



Roj: **AAP CO 27/2022 - ECLI:ES:APCO:2022:27A**

Id Cendoj: **14021370012022200027**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **1**

Fecha: **25/01/2022**

Nº de Recurso: **2053/2021**

Nº de Resolución: **38/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PEDRO ROQUE VILLAMOR MONTORO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA

SECCION PRIMERA - CIVIL

Ciudad de la Justicia- C/ Isla Mallorca s/n (planta tercera)

Tlf.: 957.745.076 - 600.156.208 - 600.156.218. Fax: 957 00 24 43

N.I.G. 1404242120200000374

AUTO núm. 38/2022

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. Pedro Roque Villamor Montoro

Magistrados:

Don Victor Manuel Escudero Rubio

Don Fernando Caballero García

APELACIÓN CIVIL

Juzgado: 1ª Instancia e Instrucción núm. 1 de Montilla

Autos: Juicio Ordinario núm. 153/2020

Rollo: 2053

Año: 2021

En la ciudad de Córdoba a veinticinco de enero de dos mil veintidós.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Por el Juzgado referenciado se dictó auto de fecha 25.5.2021 cuya parte dispositiva dice: " **Se ACUERDA haber lugar a la DECLINATORIA DE JURISDICCIÓN POR SUMISIÓN DE LA CUESTIÓN LITIGIOSA A ARBITRAJE** propuesta por el procurador Sr. Esteban Vives Gutiérrez en representación de MALAGA ESTE INVESTMENT, S.L., absteniéndose este Juzgado de conocer la demanda rectora de estos autos y acordando el sobreseimiento del proceso.

Las costas se imponen a la parte actora."

SEGUNDO.- Por la representación de **don Cesareo** se presentó recurso de apelación contra la indicada resolución. Admitido a trámite, se dio traslado a la representación de "**MÁLAGA ESTE INVESTMENT S.L.**" que presentó escrito oponiéndose al recurso, procediéndose seguidamente a emplazar a las partes y a remitir la causa a esta Audiencia Provincial, incoándose el oportuno rollo.



Se dio traslado al Ministerio Fiscal que emitió informe pidiendo la confirmación de la resolución apelada. Se señaló deliberación el 24 de enero de 2022.

Es ponente de esta resolución don Pedro Roque Villamor Montoro.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS.

Se aceptan los de la resolución recurrida en cuanto no se opongan a los de ésta, y

PRIMERO.- La demanda a que se refiere este procedimiento viene a pedir en el suplico la nulidad del contrato de reserva de zona de fecha 10.8.2018 que liga a las partes y que sin controversia califican como de franquicia. Es la entidad franquiciadora demandada la que presenta la declinatoria que ha sido resuelta en los términos indicados en la instancia al considerar que esa cláusula remite a **arbitraje** la cuestión litigiosa.

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada viene a sustentarse en la nulidad de la cláusula de sumisión a **arbitraje** e infracción de los artículos 52.1-14 y 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 8.1. y 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, tratándose de un contrato de adhesión en el que se incluye la cláusula de sumisión a **arbitraje**

SEGUNDO.- La cita del artículo 52.1.4 (por error se habla del artículo 521.14) es improcedente pues se trata de norma que regula la competencia para determinados asuntos y que sólo sería aplicable de no existir o ser nula o no aplicable la cláusula de sumisión. Aquí no se trata de determinar si tal o cual Tribunal es competente territorialmente, sino si está excluida la vía judicial por sometimiento a **arbitraje**.

Pese a lo que se afirma por la parte apelada de que se trata de un contrato negociado, no un contrato de adhesión, y que no está dirigido a una contratación masiva, resulta que la propia parte afirma que el contrato le fue entregado al demandante (página 3 párrafo segundo de su escrito de oposición) con la debida antelación a los efectos del artículo 3 y habiéndose dado la oportuna información precontractual conforme al artículo 62 de la Ley 7/1996 y el RD 2485/1998 de 13.11, lo que indudablemente da noticias de un contrato predisposto y con ello con condiciones generales de contratación, aunque fuera tan simple como el de reserva de estos autos. Ya la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación habla de contratos de adhesión particulares, esto es, basta con que se trate de modelo suministrado y aceptado por la otra parte, para que se pueda hablar de condiciones generales de la contratación y por lo tanto sometido a esa ley. En todo caso parece poco plausible, cuando menos en este estado del procedimiento, que podamos aceptar como que la cláusula en cuestión surgiera en la negociación y acordaran su inclusión.

En cuanto a la cita que se hace al artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hemos de tener en cuenta que el artículo 9.2 de la Ley de **Arbitraje** tiene preferencia por razón de especialidad en cuanto que permite el "convenio arbitral" en los contratos de adhesión, pero remitiéndolo a la normativa propia de este tipo de contratos, esto es, a la Ley de Condiciones Generales de Contratación, y que, siendo evidente que no se está en el caso de un adherente consumidor, lo que se tendría que examinar es si supera esa estipulación el denominado control de incorporación, esto es, si gramaticalmente es claro y comprensible que es a lo que llama el artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, presupuesto para la nulidad que dispone el artículo 5 de la misma norma.

TERCERO.- La existencia de cláusula de sumisión en el contrato y una vez que se invoque ésta, obliga al Tribunal a examinar de oficio esa cuestión pues se tratará de un caso de falta de competencia objetiva(artículo 48.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 11.1 de la Ley de **Arbitraje**). En cuanto a la extensión de este examen hemos de decir que ese examen no se puede limitar a constatar la mera existencia de una cláusula de sumisión a **arbitraje** incluida en un contrato o en documento relacionado con el mismo, sino que aquélla alcanza a examinar si la cuestión litigiosa que constituye el objeto del procedimiento del que conoce está o no incluida en aquella estipulación, tal y como señala la STS 406/2017 de 27.6, cuando diferencia entre la primera interpretación (tesis fuerte) de la segunda (tesis débil) a propósito de la interpretación del convenio arbitral, así entiende que " *el enjuiciamiento que ha de realizar el órgano judicial sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre la inclusión de las cuestiones objeto de la demanda en el ámbito de la materia arbitrable, no está sometido a restricciones*". Junto a ello el artículo 9.2 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación viene a establecer que "[s]i 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". Por lo tanto y frente a lo que se invoca por la parte recurrente, cabe cláusula de sumisión a **arbitraje** en contratos de adhesión, y su control cuando se cuestiona vía declinatoria ha de hacerse conforme a la Ley de Condiciones Generales de Contratación". Igualmente sostiene la indicada sentencia que una interpretación "elástica" de esas cláusulas a la hora de extender la competencia para las materias que quedan sometidas a **arbitraje**, sólo procede en casos de que sean fruto de una negociación.



Por lo tanto, en este caso el tipo de relación jurídica controvertida, contrato de franquicia y por las razones apuntadas, nos conduce a un contrato de adhesión, y sin que sea objeto de discusión que no cabe hablar aquí de que el demandante tiene la cualidad de consumidor, a la vista de la finalidad empresarial o profesional del contrato en el que se incluye.

CUARTO.- La cláusula en cuestión es del siguiente tenor:

*"En caso de producirse cualquier divergencia, discrepancia, litigio o diferencia de interpretación sobre el contenido o aplicación del presente contrato, ambas partes se someten expresamente y con renuncia a su propio fuero, a la decisión del asunto o litigio planteada mediante el **arbitraje** institucional de la corte de **arbitraje** de la Cámara de Comercio de Sevilla, a la cual encargan la administración del **arbitraje** y la designación de árbitros. El **arbitraje** será de derecho y se desarrollará por el procedimiento abreviado".*

Esto es, conforme al artículo 9.1 de la Ley de **Arbitraje** viene a determinar las materias a las que se somete a **arbitraje** en el marco de esa relación jurídica.

A tenor de la denominada "tesis fuerte", corresponde al Tribunal que conoce de la cuestión de competencia el examen de si la cuestión controvertida en ese procedimiento en el que se plantea la declinatoria está incluida o no en la cláusula de sumisión a **arbitraje**, lo que es compatible con lo que puede decirse de que el sometimiento de conflictos a **arbitraje**, no es la vía ordinaria, sino que ha de ser específicamente pactada por los interesados, lo que excluye que se pueda hacer una interpretación extensiva.

Sobre este tema el auto de la AP de Madrid, sección 19, 386/2012 de 10.12, remitiéndose a sus anteriores auto de 13 y 26 septiembre 2012 y 21 noviembre 2012, dice " que la estipulación...relativa a la sumisión a **arbitraje**, referida al "interpretación, cumplimiento y ejecución" (en este concreto supuesto que se resuelve el día de hoy expresa el convenio arbitral que las partes intervinientes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del presente contrato u operación relacionada con él, directa o indirectamente, se resolverán definitivamente mediante **arbitraje** de Derecho) comprende términos de naturaleza tan amplia y genérica que debe entenderse comprende las controversias surgidas en torno al contrato en que se plasma, sin excluir la nulidad o resolución, (en nuestro caso concreto la nulidad o anulabilidad), pues hemos de entender el objeto del **arbitraje** que se establece para cualquier conflicto surgido con el contrato y lo es la nulidad y/o su resolución (nulidad y/o anulabilidad, que es lo que se postula en los autos 200/2012) " (subrayado añadido). Esto es de mantiene el criterio de que no hace falta la mención específica de nulidad del contrato, pero ello en un caso en el que se habla con una generalidad que no se corresponde con el caso de autos.

La AP de Barcelona, sección 14, auto 179/2012 de 14.9, incluye la competencia para conocer de la nulidad del contrato pero en un caso en el que pactaron las partes sometiendo a **arbitraje** todo " litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del contrato u operación relacionada, directa o indirectamente". También es un caso de una generalidad en la indicación de los supuestos incluidos.

Esta Sala en sentencia de 8.4.2011, recurso 105/2011, excluyó la aplicación de la cláusula de sumisión a **arbitraje** a supuesto de proceso sobre nulidad de contrato, cuando se hablaba de regiría para " todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del presente contrato u operación relacionada con él, directa o indirectamente", y se decía allí que " es claro que parece referirse a un contrato válido, y es precisamente esto lo que se cuestiona en este procedimiento, la interpretación y ejecución de un contrato parten del presupuesto de un contrato válido", también se hacía mención considerando que se trata, como aquí, de un contrato de adhesión preparado, la situación de duda que pueda generar el tenor de esa cláusula no puede solventarse en favor de la entidad que lo predispuso, aquí la demandada.

La referencia exclusiva a interpretación y cumplimiento da noticias de un contrato en vigor, y precisamente lo que en la demanda se cuestiona es la ausencia de elementos esenciales del mismo que determinaría su nulidad con lo que ello supondría de no nacimiento a la vida jurídica y con ello no ser de posible interpretación y cumplimiento, a diferencia de lo que pudiera decirse de aquellos casos en que se pide la resolución del contrato lo que presupone la existencia de un contrato en vigor.

A tenor de lo anterior consideramos que interesada la nulidad del contrato de franquicia, esto ha de ser ventilado ante los Tribunales, al no quedar incluida esta materia en la citada cláusula de sumisión.

Procede, pues, estimar, aun por otros motivos, el recurso con revocación del auto apelado, desestimando la declinatoria planteada.

QUINTO.- COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.- Estimado el recurso, no cabe imposición de las costas de esta instancia con devoción del depósito según dispone la D. Adicional 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Las de primera instancia y una vez desestimada la declinatoria conduce a que se tenga que aplicar el



criterio objetivo del vencimiento al que se hacía mención en la resolución apelada, con imposición a la parte proponente de las costas de primera instancia derivadas de la tramitación de la declinatoria.

PARTE DISPOSITIVA.

Estimando como estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Cesareo contra el auto de 25.5.2021 dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Uno de Montilla, y con revocación del mismo, se acuerda desestimar la declinatoria planteada por la representación de "Málaga Este Investment S.L." con imposición a esta entidad de las costas de primera instancia derivadas de aquella, sin condena en costas de esta alzada.

Contra esta resolución no cabe recurso.

Así por este nuestro auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ