

Id Cendoj: 50297370052010200029
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Zaragoza
Sección: 5
Nº de Recurso: 47/2010
Nº de Resolución: 63/2010
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JAVIER SEOANE PRADO
Tipo de Resolución: Auto

[Resumen:](#)

MATERIAS NO ESPECIFICADAS

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5
ZARAGOZA

AUTO: 00063/2010

A U T O núm. 63/2010

Ilmos. Señores:

Presidente:

D. JAVIER SEOANE PRADO

Magistrados:

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO

En ZARAGOZA, a doce de Febrero de dos mil diez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En esta Sección 005 de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA se sigue en grado de apelación, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1712/2009, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el ROLLO DE APELACIÓN núm. 47/2010, en los que aparece como parte apelante G---- -----, SA representado por el procurador D. IGNACIO TARTON RAMIREZ, y asistido por el Letrado D. JOSE RAMON ELRIO CARELA y como apelado BANCO BILBAO VIZCAYA, S.A. representado por el procurador D. JOSE ALFONSO LOZANO VELEZ DE MENDIZABAL, y asistido por el Letrado D. RAFAEL CASTELLANO LASA; y en fecha 28 de octubre de 2009 se dictó AUTO, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Acuerdo estimar la declinatoria interpuesta por la entidad BBVA y en consecuencia remitir a los Tribunales Arbitrales designados el conocimiento de la presente controversia, sin hacer expresa imposición de las costas del incidente".

SEGUNDO.- Notificado dicho Auto a las partes, por la representación procesal de G---- -----, S.A. se interpuso contra el mismo recurso de apelación; y dándose traslado a la parte contraria se opuso al mismo; remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los Autos y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado. No considerando necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 8 de febrero de 2010

CUARTO.- En la tramitación de estos Autos se han observado las prescripciones legales oportunas; siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JAVIER SEOANE PRADO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se oponen a los de la presente resolución y;

PRIMERO.- La mercantil G---- -----SA recurre el auto por el que juez de primer grado acoge la declinatoria por sumisión a arbitraje de dedujo la demandada, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, ante la demanda que la primera dedujo contra ella a fin de que fuera declarada la nulidad de cinco contratos de permuta financiera (contratos SWAP) por vicio en el consentimiento.

La demandada propuso la declinatoria en virtud de los pactos arbitrales concertados por los

litigantes en el contrato marco de fecha 25-6-2008 (*cláusula 15* de su anexo) que regía las operaciones entre ellos y en los contratos cuya nulidad se pide, y la actora se opuso a ella sosteniendo que los convenios arbitrales eran nulos por no ser la nulidad contractual susceptible de arbitraje y por ser contrarios a la L 7/1998, LCGC por abusivos, así como porque los convenios arbitrales no alcanzan a la discusión sobre la nulidad de los contratos, porque la articulación de la declinatoria implica que la demandada va contra sus propios actos, y, finalmente, porque es incongruente someter a arbitraje una nulidad de contrato por vicio del consentimiento. El juzgador de primer grado entiende que la recurrente no ostenta la condición de consumidor a los efectos de obtener la protección que dispensa la LGDCU, y que en el caso no se observa que el pacto de sumisión a arbitraje sea abusivo teniendo en cuenta que ha sido concluido entre profesionales que gozan de asesoramiento técnico y jurídico; que no cabe alegar falta de prestación de consentimiento al pacto arbitral, dado que fue reiteradamente manifestado en el documento marco y en los contratos cuya nulidad se pide; que la contratación mercantil no se encuadra dentro de las que por indisponibles no son susceptibles de arbitraje; y, finalmente, que no observa que la demandada haya ido contra los propios actos por la contestación que el Defensor del Cliente ha dado a la reclamación de otros clientes de la entidad bancaria demandada por razón de contratos similares a los litigiosos.

La entidad recurrente insiste en su recurso en todos y cada uno de los argumentos empleados para oponerse a la declinatoria propuesta de contrario.

SEGUNDO.- La recurrente insiste en la nulidad del pacto arbitral con base al *art. 8- LCGC* a la que se remite el *art 9.2 LA, L 60/2003* , para determinar la validez de los convenios arbitrales insertos en un contrato de adhesión.

Afirma que la renuncia a la facultad de ejercitar la acción civil de nulidad ante el fuero propio está prohibida por la *ley, afirmación que no respalda sino con dos afirmaciones complementarias, la primera* , que la nulidad de los contratos es una materia indisponible y como tal no arbitrable, y la segunda, que el pacto arbitral se nulo por abusivo.

Pues bien, en lo que atañe a primera de estas afirmaciones, es de señalar que el legislador ha optado por una potenciación de los medios alternativos de resolución de conflictos de una manera decidida, de lo que es claro exponente la LA de 2003, lo que ha supuesto una tendencia a ampliar las materias que pueden ser sometidas a tal modo de resolución extrajudicial. La nueva ley, al igual que la anterior, ha optado por acometer la regulación de esta materia con base al criterio de la disponibilidad de su objeto, y así lo explica en su exposición de motivos: "basta con establecer que la arbitrariedad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles", y lo recoge expresamente el *art. 2.1 LA* cuando dispone que "son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho", por lo que, en principio, el objeto del arbitraje es disponible cuando lo son los intereses y derechos en liza, sin que a ello obste la sujeción a normas de carácter imperativo, pues ello tan sólo supone que éstas han de ser aplicadas en la solución del conflicto, sean juzgados o tribunales ordinarios o sean tribunales arbitrales los que hayan de pronunciarse (SAP Madrid 255/2009 o AAP Toledo nº 83/2007), de ahí que sido considerados susceptibles de arbitraje los conflictos surgidos en ámbitos en que abundan normas de derecho necesario, como los contratos de arrendamientos urbanos (SAP de Madrid acabada de citar), o con la impugnación de acuerdos sociales (STS 30-11-2001 o 26-7-2003).

En el caso, el conflicto radica en la nulidad de unos contratos de permuta financiera en la que tan sólo se hallan comprometidos derechos económicos de dos entidades mercantiles, por lo que esta Sala no encuentra razón alguna por la que pueda concluir que la materia litigiosa se encuentra extramuros de la arbitralidad, con independencia de que la concreta pretensión que se ejercita sea la de nulidad de los contratos concertados entre ellas.

TERCERO.- En lo que atañe a la nulidad del convenio arbitral por abusivo, el *art. 9.2 LA se remite a la LCGC, L 7/1998* , cuyo *artículo 8.2 únicamente otorga significación a la abusividad de una cláusula* cuando el contrato se ha celebrado con un consumidor, como ha proclamado el TS en sentencias tales como la STS de 16-12-1998 , apartándose de otros precedentes, y el recurrente no reclama ni dice ostentar tal condición. En este mismo Sentido cabe citar también las SAP Madrid nº 110/2009 y 151/2009 . Pero es que además, como razona la primera de estas sentencia, calificar de abusiva una cláusula general por el mero

hecho de contener un pacto arbitral resulta insostenible y poco congruente con la potenciación que de esta figura se ha perseguido por parte del legislador con la *Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* y con el aval que dicha institución ha recibido en la jurisprudencia constitucional.

CUARTO.- Insiste nuevamente el recurrente que el convenio arbitral no incluye la nulidad de los contratos que lo contiene. Conforme al apartado 15 del anexo I contrato marco de 25-6-2008, Las partes acuerdan que, los conflictos o controversias que puedan surgir en relación con este contrato marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución se someterán a Arbitraje de derecho, en la estipulación 6 del contrato nº B00003059173 se reproduce dicho pacto a la letra, y lo mismo sucede con la estipulación 5 del contrato B00003116626, contratos estos que son los únicos que permanecen en vigor según resulta de los propios términos de la demanda.

Pues bien, de la lectura de la mencionada cláusula, dada su generalidad, no cabe excluir la nulidad de los contratos como ajena al pacto arbitral, a lo que no puede ser opuesto, como con detenimiento razona el juzgador de primer grado, que la nulidad del contrato implique la de la sumisión al arbitraje que contiene, pues la validez del convenio arbitral y la de contrato que lo alberga son cuestiones diferentes al ser ambos contratos separables, según se ocupa de recordar la exposición de motivos de la LA en su apartado V, y así lo dispone expresamente en el *art. 22 LA* cuando indica que "la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral".

QUINTO.- También insiste el recurrente en que la recurrida va contra sus actos propios al oponer la *cláusula arbitral como obstáculo al conocimiento de la demanda por el juez de primera instancia*. Tal aseveración no puede ser acogida. El acto contrariado por la recurrida según la apelante no ha sido realizado por aquélla, sino por el defensor del cliente, y como recuerda dicha parte en su contestación a la apelación, dicha institución actúa con independencia de las entidades bancarias, por lo que difícilmente sus actos pueden vincular a éstas en orden a la aplicación de la doctrina de los actos propios. (Oden Eco 734/2004).

SEXTO.- Finalmente, G---- -----SA reitera la incongruencia que opuso a la declinatoria en los siguientes términos "es decir, esta parte insta la nulidad del contrato por vicio en el consentimiento dado a todo el contrato. Sería completamente incongruente con los actos de esta parte que se solicite la nulidad de un contrato, y por ende de sus cláusulas, todas sin excepción, pero por otra lado se de consentimiento a una parte del contrato como pretende la demandada.

Para esta parte sería ir contra sus propios actos", argumento que reproduce literalmente en su escrito de apelación, y ciertamente esta Sala no acaba de comprender el significado de la incongruencia que se invoca, pero parece que se trata de la propia incongruencia de la parte recurrente, por lo que ninguna relevancia tiene en cuanto a la corrección de la resolución recurrida. Además, como razona la oponente al recurso, y dijimos más arriba, ninguna incongruencia implicaría acudir al arbitraje para pedir la nulidad de un contrato que contiene el compromiso de acudir a tal vía de solución de conflictos, pues ambos pactos son separables, y a los árbitros corresponde decidir también sobre la validez del pacto arbitral.

SÉPTIMO.- Las costas de esta alzada se rigen por el *art. 398 LEC*.

OCTAVO.- Conforme al la DA 15ª.8 LOPJ procede decretar la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino previsto en dicha adicional.

V I S T O S los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

LA SALA ACUERDA

desestimar el recurso de apelación formulado contra el auto de fecha 28-10-2009 dictado por el Ilmo. Sr. Titular del Juzgado de Primera Instancia nº 3 en los autos nº 1712/2009, que confirmamos en su integridad.

Imponemos las costas de esta alzada, así como la pérdida depósito constituido, al que será el destino legal, a la parte recurrente.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de Procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento Así, por este nuestro Auto del que se unirá testimonio al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.