

Roj: AAP L 132/2011
Id Cendoj: 25120370022011200016
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Lleida
Sección: 2
Nº de Recurso: 589/2010
Nº de Resolución: 21/2011
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: ANA CRISTINA SAINZ PEREDA
Tipo de Resolución: Auto

AUDIENCIA PROVINCIAL DE LLEIDA

Sección Segunda

Rollo nº. 589/2010

Procedimiento ordinario núm. 1038/2010

Juzgado Primera Instancia 5 Lleida (ant.CI-5)

AUTO nº 21/2011

Ilmos./as. Sres./as.

PRESIDENTE

D. ALBERT GUILANYA I FOIX

MAGISTRADOS

D. ALBERT MONTELL GARCIA

DÑA. ANA CRISTINA SAINZ PEREDA

En Lleida, a cuatro de marzo de dos mil once

La sección segunda de esta Audiencia Provincial, constituída por los señores anotados al margen, ha visto en grado de apelación, los autos de Procedimiento ordinario nº 1038/2010 seguidos ante el Juzgado Primera Instancia 5 Lleida (ant.CI-5), rollo de Sala número 589/2010, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha uno de octubre de dos mil diez dictada en el referido procedimiento. Es apelante la parte actora, Baldomero , representado por el Procurador RICARDO PALA CALVO y defendida por el Letrado Enric Rubio Gallart. Es apelada la parte demandada BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representado por el Procurador MONTSERRAT VILA BRESKO y defendido por el Letrado RAFAEL CASTELLANO LASA. Con la intervención del Ministerio Fiscal. Es ponente de este auto la Magistrada Doña ANA CRISTINA SAINZ PEREDA.

VISTOS,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva del indicado auto dice literalmente así: "**DISPOSO: Estimar l'al-legació de manca de jurisdicció d'aquest Jutjat per conèixer l'assumpte que ens ocupa, ja que el seu coneixement compet a la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid.**"

Desglosseu els documents aportats amb l'escrit de demanda

Contra aquesta resolució cap recurs de apel·lació davant l'Audiència Provincial de Lleida dins dels cinc dies següents a la notificació, prèvia consignació de 50 euros.

Així ho acorda i signa S.S^a, en dono fe.-"

SEGUNDO.- Contra la anterior Auto, la representació procesal de Baldomero formalizó recurso de apelación, que el Juzgado admitió y dio traslado del mismo a la otra parte, que lo impugnó. A continuación, remitió los autos a esta Audiencia Sección segunda.

TERCERO.- Una vez recibidos los autos, el Tribunal acordó formar rollo y designó Magistrado ponente, al que se entregaron las actuaciones para que, previa deliberación, propusiera a la Sala la resolución oportuna. Se señaló el día 25 de febrero de 2011 para la votación y decisión.

CUARTO.- En la tramitación de esta segunda instancia, se han observado las prescripciones legales esenciales.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Impugna la parte actora la resolución dictada en primera instancia que estima la declinatoria promovida por la entidad demandada y declara la falta de jurisdicción para conocer de la presente litis, por hallarse sometido el asunto a arbitraje

Con carácter previo al análisis del recurso, y por lo que se refiere a los documentos aportados por la parte apelada al amparo del *art. 271-2 de la LEC* cabe indicar, de conformidad con lo dispuesto en este mismo precepto (el tribunal resolverá sobre la admisión y alcance del documento en la misma sentencia) que aún tratándose de resoluciones judiciales de fecha posterior al auto recurrido ello no determina, sin más, la admisibilidad de su aportación en cualquier momento del proceso pues según dispone el referido precepto *debe tratarse de resoluciones "que pudieran resultar condicionantes o decisivas par resolver en primera instancia o en cualquier recurso"*, lo cual no puede predicarse de las resoluciones aportadas, que ni siquiera podrían considerarse como jurisprudencia menor sobre la cuestión debatida puesto que, excepto una de ellas, han sido dictadas por juzgados de primera instancia.

Por lo demás, tampoco es admisible la postura de la parte apelante que aprovecha el traslado conferido en base al precitado *art. 271-2 de la LEC* para introducir un nuevo pedimento, ahora referido a las costas, con argumentos que sólo podrían aplicarse a las derivadas del presente recurso puesto que las de primera instancia no se han impuesto a ninguna de las partes. Se trata, obviamente, de una pretensión inadmisibile, por extemporánea (*art. 456 de la LEC*), y además choca frontalmente con lo interesado en el escrito de interposición de recurso en el que solicitaba la estimación del mismo, desestimación de la declinatoria e imposición de costas a la parte demandada, sin hacer la más mínima alusión a las costas que pudieran derivarse ante una eventual desestimación del recurso.

SEGUNDO.- En el primer motivo de recurso alega el recurrente que la resolución recurrida efectúa una inadmisibile interpretación extensiva sobre el alcance del convenio arbitral ya que según el *art. 1.281 C.C* si la cláusula es clara y concreta ha de interpretarse según su tenor literal, y en este caso lo que se plantea no es una reclamación o cuestión que se derive de la interpretación o ejecución del contrato sino que lo que se plantea es la nulidad del mismo, por haber sido suscrito por esta parte bajo engaño y fraude, de modo que no cabe situarse estrictamente en la interpretación y ejecución directa del contrato sino que habrán de tenerse en cuenta lo actos anteriores, concomitantes y posteriores a la relación contractual.

El motivo así planteado no puede tener favorable acogida. Bajo la rúbrica "convenio arbitral" la *cláusula sexta del contrato establece en su párrafo primero* 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, de un único árbitro, en el marco de la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación de los árbitros de acuerdo con su Reglamento y Estatutos, sin más excepciones o derogaciones que las contempladas en la presente cláusula arbitral".

Visto el tenor literal del acuerdo arbitral no puede considerarse que la resolución recurrida infrinja las normas relativas a la interpretación de los contratos (*arts. 1.281 y siguientes C.C.*) al entender que dentro

de la cláusula también está incluida la controversia que se plantea sobre la nulidad del contrato. Nótese que lo que las partes decidieron someter a arbitraje no son sólo las cuestiones relativas a la ejecución del contrato (cumplimiento, o incumplimiento de obligaciones contractuales) sino también las referentes a la interpretación del mismo, y lo que se plantea en la demanda no es la nulidad radical y absoluta del contrato por inexistencia de los elementos esenciales (art. 1261 C.C.) sino la anulabilidad del mismo por la concurrencia de vicios en el consentimiento -falta de información por parte del Banco sobre la esencia y vicisitudes del contrato, según alega el actor en el hecho tercero de su demanda-, lo que necesariamente debe conectarse con la interpretación del contrato, y buena prueba de ello es que en la propia demanda se alude entre otras cuestiones al contenido del contrato y a la falta de concreción, claridad y sencillez de sus cláusulas, así como a su ambigüedad, sus irregularidades y las omisiones en que incurre (lo que no se especifica en su clausulado, debiendo hacerlo según aduce el actor), invocando expresamente en la demanda el art. 1.288 C.C., a efectos de que las cláusulas oscuras del contrato no puedan favorecer a la parte que ha ocasionado la oscuridad.

En el mismo sentido se pronuncian, en similares supuestos, los autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 5ª, de 12 de febrero de 2010 y de la Audiencia Provincia de Santa Cruz de Tenerife, sec. 3ª de 6 de julio de 2010, precisamente en relación con contratos de **permuta financiera** de tipos de interés suscritos con la misma entidad bancaria.

A lo anterior ha de añadirse que ningún obstáculo se aprecia para que el árbitro pueda pronunciarse sobre la controvertida nulidad contractual, ni siquiera aunque también se planteara la nulidad de la cláusula arbitral (como se ha hecho en este caso, y se ha descartado en el auto impugnado) pues como destaca la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje 60/2003 se trata de cuestiones diferentes e independientes, estableciendo el art. 22-1 una regla capital para el arbitraje cual es la separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal. Y así, de conformidad con dicho artículo los árbitros están facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del convenio arbitral, disponiendo este mismo destacando este precepto que el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo, de modo que la decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.

TERCERO.- En segundo lugar aduce el apelante que la juzgadora de instancia incurre en error al afirmar que ambas partes se encuentran en posiciones equivalentes pues aunque esta parte es profesional autónomo y había contratado con la entidad bancaria una línea de descuento y una póliza de crédito, lo que no puede afirmarse (como hace el auto impugnado) es que el contrato SWAP se encuentra vinculado a aquellos contratos, para así deducir que dicho contrato fue firmado en el marco de su actividad profesional cuando en realidad, dice el apelante, se trata de un contrato absolutamente independiente de los anteriores puesto que continúa vigente pese a que ya ha cancelado las otras operaciones crediticias, radicando el fraude o engaño de la entidad bancaria en ofrecer este contrato como si se tratara de un seguro o cobertura en relación con los productos financieros previamente contratados.

El argumento responde sin duda al particular e interesado criterio del recurrente pues lo cierto es que en la demanda se indicaban las relaciones contractuales crediticias suscritas con la entidad bancaria demandada dentro del marco de la actividad profesional del demandante, refiriéndose seguidamente al contrato de **permuta financiera** de tipos de interés suscrito con posterioridad y "aparentemente" vinculado a los anteriores. Según consta en el documento nº4 de los aportados con la demanda el cliente concierta esta operación con la finalidad de gestionar el riesgo de interés de sus deudas contraídas para satisfacer necesidades de su actividad empresarial o profesional y no necesidades suyas personales. Queda claro, por tanto, cual es la finalidad y el concreto ámbito (empresarial) en el que se encuadra este contrato, y no sólo porque así lo afirme la cláusula en cuestión sino, principalmente, porque es el demandante quien admite que suscribió el contrato con esa finalidad, si bien, pretende anularlo porque dice haber prestado el consentimiento sin haber sido debidamente informado. En consecuencia, la respuesta habría de ser la misma con independencia de cual fuera la suerte que finalmente haya de seguir el contrato (nulidad contractual o no) pues aún en el hipotético supuesto de que se admitiera la tesis del demandante ello no empece la efectiva vinculación del contrato cuestionado a la actividad empresarial del demandante.

Ha de mantenerse por tanto la conclusión sentada en la resolución recurrida, que conduce a descartar su condición de consumidor a tenor de lo previsto en el art.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Texto Refundido aprobado por Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre) según el cual son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional; y en concordancia con ello el art. 4 de esta misma Ley establece que se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional.

CUARTO.- La desestimación del recurso de apelación comporta la imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante (*art. 398-2 de la LEC*).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **D. Baldomero** contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº5 de los de Lleida en los autos de Juicio Ordinario nº1038/10 y **CONFIRMAMOS** la citada resolución, imponiendo las costas derivadas de este recurso a la parte apelante.

Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, a los oportunos efectos.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.