



Roj: **AAP BI 2093/2019 - ECLI: ES:APBI:2019:2093A**

Id Cendoj: **48020370052019200124**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **5**

Fecha: **15/11/2019**

Nº de Recurso: **207/2019**

Nº de Resolución: **124/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA ELISABETH HUERTA SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

#### **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN QUINTA**

#### **BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BOSGARREN ATALA**

BARROETA ALDAMAR, 10-3ª planta - C.P./PK: 48001

**TEL.** : 94-4016666 **Fax / Faxes** : 94-4016992

NIG PV / IZO EAE: 48.04.2-18/019944

NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.42.1-2018/0019944

#### **Recurso de apelación / Apelazioko errekurtsua 207/2019 - N**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Bilbao / Bilboko Lehen Auzialdiko 9 zk.ko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 547/2018 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Tomás

Procurador/a/ Prokuradorea: YOLANDA CORTAJARENA MARTINEZ

Abogado/a / Abokatua: MAGDALENA PERICET MENENDEZ-VALDES

Recurrido/a / Errekurritua: THE BYMOVIL SPAIN S.L.

Procurador/a / Prokuradorea: ANA FERNANDEZ SAMANIEGO

Abogado/a/ Abokatua: CRISTOBAL PALACIO RUIZ

#### **A U T O N.º 124/2019**

#### **TRIBUNAL QUE LO DICTA :**

**ILMA. SRA. PRESIDENTA** : D.ª MARÍA ELISABETH HUERTA SÁNCHEZ

**MAGISTRADA** : D.ª LEONOR CUENCA GARCÍA

**MAGISTRADA** : D.ª MAGDALENA GARCÍA LARRAGAN

**LUGAR** : BILBAO (BIZKAIA)

**FECHA** : quince de noviembre de dos mil diecinueve

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Ante esta Sección 5ª de esta Audiencia Provincial se siguen en grado de apelación, los presentes autos de procedimiento ordinario nº 547 de 2018, seguidos en primera instancia ante el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Bilbao y del que son partes como demandante, **D. Tomás** representado por la Procuradora Doña Yolanda Cortajarena Martínez y dirigido por la Letrada Doña Magdalena Pericet Menendez-Valdés,



y como demandada **THE BYMOVIL SPAIN, SLU**, representada por la Procuradora Doña Ana Fernández Samaniego y dirigida por el Letrado Don Cristobal Palacio Ruiz.

**SEGUNDO** .- Por el juzgador de primera instancia se dictó con fecha 4 de marzo de 2019 Auto cuya parte dispositiva dice literalmente:

"1- Se declara la falta de jurisdicción de este tribunal para conocer del asunto reseñado en los antecedentes de esta resolución, al haberse sometido el asunto a **arbitraje**.

2- Se sobresee el presente proceso.

3- No se hace especial declaración de las costas ocasionadas en este incidente."

**TERCERO** .- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de D. Tomás y admitido dicho recurso en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia, previo emplazamiento de las partes. Personado en tiempo y forma el apelante y personada la parte apelada, se siguió este recurso por sus trámites.

**CUARTO**.- En la tramitación de estos autos en ambas instancias, se han observado las formalidades y términos legales, siendo Ponente en esta alzada la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Elisabeth Huerta Sánchez.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La representación de D. Tomás se alza contra el Auto dictado el día 4 de marzo de 2019 e interesa que, revocándose el mismo, se acuerde la continuación del procedimiento bajo la jurisdicción del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Bilbao, todo ello por entender que la resolución recurrida interpreta incorrectamente los parámetros de validez y alcance de la cláusula arbitral, incurriendo en error en la valoración de la prueba, habida cuenta de que el demandante ejercitaba en su demanda dos clases de acciones, una de las cuales tenía por objeto la declaración de nulidad de dos cláusulas del contrato celebrado entre las partes, ya que la cláusula de sumisión a **arbitraje** no es una cláusula negociada individualmente sino una condición general de la contratación impuesta y prerredactada por la demandada Bymovil con los titulares de los más de 800 tiendas Yoigo existentes en nuestro país, dentro de un contrato de adhesión y en este contexto resulta de aplicación la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en su artículo 5, por así disponerlo el artículo 9.2 de la Ley de **Arbitraje**, infringiéndose además los artículos 1281 y 1282 del Código Civil y el artículo 54.2 de la LEC, de acuerdo con la doctrina establecida en la S.T.S. nº 409 de 2017, de 27 de junio, no procediendo, en cualquier caso la imposición de las costas al recurrente.

**SEGUNDO** .- Así planteados los términos del debate en esta alzada y a los efectos de lo que posteriormente se dirá, se hace necesario recordar que en la demanda interpuesta en su día por la representación de D. Tomás contra THE BYMOVIL SPAIN S.L.U. se ejercitaban varias acciones, entrelazadas, interesándose en el suplico de la misma que:

a) Se declare la nulidad de la cláusula 14<sup>a</sup> del contrato existente entre THE BYMOVIL SPAIN S.L.U y Don Tomás, en lo relativo a la renuncia a cualquier tipo de indemnización a favor del agente y de la cláusula 20a de dicho contrato en lo relativo a la sumisión a **arbitraje** de derecho de la Cámara de Comercio de Torrelavega y en ejecución y segunda instancia a los Juzgados de Torrelavega.

b) Se declare que la extinción en fecha 30 de junio de 2017 del contrato existente entre THE BYMOVIL SPAIN S.L.U y Don Tomás por evitación de la prórroga tácita, constituye una resolución unilateral y sin causa.

c) Se condene a la demandada THE BYMOVIL SPAIN S.L.U a que le abone al actor:

1º.- Una indemnización por clientela, por importe 33.057,33 € (IVA INCLUIDO), o caso de estimarse que no resulta aplicable dicho impuesto, en la cantidad de 27.320,11 €.

2º.- Una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la frustración de las expectativas de negocio como consecuencia de la extinción tractual, por importe de 24.808,34 € (IVA NO CONSIDERADO), o caso de marse que resulta aplicable dicho impuesto, en la cantidad de 30.018,09 €.

3º - La cantidad de 1.672,47 €, a que ascienden las demás cantidades que se reclaman con motivo de la extinción del contrato, 1.169,77 € en concepto de versión no amortizada, 367,70 € en concepto de gastos de publicidad, y 135 € en concepto de gastos de mantenimiento del aval, conforme al desglose realizado bajo el apartado 4 del hecho quinto de esta demanda.

4º.- La comisión "cartera" establecida en la cláusula 1, Letra H, Anexo 2 contrato suscrito entre Bymovil y Yoigo.



Todo ello con los intereses devengados desde la reclamación extrajudicial de la deuda, y subsidiariamente desde la interposición de esta demanda y hasta el momento en que se dicte Sentencia, y asimismo con los intereses del artículo 576 LEC, desde el dictado de la Sentencia.

Y en cuanto a la cláusula vigésima del referido contrato, era del tenor literal siguiente:

"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, acordando asimismo de forma expresa que el idioma para comunicaciones de cualquier tipo relacionadas con el presente contrato será el español."

**TERCERO** .- El auto recurrido, dictado por el Juzgado de primera instancia nº Nueve de Bilbao declaró la falta de jurisdicción de dicho Juzgado para conocer del procedimiento, por entender la Juzgadora a quo que carecía de jurisdicción al haberse sometido el asunto a **arbitraje**, por lo que a la vista de las alegaciones de ambas partes litigantes, a cuestión a resolver en el presente recurso se circunscribe a determinar si la cláusula vigésima del contrato suscrita entre las partes permite mantener la inhibición del Juzgado de Primera instancia en favor de un órgano arbitral -la Cámara de Comercio de Torrelavega-, declarando así su competencia, no siendo esta cuestión pacífica entre los Tribunales pues recientemente se han venido dictando diversas resoluciones por los Tribunales, favorables unas y desfavorables otras, a la tesis sustentada en la resolución apelada.

Y ante esta controversia, debe traerse a colación la conocida S.T.S. nº 409/2017, de 27 de junio de 2017 que resolvió un recurso por infracción procesal en el que se alegaba infracción del artículo 22.1 de la Ley de **Arbitraje** "al declarar la incompetencia de los árbitros para conocer la controversia y privarles de decidir sobre su propia competencia", lo que dió lugar a que la Sala Primera del T.S. estableciera lo siguiente:

**TERCERO.-** *Decisión del tribunal. Extensión del enjuiciamiento del*

*convenio arbitral que debe realizarse por el órgano jurisdiccional para decidir sobre la declinatoria de jurisdicción por sumisión a **arbitraje**:*

1.- *La cuestión planteada en el recurso hace referencia al alcance del principio kompetenz-kompetenz (competencia para decidir sobre la propia competencia) contenido en el art. 22 de la Ley de **Arbitraje** en relación con los dos primeros apartados del art. 11 de dicha ley y a los arts. 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevén que, en caso de haberse presentado una demanda ante un órgano judicial, la existencia de convenio arbitral ha de plantearse mediante declinatoria, sin que el juez pueda apreciar de oficio su falta de jurisdicción por tal causa.*

2.- *Existen dos tesis sobre esta cuestión. La primera sería la llamada «tesis fuerte» del principio kompetenz-kompetenz, que es la que sostiene el recurrente, conforme a la cual la actuación del órgano judicial en caso de planteamiento de declinatoria debería limitarse a realizar un análisis superficial, que comprobara la existencia del convenio arbitral y que, en caso de existir tal convenio, estimara la declinatoria, para que los árbitros decidieran sobre su propia competencia. Solo por vía de la posterior acción de anulación del laudo (que podría ser un laudo parcial, en el que el árbitro o árbitros se limitaran a decidir sobre su propia competencia), los órganos judiciales podrían revisar lo decidido por los árbitros sobre su competencia.*

*La segunda sería la llamada «tesis débil», según la cual el órgano judicial ante el que se planteara la declinatoria de jurisdicción por sumisión a **arbitraje** ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. De este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio.*

3.- *Este tribunal considera que no existen razones para sostener la tesis fuerte del principio kompetenz-kompetenz en nuestro ordenamiento jurídico y limitar el ámbito del conocimiento del juez cuando resuelve la declinatoria de jurisdicción por sumisión a **arbitraje**.*

*Cuando la Ley de **Arbitraje** ha querido limitar el alcance de la intervención del juez en el enjuiciamiento del convenio arbitral, lo ha hecho expresamente. Así, en el art. 15.5, al regular la formalización judicial del **arbitraje**, ha establecido un enjuiciamiento muy limitado al prever que «el tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral». En este caso, no es objeto del procedimiento de formalización del **arbitraje** la eficacia del convenio arbitral o la interpretación del mismo, sin perjuicio de que deba apreciarse, incluso de oficio, la nulidad radical del convenio arbitral prevista en normas con carácter de orden público como es el caso de los arts. 57.4 y 90.1 del*



Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y denegar en tal caso la formalización del **arbitraje**.

Al regular cómo puede alegarse la existencia de un convenio arbitral en un litigio judicial ya iniciado, el art. 11 de la Ley de **Arbitraje** y los arts. 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevén que tal cuestión se decida mediante declinatoria jurisdicción. Estos preceptos no establecen limitación alguna del ámbito de enjuiciamiento por el juez de su propia jurisdicción y competencia que lo diferencie de otros supuestos en que ha de realizar tal enjuiciamiento en una declinatoria, como son los de falta de competencia internacional, falta de jurisdicción por causa distinta de la existencia de un convenio arbitral y falta de competencia objetiva o territorial.

4.- Los instrumentos jurídicos internacionales que abordan, directa o indirectamente, el **arbitraje**, respetan este criterio. Así, en el art. 11.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, conforme al cual «el tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al **arbitraje**, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable», con lo que prevé un enjuiciamiento previo por parte del juez de la validez, eficacia del convenio arbitral y sobre su aplicabilidad a las cuestiones objeto del litigio.

Una previsión similar se contiene en el art. 8.1 de la Ley Modelo Uncitral sobre **Arbitraje** Comercial Internacional, que la propia exposición de motivos de la Ley de **Arbitraje** afirma que ha servido de principal criterio inspirador.

Y el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, aunque excluye de su ámbito de aplicación el **arbitraje** (art. 1.2.d), afirma en su considerando 12 que «ningún elemento del presente Reglamento debe impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de **arbitraje** [...] examine si el convenio de **arbitraje** es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional».

5.- También es relevante en este sentido que en la tramitación parlamentaria quedara sin efecto la previsión de restringir el ámbito de conocimiento del tribunal en el sentido sostenido por la «tesis fuerte» del principio kompetenz-kompetenz y que habría obligado al tribunal que conociera del litigio en que se hubiera planteado, mediante excepción, la existencia de un convenio de sumisión a **arbitraje** a sobreseer el proceso judicial «a menos que compruebe que dicho convenio es manifiestamente nulo o ineficaz», que se contenía en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje** y de regulación del **arbitraje** institucional en la Administración General del Estado que se presentó ante las Cortes en el año 2010. El art. 11 de la Ley de **Arbitraje** quedó redactado, en este aspecto, como lo estaba anteriormente, y la reforma operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, solo añadió un párrafo que establecía determinados plazos para la formulación de la declinatoria.

6.- La conclusión de lo expuesto es que si se ha iniciado un litigio judicial en el que se ha planteado, por medio de declinatoria, la falta de jurisdicción por existir un convenio arbitral, 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 y no debe limitarse a una comprobación superficial de la existencia de convenio arbitral para, en caso de que exista, declinar su jurisdicción sin examinar si el convenio es válido, eficaz y aplicable a la materia objeto del litigio.

7.- Lo expuesto es compatible con el hecho de que si se ha iniciado un procedimiento arbitral, incluso en la fase previa de formalización del **arbitraje**, los árbitros, conforme a lo previsto en el art. 22 de la Ley de **Arbitraje**, son competentes para pronunciarse sobre su propia competencia, y su decisión sobre este punto solo puede ser revisada mediante la acción de anulación del laudo, con base en los motivos de impugnación previstos en los apartados a, c y e del art. 41.1 de la Ley de **Arbitraje**.

Por último, añadía el T.S. en el fundamento jurídico quinto de dicha resolución lo siguiente:

**QUINTO.-** Decisión del tribunal. La interpretación del convenio arbitral contenido en un contrato de adhesión: 1.- El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 176/1996, de 11 de noviembre y 9/2005, de 17 de enero, ha considerado el **arbitraje** como un medio heterónomo de decisión de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados. El **arbitraje** constituye un sistema de heterocomposición de conflictos, en el que a diferencia del sistema jurisdiccional, la fuerza decisoria de los árbitros tiene su fundamento, no en el poder del Estado, sino en la voluntad de las partes contratantes, aunque el ordenamiento jurídico estatal reconoce y regula esa fuerza decisoria.

Por tal razón, la sentencia del Tribunal Constitucional 75/1996, de 30 de abril, afirmó 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. El Tribunal Constitucional declaró que, salvo que el litigante lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir que sea precisamente un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, pues de otra manera se vulneraría su





derecho a la tutela judicial efectiva. La sentencia del Tribunal Constitucional 136/2010, de 2 de diciembre, ha precisado que la renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al **arbitraje** debe ser «explícita, clara, terminante e inequívoca».

2.- La anterior doctrina del *Tribunal Constitucional* explica que esta sala, en su sentencia 26/2010, de 11 de febrero, con cita de otras anteriores, haya declarado que la cláusula de sumisión a **arbitraje**, para ser tenida por eficaz, 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.

3.- El convenio arbitral es aquel que expresa la voluntad de las partes de someter a **arbitraje** todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación o ámbito jurídico, contractual o no contractual. Se trata de un negocio jurídico y, como tal, ha de ser objeto de interpretación para poder ser aplicado. Dada su naturaleza negocia! y la trascendencia que tiene la voluntad de las partes de renunciar a la solución jurisdiccional de los litigios que puedan producirse respecto de determinadas cuestiones, que entronca con su justificación constitucional, tiene especial relevancia 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. Se excepciona el caso de las cláusulas no negociadas contenidas en contratos concertados con consumidores que establezcan la sumisión a **arbitrajes** distintos del **arbitraje** de consumo, salvo que se trate de órganos de **arbitraje** institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico (art. 90.1 en relación con el 57.4, ambos TRLCU), que son, nulas de pleno derecho, por ser abusivas. 4.- Las sentencias de esta sala 1097/2008, de 20 de noviembre, y 26/2010, de 11 de febrero, afirmaron: «Las cláusulas del convenio arbitral, como las de cualquier negocio jurídico, debe ser interpretadas con arreglo a las normas generales sobre interpretación contenidas en los preceptos del CC que se refieren a los contratos ( STS 27 de mayo de 2007, rec. 2613/2000 ). En la interpretación de los negocios jurídicos, según ha declarado con reiteración esta Sala, debe aceptarse el criterio seguido por el tribunal de instancia, fundado en los datos fácticos obtenidos mediante la valoración de la prueba que por razón de competencia funcional le corresponde, siempre que la interpretación o calificación realizada no sea ilógica o arbitraria o contradiga las normas hermenéuticas aplicables, pues esta situación desplaza la controversia al terreno de una *quaestio iuris* [cuestión jurídica] susceptible de ser resuelta en el recurso de casación». 5.- La trascendencia de la naturaleza negociada o de adhesión del convenio arbitral tiene su claro reflejo en las reglas de interpretación del convenio arbitral. El art. 9.2 de la Ley de **Arbitraje** prevé que «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». Por tal razón es correcta la aplicación que hace la Audiencia Provincial de la regla de interpretación *contra proferentem* contenida en los arts. 1288 del Código Civil y 6.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, puesto que el convenio arbitral objeto de este litigio está contenido en un contrato de adhesión, predispuesto por Banco Popular. La afirmación que hace Banco Popular, para impugnar que se haya aplicado la regla de interpretación *contra proferentem*, de que la cláusula compromisoria no le es favorable no puede ser aceptada, por cuanto que fue él quien la dispuso en el contrato, por convenir a sus intereses; y quien ha pretendido reiteradamente que se aplique para resolver esta cuestión litigiosa. Y en todo caso, dicha regla de interpretación de los contratos, contenida en los arts. 1288 del Código Civil y 6.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, no exige para su aplicación que la cláusula cuya interpretación se cuestiona haya sido introducida en el contrato en beneficio exclusivo del predisponente. 6.- A la vista de que solo se puede impedir al litigante adherente que acuda a la tutela jurisdiccional en aquellas cuestiones en las que sea «explícita, clara, terminante e inequívoca» su aceptación, al adherirse al contrato, de que fueran resueltas por **arbitraje**, no puede realizarse una interpretación del convenio arbitral que extienda la competencia de los árbitros a cuestiones que no estén expresa e inequívocamente previstas como arbitrables en la cláusula compromisoria. Es la única forma en que puede entenderse que consta la voluntad «explícita, clara, terminante e inequívoca» del adherente de aceptar que tales cuestiones se sometan a **arbitraje**. Por eso, la interpretación «elástica» del convenio arbitral a que ha hecho referencia alguna sentencia de esta sala (sentencia 605/2005, de 12 de julio), que permita que el convenio arbitral tenga un efecto expansivo y abarque todas las cuestiones relacionadas con el objeto del **arbitraje** (sentencia 741/2007, de 2 de julio), puede ser aplicable a aquellos convenios arbitrales concertados por negociación, pero no a los contenidos en contratos de adhesión, puesto que tal interpretación no se compadecería con el fundamento de la institución del **arbitraje**, que es la voluntad «explícita, clara, terminante e inequívoca» de las partes, pero de ambas partes, de renunciar a la posibilidad de someter las controversias a la jurisdicción".

.....

13.- La cuestión a decidir no es, por tanto, si Banco Popular, cuando dispuso la cláusula, tuvo la intención de que las acciones de nulidad de los contratos de swap o put concertados mediante confirmaciones del CMOF se sometieran a **arbitraje**. Lo decisivo es, a la vista de la redacción que se dio a la cláusula y de las cuestiones



a las que se hacía expresa referencia en la misma, si puede considerarse que el adherente ha aceptado de manera clara e inequívoca la sumisión de determinadas cuestiones a **arbitraje** y la correlativa renuncia a que las controversias que puedan surgir sobre las mismas sean decididas por un tribunal de justicia. Y, como razona correctamente la Audiencia Provincial, no puede aceptarse que en este caso Agrumexport, al prestar su consentimiento al contrato de adhesión que le fue propuesto por Banco Popular, hubiera aceptado clara e inequívocamente someter a **arbitraje** cuestiones que distintas de la interpretación, cumplimiento y ejecución de las cláusulas del CMOF y, en concreto, la anulación por error vicio del contrato swap y del contrato put concertados en el ámbito de dicho contrato marco".

La aplicación de la anterior doctrina a la cláusula de sumisión de **arbitraje** controvertida determina que el recurso de apelación deba prosperar, pues tal y como establece la sentencia del T.S. antes transcrita, lo que debería haberse valorado, habida cuenta de que la referida cláusula fue establecida de forma unilateral y predispuesta por una de las partes en el contrato, y aunque el actor no pueda ser considerado consumidor, era si el demandante había aceptado someter o no a **arbitraje**, de manera clara e inequívoca aquellas pretensiones de la demanda que excedían de las que se contemplaban en la cláusula compromisoria, ésto es, aquellas que excedieran de las cuestiones relativas a la interpretación y/o ejecución de lo establecido en el contrato que vinculaba a las partes, como por ejemplo la nulidad de la cláusula decimocuarta, en lo relativo a la renuncia a cualquier tipo de indemnización, o la nulidad de la propia cláusula vigésima, pretensiones éstas, que evidentemente, por su alcance y naturaleza exceden y difieren de la interpretación y ejecución del contrato, habiéndose pronunciado también en esta misma línea los Autos de la A.P. de Vitoria de 29 de enero y 8 de abril de 2019.

Procede por todo lo expuesto estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Tomás y revocar la resolución dictada en primera instancia en el sentido de dejar sin efecto lo dispuesto en la misma, ordenando seguir la tramitación del procedimiento ordinario nº 547 de 2018 por sus trámites propios, al ser plenamente competente para el conocimiento y resolución del asunto el Juzgado de Primera Instancia que dictó la resolución recurrida.

**CUARTO.-** De conformidad con lo establecido en los artículos 394.1 y 398.2 de la LEC, se imponen a THE BYMOVIL SPAIN SLU las costas de la primera instancia y no se hace especial imposición de las costas devengadas en esta alzada.

**QUINTO.-** Devuélvase al recurrente el importe del depósito constituido para recurrir ( D.A. 15.8 de la LOPJ).

**VISTOS** los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Tomás contra el Auto dictado el día 4 de marzo de 2019, por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Bilbao, en el Juicio Ordinario nº 547 de 2018, y se revoca dicha resolución en el sentido de dejar sin efecto lo acordado en la misma, acordando en su lugar la continuación del procedimiento por sus trámites propios, al ser plenamente competente para su conocimiento y resolución el Juzgado de Primera Instancia, todo ello con imposición a la demandada THE BYMOVIL SPAIN SLU de las costas de la primera instancia, y no se hace especial imposición de las devengadas en esta alzada.

Devuélvase a Tomás el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Devuélvase los autos al Juzgado del que proceden con testimonio de esta sentencia, para su cumplimiento.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso.

Lo acuerdan y firman Sus Señorías. Doy fe.