



Roj: **AAP M 4225/2021 - ECLI:ES:APM:2021:4225A**

Id Cendoj: **28079370282021200046**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **25/06/2021**

Nº de Recurso: **1052/2020**

Nº de Resolución: **181/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANGEL GALGO PECO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL CIVIL DE MADRID

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

N.I.G.: 28.079.00.2-2018/0195549

Rollo de apelación nº 1052/2020

Materia: Derecho procesal. Transporte

Órgano judicial de procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid

Autos de origen: Juicio verbal 1493/2018

Parte apelante: D^a Maribel

Procuradora: D^a Sonia López Caballero

Letrado: D. Luis Miguel Gómez Parra

Parte apelada: SENDIROO, S.L.

Procuradora: D^a Inmaculada Guzmán Altuna

Letrado: D. Sergio Hevia Rodríguez

A U T O N° 181/2021

En Madrid, a 25 de junio de 2021.

La Sección Vigésimo-Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Gregorio Plaza González y D. Francisco de Borja Villena Cortés, ha visto, bajo el nº de rollo 1052/2020, el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 24 de febrero de 2020, dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid en los autos de juicio verbal 1493/2018.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid dictó, con fecha 24 de febrero de 2020, auto cuya parte dispositiva establece: "*DISPONGO: Estimo la declinatoria interpuesta por el demandado, la mercantil Sendiroo S.L., por corresponder el conocimiento del presente asunto a arbitraje, absteniéndome de conocer el mismo y sobreseyendo el procedimiento*"

SEGUNDO.- Notificado el auto, por la promotora del expediente se interpuso recurso de apelación, que, admitido a trámite, con oposición de la demandada, ha dado lugar a la formación del presente rollo, el cual



se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó el 24 de junio de 2021.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. D. Ángel Galgo Peco, quien expresa el parecer de la Sala.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

I. ANTECEDENTES RELEVANTES

1.- La litis trae causa de la demanda presentada por D^a Maribel a raíz de las incidencias surgidas en el transporte de una maleta desde Málaga a la localidad de Fargo, Dakota del Norte (USA), que contrató por Internet a través de la plataforma que explota la demandada, SENDIROO, S.L. ("SENDIROO"), el 18 de agosto de 2017. En concreto, según el relato de la demanda, primero se le hizo saber a la Sra. Maribel que la maleta estaba retenida en aduana por falta de la documentación procedente, comunicándosele más adelante que el envío no podía ser localizado, sin que al tiempo de la demanda, fechada el 30 de octubre de 2018, la maleta hubiese llegado a su destino. La Sra. Maribel reclama el pago de 3.376 euros, valor de los efectos que se portaban en la maleta, habiendo rechazado el abono de los 200 euros que en concepto de indemnización le ofreció SENDIROO antes de la interposición de la demanda.

2.- El recurso que nos ocupa se interpone contra la decisión del órgano de procedencia de estimar la declinatoria por falta de jurisdicción formulada por SENDIROO, con fundamento en que el conocimiento de la controversia correspondía a las Juntas Arbitrales de Transporte, por imperativo del artículo 38.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre ("LOTT"). La juzgadora de la anterior instancia, tras considerar aplicable la LOTT a tenor de lo dispuesto en su artículo 1.3º, estima que debe presumirse la existencia de acuerdo de sometimiento al **arbitraje** de las Juntas Arbitrales de Transporte conforme a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 38.1 del mencionado cuerpo legal, habida cuenta el importe litigioso y la falta de constancia de que ninguna de las partes manifestara expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inició la realización del transporte.

3.- La apelante basa el recurso en su condición de consumidora, aduciendo que en ningún lado de la documentación relativa al contrato se hacía referencia a que, en caso de conflicto, hubiera de dirigir su reclamación a las Juntas Arbitrales de Transporte, e invoca el artículo 58 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre ("LGDCU").

4.- En su escrito de oposición, la apelada se limita a subrayar la corrección de los razonamientos del auto recurrido.

II. RESPUESTA DEL TRIBUNAL

5.- Las partes no suscitan debate acerca de la condición de consumidora de la Sra. Maribel, ni sobre la aplicabilidad de la LOTT al caso, ni sobre la concurrencia de aquellas circunstancias que, conforme a lo establecido en el párrafo tercero del artículo 38.1 LOTT, permitirían presumir la existencia de acuerdo de sumisión al **arbitraje** de las Juntas Arbitrales de Transporte. Con este trasfondo, la cuestión que, en definitiva, se nos somete, es el juego de las disposiciones recogidas en el artículo 38 LOTT y en los artículos 57 y 58 LGDCU.

6.- Dispone el artículo 38.1 LOTT en su primer párrafo: *"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"*. Según lo establecido en el tercer párrafo, cuando la cuantía no exceda de 15.000 euros y no conste voluntad en contra de ninguna de las partes con anterioridad a la iniciación del transporte, el conocimiento de la controversia corresponde a las Juntas Arbitrales de Transporte. Es decir, en el supuesto de que no se alcance el umbral cuantitativo señalado, para que el régimen de **arbitraje** contemplado en la norma no opere, debe concluirse expresamente esta forma de resolución de controversias antes del inicio de la ejecución del contrato.

7.- Por su parte, el artículo 57 TRLGDCU, bajo la rúbrica "Sistema Arbitral de Consumo" establece en su apartado 1: *"El Sistema Arbitral del Consumo es el sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito"*. El apartado 4 del mismo artículo



dispone: "no serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto". Además, a tenor del artículo 58.1 TRLGDCU, "la sumisión de las partes al Sistema Arbitral del Consumo será voluntaria y deberá constar expresamente, por escrito, por medios electrónicos o en cualquier otra forma admitida legalmente que permita tener constancia del acuerdo".

8.- En su redacción originaria, el apartado 1 del artículo 38 LOTT establecía que las Juntas Arbitrales habían de decidir las controversias surgidas en las relaciones comprendidas dentro de su ámbito de aplicación " que, de conformidad con lo previsto en el punto siguiente, sean sometidas a su conocimiento". A su vez, el apartado 2 establecía en su primer párrafo que siempre que la cuantía de la controversia no excediera de 500.000 pesetas, las partes someterían al **arbitraje** de las Juntas cualquier conflicto que surgiera en relación con el cumplimiento del contrato, "salvo pacto expresado en contrario". Esta disposición fue calificada de inconstitucional por sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1995, de Pleno (ECLI:ES:TC:1995:174).

El Tribunal Constitucional resumió la cuestión planteada en los siguientes términos:

"La cuestión que se nos plantea es si resulta conforme con 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. El pacto expreso en contrario no elimina, pues, la obligatoriedad del **arbitraje** para la parte que no lo admita".

A lo que dio la siguiente respuesta:

" 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 tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al **arbitraje** de la Junta que es lo que hace en el párrafo primero del art. 38.2 . La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella. Esto es exactamente lo que hace el art. 38.2, párrafo primero, de la L.O.T.T., que, al exigir un pacto expreso para evitar el **arbitraje** y acceder a la vía judicial, está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que, por las razones que han quedado expuestas, resulta contrario al art. 24.1 de la Constitución ".

9.- De este modo, en la nueva redacción que se dio al artículo 38 LOTT como consecuencia del fallo del Tribunal Constitucional, se reconoció suficiente a manifestación de una de las partes en contra de la sumisión al **arbitraje** para dejar expedita la vía de la jurisdicción, en los siguientes términos:

"1. 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 500.000 pesetas 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 debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado".

Esta última, con las modificaciones relativas a unidad monetaria e importe introducidas por la Ley 29/2003, de 8 de octubre y la Ley 9/2013, de 4 de julio, constituye la redacción vigente.

10.- Por su parte, el artículo 57.4 TRLGDCU, en su redacción originaria, rezaba:

"4. Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del **arbitraje** de consumo previsto en este artículo sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de **arbitraje** institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico".

De tal dictado se desprende que las previsiones del último párrafo del artículo 38.1 LOTT resultaban de aplicación también en el supuesto de que se tratase de contrato celebrado con un consumidor.

11.- Tras los cambios introducidos por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, el precepto pasa a leerse así:



"4. No serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto. La suscripción de dicho convenio tendrá para el empresario la consideración de aceptación del **arbitraje** para la solución de las controversias derivadas de la relación jurídica a la que se refiera, siempre que el acuerdo de sometimiento reúna los requisitos exigidos por las normas aplicables".

Esta es la redacción a la que habrá que estar aquí por razones de orden temporal.

11.- La desaparición de la mención específica a "*convenios arbitrales con los consumidores distintos del **arbitraje** de consumo*" revela la voluntad del legislador de que la resolución extrajudicial de conflictos entre consumidores y empresarios se canalice a través del sistema arbitral de consumo, el cual, como hemos visto, requiere acuerdo expreso de las partes, sin resultar vinculante para el consumidor el suscrito antes de surgir el conflicto.

12.- A la vista del análisis que precede, es diáfano que el recurso ha de prosperar.

III. COSTAS

13.- De conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer expresa imposición de las costas ocasionadas por el recurso.

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

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por D^a Maribel contra el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid con fecha 24 de febrero de 2020 en los autos de referencia.

2.- En consecuencia, REVOCAR el mencionado auto para acordar en su lugar DESESTIMAR la declinatoria formulada por SENDIROO, S.L., debiendo continuar su curso las actuaciones ante el tribunal remitente.

3.- No hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas ocasionadas por el recurso.

Así, por este Auto, contra el que NO CABE RECURSO, lo acuerdan, mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal que constan en el encabezamiento de esta resolución.