



Roj: **SAP B 8878/2017 - ECLI: ES:APB:2017:8878**

Id Cendoj: **08019370152017100377**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **20/10/2017**

Nº de Recurso: **447/2016**

Nº de Resolución: **416/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

ROLLO Nº 447/2016-2ª

JUICIO ORDINARIO Nº 827/2013

JUZGADO MERCANTIL Nº 3 DE BARCELONA

SENTENCIA núm. 416/2017

Ilustrísimos Sres. Magistrados

DON JUAN FRANCISCO GARNICA MARTÍN

DON JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

DON MANUEL DÍAZ MUYOR

En Barcelona, a veinte de octubre de dos mil diecisiete.

Parte apelante: THAI AIRWAYS INTERNATIONAL PUBLIC COMPANY LIMITED

-Letrado: Ana María Fernández Rico

-Procurador: Marta Durban Piera

Parte apelada: TOP AIRWAYS S.L.

-Letrado: Cristina Esteban Arnau

-Procurador: Emma Nel.lo Jover

Resolución recurrida: Sentencia

-Fecha: 30 de mayo de 2016

-Demandante: TOP AIRWAYS S.L.

-Demandada: THAI AIRWAYS INTERNATIONAL PUBLIC COMPANY LIMITED

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por TOP AIRWAYS S.L. y en su representación del Procurador de los Tribunales Doña Emma Nel.lo Jover contra THAI AIRWAYS INTERNATIONAL PUBLIC COMPANY LIMITED debo condenar y condeno a la expresada demandada a abonar a la actora la suma de 325.667,38 euros, con más los intereses legales y sin expresa condena en costas.



Que estimando la demanda reconvenional interpuesta por THAI AIRWAYS INTERNATIONAL PUBLIC COMPANY LIMITED y en su representación la Procuradora de los Tribunales D^a Marta Durban Piera contra TOP AIRWAYS, S.L., debo condenar y condeno a la expresada demandada a abonar a la actora la suma de 8.845,47 euros con más los intereses y sin expresa condena en costas."

También se recurre el auto de 25 de febrero de 2014, cuya parte dispositiva dice lo siguiente:

"Dispongo no haber lugar a la declinatoria planteada, condenando a la demandada al pago de las costas de este incidente".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada. Dado traslado a la parte actora, presentó escrito de oposición e impugnación de la sentencia, del que se dio traslado, a su vez, a la demandada.

TERCERO.- Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 21 de septiembre de 2017.

Es ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Términos en los que aparece contextualizada la controversia en esta instancia.

1. La demandada THAI AIRWAYS INTERNATIONAL PUBLIC COMPANY LIMITED (en adelante THAI) recurre en apelación tanto la sentencia que estima parcialmente la demanda como el auto de 25 de febrero de 2014 que desestima la declinatoria por falta de jurisdicción y de competencia objetiva promovida por la propia demandada. En cuanto a la falta de jurisdicción y de competencia, que por razones obvias analizaremos en primer lugar, hemos de partir del contenido de la demanda, que se sustenta en los siguientes hechos:

1º) THAI es una empresa tailandesa dedicada al transporte aéreo de pasajeros. La actora TOP AIRWAYS, por su parte, se constituyó para desarrollar las funciones de agente y distribuidor de transportes de pasajeros de la compañía THAI.

2º) El 1 de diciembre de 1987 ambas partes suscribieron el contrato de agencia que se acompaña a la demanda como documento dos, por el que la actora debía promover la venta de billetes de avión en exclusiva para THAI en el territorio de Cataluña, Andorra, Aragón, Navarra y las Islas Baleares, percibiendo por ello una comisión del 5% de todas las ventas.

3º) Como consecuencia de la evolución del sector y del mercado del transporte aéreo, ambas partes suscribieron un contrato verbal de distribución, por el que TOP AIRWAYS comercializaba billetes, abonando a THAI el importe de los billetes vendidos tras detraer el margen que le correspondía.

4º) TOP AIRWAYS realizó una serie de esfuerzos en beneficio de ambas partes, como la reducción de comisiones o la exclusión de la base de cálculo para determinar sus comisiones de parte de las ventas.

5º) A mediados del año 2011 la actora comenzó a advertir un cambio de comportamiento en THAI, alterando las condiciones del contrato de distribución e imponiendo su posición de dominio. En el hecho cuarto de la demanda se concretan esos hechos, que la actora estima un incumplimiento del contrato de agencia, por lo que remitió un primer requerimiento exigiendo el estricto cumplimiento de los contratos suscritos entre las partes (documento 20). Tras sucesivas comunicaciones entre las partes, el 16 de abril de abril de 2013 TOP AIRWAYS comunicó a la demandada la resolución del contrato y le requirió para que le remitiera la documentación contable para poder calcular la indemnización correspondiente (documento 24). La resolución fue aceptada por THAI (documento 25).

6º) En el hecho quinto detalla la indemnización que le corresponde por los incumplimientos de la demandada, que comprende la indemnización por clientela, a calcular de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Contrato de Agencia, y la indemnización por daño emergente. En cuanto a la indemnización por clientela, la demanda distingue entre la que se deriva del contrato de agencia y la que se corresponde al contrato de distribución.

2. En la demanda se acumulan tres acciones que se sustentan en los mismos hechos: una acción de incumplimiento del contrato de agencia, una segunda acción de incumplimiento del contrato de distribución y por último una acción meramente declarativa de competencia desleal. Y se solicita la condena a la demandada al pago de los daños y perjuicios derivados de los incumplimientos contractuales.

3. THAI formuló declinatoria invocando la falta de jurisdicción del Juzgado, dado que las partes acordaron de mutuo acuerdo en el contrato de 1 de diciembre de 1987 someter las divergencias a arbitraje (artículo X del



contrato). Alega que la actora ha tratado de alterar las normas de jurisdicción y de competencia. La acción va dirigida exclusivamente a obtener una indemnización por la resolución del contrato de agencia. Rechaza que se hubiera convenido un contrato de distribución y, aunque existiera, sostiene que no alteraría lo pactado en el contrato de agencia. Por todo ello, solicita que se declare la falta de jurisdicción por sumisión a arbitraje. De forma subsidiaria se plantea la falta de competencia objetiva, por corresponder el conocimiento de la demanda a los Juzgados de Primera Instancia. Se ejercita una única acción de incumplimiento contractual y la referencia a los actos de competencia desleal no pueden alterar las reglas de competencia. Por último, de estimarse que los Juzgados de lo Mercantil son competentes, la demandada considera que serían competentes los Juzgados de Madrid.

4. Opuesta la parte actora, el Juzgado desestimó la declinatoria. En cuanto a la falta de jurisdicción, la *juez a quo* señala que la cláusula de sometimiento a arbitraje únicamente alcanza a la acción por incumplimiento del contrato de agencia. No afecta, por el contrario, a la acción vinculada al contrato de distribución y a la de competencia desleal. Y dada la estrecha conexión de los hechos, la demanda debe dirimirse ante la jurisdicción civil, que extiende su competencia a dos de las tres acciones. Por otro lado, en cuanto a la falta de competencia objetiva, el auto concluye que los Juzgados de lo Mercantil tienen competencia exclusiva sobre las acciones de competencia desleal y atrae para sí la competencia de las otras dos acciones. Por último, desestima también la falta de competencia territorial al considerar que los Juzgados de Barcelona tienen competencia para conocer de las dos acciones contractuales (artículo 53 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

SEGUNDO.- Del recurso contra el auto de 25 de febrero de 2014 que desestima la declinatoria de jurisdicción por arbitraje.

5. La declinatoria, regulada en los artículos 63 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , permite al demandado denunciar la falta de jurisdicción del Tribunal, entre otros motivos, por estar sometida la controversia a arbitraje. De igual modo el artículo 11 de la Ley de Arbitraje dispone 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"* .

6. Como hemos adelantado, la declinatoria de jurisdicción se sustenta en la cláusula de sumisión a arbitraje contenida en el único contrato escrito firmado por ambas partes el día 1 de diciembre de 1987 y que lleva por título "contrato de agencia general de ventas". En su artículo X las partes pactan lo siguiente: *"Cualquier diferencia referente al ámbito, sentido, interpretación o efecto de este Contrato o sus Anexos deberá referirse y dirimirse según las Normas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros designados de conformidad con las Normas"*. La resolución apelada no cuestiona la validez de la cláusula y su aplicación a una de las tres acciones (la reclamación de cantidad por incumplimiento del contrato de agencia). Considera, ello no obstante, que la cláusula no alcanza a las otras dos acciones y que, dado que todas ellas han de sustanciarse en un mismo proceso por sustentarse en unos mismos hechos, el conocimiento de la demanda ha de corresponder a los Juzgados y Tribunales del orden civil.

7. El recurso insiste en que la actora ha utilizado *"prácticas procesales altamente dudosas"* con la única finalidad de alterar la jurisdicción y eludir la cláusula de arbitraje libremente aceptada por las partes y cuya validez no se discute. Alude, a tal efecto, a la introducción en el relato de hechos de un supuesto contrato verbal de distribución inexistente y al ejercicio de la acción meramente declarativa de competencia desleal. Según la demandada cualquier acción que pueda ejercitar TOP AIRWAYS debe circunscribirse al contrato de agencia que vincula partes, contrato en el que se inserta la cláusula arbitral.

8. Pues bien, estimamos, al igual que la recurrente, que bajo la apariencia formal del ejercicio acumulado de tres acciones distintas, en realidad la demandante ejercita una acción principal de reclamación de indemnización de daños y perjuicios -daño emergente e indemnización por clientela- que trae causa de un único contrato, acción a la que acumula otra sin ningún contenido concreto, más allá de la mera declaración de la infracción de la Ley de Competencia Desleal, que también puede dilucidarse en el proceso arbitral. En efecto, por lo que se refiere al contrato de distribución, que la demandada niega -y que la sentencia, por cierto, no tiene por acreditado-, no negamos que en la ejecución del contrato de agencia, que se remonta al año 1987, se hayan podido realizar actos más propios de un contrato de distribución, lo que no implica que la relación jurídica se desdoble. Entendemos que las partes estaban vinculadas por una única relación contractual, que tenía por objeto, entre otros servicios, la comercialización de transportes gestionados por la demandada. Y toda controversia surgida en el ámbito y ejecución de ese único contrato queda sujeta a la cláusula arbitral. De hecho, en los primeros requerimientos que los letrados de la actora efectuaron a la demandada (documentos 20 a 23 de la demanda), realizados a partir del mes de marzo de 2012, se alude siempre a un único contrato de agencia. Y en su respuesta THAI rechaza los incumplimientos, remitiéndose expresamente al contrato de 1 de diciembre de 1987 y sus anexos firmados en el 2009. Sólo en el último requerimiento resolutorio de abril



de 2013, muy próximo a la interposición de la demanda, se distingue entre una relación de agencia y otra de distribución. Téngase presente que son muchas las similitudes entre el contrato de concesión y el de agencia, pues ambos son contratos de colaboración mercantil y de gestión de intereses ajenos.

9. Tampoco la acción meramente declarativa de competencia desleal neutraliza la cláusula de sumisión al arbitraje. La acción se sustenta en los mismos hechos, que la actora estima infringen el artículo 16.2º de la Ley de Competencia Desleal. La competencia desleal no es una materia excluida del arbitraje y la estrecha relación de la acción ejercitada con la acción contractual -tiene por fundamento los mismos hechos- determina que también quede afectada por la cláusula arbitral. En cualquier caso, de entenderse que se trata de una acción autónoma a la que no le alcanza el pacto de sumisión a arbitraje, habría que concluir que la actora no se ha ajustado a las reglas de la buena fe, como exigen los artículos 11.2º de la LOPJ y 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que habría interpuesto una acción declarativa sin ningún efecto con la única intención de eludir el arbitraje.

Por lo expuesto debemos estimar el recurso y declarar la falta de jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil, debiendo someterse la cuestión al arbitraje pactado. La estimación de la declinatoria determina que la sentencia quede sin efecto y, en consecuencia, que no entremos a analizar ni el recurso ni la impugnación.

TERCERO.- Costas procesales.

10. Entendemos que la cuestión suscita serias dudas de hecho y de derecho, lo que aconseja que no impongamos las costas en ninguna de las dos instancias (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de THAI AIRWAYS PUBLIC COMPANY LIMITED contra el auto de 25 de febrero de 2014, que revocamos. En su lugar, estimamos la declinatoria planteada por la demandada y declaramos la falta de jurisdicción del Juzgado de lo Mercantil 3 de Barcelona para conocer de la demanda formulada por la representación procesal de TOP AIRWAYS S.L., por haberse sometido las partes a arbitraje. Sin imposición de las costas en ninguna de las dos instancias.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. Doy fe.