e interesada como hace la recurrente, y así, continúa " *Es cierto que en la resolucio recurrida invocabamos la STS 409/2017, de 27 de junio , que en*



un supuesto de sumisión a **arbitraje** entendía de aplicación el art. 54.2 de la LEC, que dispone que las cláusulas de sumisión expresa contenidas en contratos de adhesión no son válidas. Sin embargo, hemos de reconocer que la lectura que hicimos fue errónea, al partir de una frase aislada de dicha resolución, de la que no puede extraerse la interpretación pretendida por la demandante, sino en realidad todo lo contrario. Y es que, si leemos atentamente el Fundamento Jurídico Quinto de la citada resolución, comprobamos que se da plena validez a las cláusulas de sumisión a **arbitraje** contenidas en contratos de adhesión, pero únicamente matiza que debe estar clara la voluntad del adherente de someter una determinada materia a **arbitraje**. Así, en el punto 2 del citado Fundamento textualmente se dice que: "para ser tenida por válida [la cláusula de sumisión a **arbitraje**], es necesario que manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros"; pero expresamente admite que "el convenio arbitral sea el resultado de la negociación de las partes o se encuentre contenido en un contrato de adhesión, que ha sido predispuesto por una de las partes, que es la que ha escogido la solución arbitral como la más conveniente a sus intereses, y que la otra parte haya prestado su consentimiento por la adhesión a tal contrato". Únicamente excepciona los supuestos en los que esa cláusula se ha incluido en un contrato concertado con consumidores.

Derivado de lo anterior es que la interpretación de la cláusula de sumisión a **arbitraje**, cuando se incluye en un contrato de adhesión, ha de hacerse contra proferentem, es decir, contra la parte que impuso la citada cláusula. Y en el caso concreto, el Tribunal Supremo excluye la aplicación de la cláusula de sumisión a **arbitraje**, pero no porque fuera inválida, sino porque se incluye en un Contrato Marco de Operaciones Financieras, cuando el litigio en cuestión se refería a la pretendida nulidad de un contrato de SWAP, firmado entre las mismas partes, pero que el Tribunal considero que guardaba independencia del Contrato Marco de Operaciones Financieras. Expresamente se dice que esa conclusión (alcanzada también por la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida) "no le priva de eficacia [a la cláusula de sumisión a **arbitraje**], sino que circunscribe sus efectos a su ámbito correcto".

A continuación, en el punto 11 del Fundamento Jurídico Quinto, se incluye la argumentación que llevo a este juzgador a errar en el Auto recurrido. En el, el Tribunal Supremo se centra en analizar "el último argumento expuesto en el recurso", que se refiere a una cláusula, pero distinta de la de sumisión a **arbitraje**, de "sumisión expresa a determinados juzgados". Es decir, en el Contrato Marco existía, tanto una cláusula de sumisión a **arbitraje**, como una "cláusula de sumisión jurisdiccional que se preve para el caso de que no se estipule convenio arbitral" (tal y como se especificaba en el punto 2 del Fundamento Jurídico Cuarto). Y es exclusivamente a esta cláusula de sumisión jurisdiccional (se entiende que a los tribunales de un partido judicial concreto, es decir, un supuesto de sumisión territorial), al que se refiere nuestro Alto Tribunal cuando dice que "esa cláusula de sumisión expresa, contenida en una condición general de un contrato de adhesión, carece de validez conforme al art. 54.2 de la LEC". Pero queda claro que el convenio arbitral contenido en el contrato es distinto de esa cláusula de sumisión jurisdiccional territorial."

Esta acertada lectura de la sentencia citada que realiza el juzgador de instancia, y que no entra a rebatir la recurrente, como ya hemos apuntado, no puede sino ser compartida íntegramente por este Tribunal.

Y por lo expuesto, no puede sino ser desestimado este motivo del recurso.

CUARTO.- Como motivos segundo y tercero se invocan, "Incorrecta interpretación de la cláusula arbitral como cláusula "negociada" y "voluntariamente aceptada". Error en la valoración de la prueba." y "Error en la valoración de la prueba sobre el cumplimiento del artículo 9 de la Ley de Arbitraje". Infracción de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil.", respectivamente, y que vamos a examinar de modo conjunto, en cuanto en la exposición y desarrollo de ambos la recurrente reitera sus argumentos.

Así, resumiendo, afirma la recurrente que la documental aportada con el escrito de demanda, en concreto, el contrato litigioso y los extractos de contratos suscritos por otros agentes de la entidad demandada y que albergan idéntica cláusula de sometimiento a **arbitraje**, acreditan que no estamos ante una cláusula negociada individualmente, sino ante una condición general de la contratación impuesta, formando parte de un contrato preredactado, predispuesto e impuesto por la demandada, un contrato de adhesión, al que, conforme al artículo 9 de la Ley de Arbitraje, le es de aplicación el artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, por lo que debe valorarse si en la contratación han existido unas mínimas garantías de cognoscibilidad por la parte adherente, y para valorar ello, se ha de tener presente que el contrato suscrito con la entidad Master K-Hablas, en cuya posición se subroga la entidad demandada, tenía una cláusula de sumisión a los Juzgados y Tribunales de Madrid, que la demandada no respetó, y así, en el nuevo contrato de adhesión impuso, de forma sorpresiva y unilateral, y en su exclusivo beneficio y en perjuicio del adherente, la sumisión, con una clara desigualdad de las partes, al **arbitraje** de la Cámara de Comercio de Torrelavega, y así, no consta acreditado que la adherente tuviera la oportunidad real de conocer dicha alteración, menos aún,



de negociarla, de ahí que no haya existido una voluntad y, menos aún, inequívoca, de someterse a **arbitraje** mediante la renuncia a los Tribunales ordinarios.

Además, la redacción de dicha cláusula puede inducir a error cuando luego menciona la actuación de los Juzgados de Torrelavega, invocando los artículos 1281 , 1282 y 1285 del Código Civil , y que, como elemento revelador de la intención de las partes, en la conducta preprocesal de la demandada no ha hecho valer la remisión al **arbitraje**.

Expuesto lo anterior, hemos de comenzar apuntando que los presentes autos se inician en virtud de demanda en la que se solicita que se declare que la extinción en fecha 30 de junio de 2017 del contrato que vinculaba a ambas partes de fecha 1 de junio de 2015, calificado por la actora de agencia, es una resolución unilateral y sin causa, y por dicha extinción, se condene a la entidad demandada al abono a la actora de las indemnizaciones que solicita, por los conceptos de clientela, daños y perjuicios derivados de la frustración de las expectativas de negocio, inversión no amortizada, revistas, gastos de mantenimiento del aval bancario y comisión de cartera.

En el contrato litigioso que sirve de base a dichas pretensiones, en su cláusula 20ª, se decía literalmente " *Ley aplicable y Jurisdicción. Para dirimir cualquier discrepancia con respecto a la interpretación y/o ejecución de lo establecido en el presente contrato, ambas partes se someten al **arbitraje** de derecho de la Cámara de Comercio de Torrelavega que actuará según su reglamento, actuando en ejecución y segunda instancia los Juzgados de Torrelavega, con renuncia expresa de cualquier otro fuero que les pudiera corresponder .* "

Pues bien, la declaración de que la extinción del contrato que vinculaba a ambas partes es una resolución unilateral y sin causa y la reclamación de las indemnizaciones referidas entran dentro del concepto recogido en dicha cláusula "..... *discrepancia con respecto a la interpretación y/o ejecución de lo establecido en el presente contrato.....* ", y por ello, incluidas en el ámbito de la cláusula de sumisión a **arbitraje** trascrita.

Efectivamente, el contrato celebrado entre demandante y demandada puede calificarse como contrato de adhesión, ahora bien, ello no implica, por sí mismo, pese a la insistencia de la recurrente, que la cláusula 20ª de dicho contrato antes trascrita y en la que se contiene el convenio arbitral, resulte inválida por tal motivo; así, el artículo 9.2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje** , invocado por la propia parte recurrente, establece " *Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato .* " y la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, en su artículo 1.1 , dispone " *Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.* "

Y, el Tribunal Supremo, en su conocidísima sentencia de Pleno de fecha 9 de mayo de 2013 , dice que la imposición de condiciones generales no comporta su ilicitud, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario (incluso cuando contrata con un consumidor, que no es el caso que nos ocupa) diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, siempre que superen el control de incorporación previsto en los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998 , ley que establece un régimen distinto para los contratos de adhesión según se celebren con consumidores o entre empresarios.

Y así, las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor, como es el caso que nos ocupa, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, fundamentalmente, los previstos en el artículo 1255 del Código Civil , y en especial, las normas imperativas.

Ese control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato; se trata, por tanto, de comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato, como bien decía la recurrente.

Es decir, para superar el control de incorporación, ha tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.

Así, dice el Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 28 de mayo de 2018, recurso núm. 1913/2015 , " *El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato.* "

La LCGC se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: en el art. 5 para establecer los requisitos de incorporación; y en el art. 7 para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato.

Conforme al art. 5, en lo que ahora importa:

- a) Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes.
- b) Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.
- c) No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.
- d) La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

A su vez, a tenor del art. 7, no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que:

- a) 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, si ello fuera necesario conforme al art. 5.
- b) 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 la práctica, se aplica en primer lugar el filtro negativo del art. 7 LCGC; y si se supera, es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El primero de los filtros mencionados, el del art. 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. La sentencia 241/2013, de 9 mayo, consideró suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión.

El segundo de los filtros del control de incorporación, previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.

En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.

Pues bien, la cláusula litigiosa sí supera el control de incorporación, porque los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública y es gramaticalmente comprensible, dada la sencillez de su redacción. Se encuentra dentro de un epígrafe específico de la escritura pública, titulado "Tipo de interés aplicable", en un apartado propio, en el que los límites a la variabilidad del tipo de interés se resaltan en letra negrita. Por tanto, supera sin dificultad los umbrales de los arts. 5 y 7 LCGC.

Lo que la sentencia recurrida hace no es realmente un control de incorporación, sino un control de transparencia, tal y como ha sido definido por la jurisprudencia del TJUE y de esta sala, pues al incidir en que la cláusula está enmascarada entre una multiplicidad de datos, lo que dificulta su efectivo conocimiento y comprensión de su alcance por el adherente, a lo que se está refiriendo es a la comprensibilidad de la carga jurídica y económica de la condición general de la contratación. Lo que es ajeno al control de incorporación y propio del control de transparencia.

El control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo.....

Como venimos diciendo hasta la saciedad, el control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula... .."



Pues bien, los términos en los que se redactó la cláusula 20ª antes transcrita son claros, como dice el juzgador de instancia " *Su diccion es clara al recoger que para cualquier discrepancia respecto de la interpretacion y ejecucion del contrato, las partes se someten al arbitraje de derecho de la Camara de Comercio de Torrelavega, tratandose de una clausula que, a pesar de venir recogida en un contrato de adhesion, ha sido aceptada por la demandante.*"

Esta cláusula supera el control de incorporación, es evidente que la actora tuvo efectiva posibilidad de conocerla, aparece en un epígrafe específico titulado, " *Ley aplicable y Jurisdicción* .", es sencilla su redacción y gramaticalmente comprensible -véase artículo 5.4 de la LCGC-.

No puede aceptarse la afirmación de la recurrente que la redacción de dicha cláusula puede inducir a error cuando luego menciona la actuación de los Juzgados de Torrelavega, pues deja claro que ambas partes se someten al **arbitraje** de derecho de la Cámara de Comercio de Torrelavega, y la remisión a los Juzgados de Torrelavega es en ejecución y segunda instancia.

En nada modifica lo anteriormente dicho el hecho que en el contrato suscrito con la entidad Master K-Hablas, en cuya posición se subrogó la entidad demandada, no existía esta cláusula, y sí otra de sumisión a los Juzgados y Tribunales de Madrid.

Por todo lo cual, procede la desestimación de estos motivos del recurso y agotados todos ellos, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, por su acertada fundamentación jurídica que no podemos sino compartir íntegramente.

QUINTO.- En cuanto a las costas procesales causadas en esta alzada, si bien estamos ante una desestimación del recurso interpuesto, no procede realizar pronunciamiento de condena, como solicita la recurrente en su motivo sexto, vista la existencia de una jurisprudencia contradictoria de las Audiencia Provinciales sobre esta misma cuestión, de la que son claro reflejo las distintas resoluciones aportadas por ambas partes, y ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , dudas de derecho.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. el Rey y por la Autoridad que nos concede la Constitución, pronunciamos la siguiente

PARTE DISPOSITIVA

DESESTIMANDO el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la Procuradora doña Ana Pilar Caballero Izquierdo, en nombre y representación de doña Daniela , contra el auto de fecha 1 de febrero de 2019, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Mérida , en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 374/2018, **CONFIRMAMOS** dicha resolución, sin imposición de las costas procesales causadas en esta alzada a ninguna de las partes.

Conforme a lo resuelto en esta resolución, dese al depósito que se ha constituido para recurrir, el destino previsto en la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ .

Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y con certificación literal a expedir por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro-registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno.

Así, por este nuestro auto, del que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.