

Roj: AAP B 2229/2011  
Id Cendoj: 08019370162011200089  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Barcelona  
Sección: 16  
Nº de Recurso: 789/2010  
Nº de Resolución: 90/2011  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: JORDI SEGUI PUNTAS  
Tipo de Resolución: Auto

AUDIENCIA PROVINCIAL de BARCELONA

SECCIÓN DECIMOSEXTA

Rollo: 789/2010-B

**A U T O nº 90/2011**

Ilmos. Sres.

D. Agustín Ferrer Barriendos

D. Jordi Seguí Puntas

D<sup>a</sup>. Inmaculada Zapata Camacho

En Barcelona, a siete de abril de dos mil once.

VISTOS ante la Sección Decimosexta de lo Civil de la Audiencia Provincial de Barcelona en apelación admitida a la parte demandante y procedente del Juzgado de 1ª Instancia número 5 de Mataró en los autos de procedimiento ordinario número 258/10 seguidos a instancia de Carlos Ramón , representado en esta alzada por la Procuradora Doña Anna Maria Gómez Lanzas Calvo, contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA.representada por el Procurador D. Carlos Montero Reiter.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los del auto apelado de fecha 31 de mayo de 2010 dictado por el Juez de 1ª Instancia número 5 de Mataró en el procedimiento anteriormente reseñado y cuya parte dispositiva establece: "Que debo estimar y estimo la **declinatoria** presentada por **BBVA** contra Carlos Ramón , por estar la cuestión sometida a **arbitraje**, acordando la falta de jurisdicción de este Juzgado y el sobreseimiento del proceso. Todo ello con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia a la parte actora".

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandante, que fue admitido a trámite y remitidas las actuaciones a esta Audiencia Provincial fueron turnadas a la Sección 16ª, siguiéndose los trámites de la alzada con señalamiento de votación y fallo para el pasado día 1 de febrero.

VISTO siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jordi Seguí Puntas.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.** - La demanda rectora del presente litigio persigue la anulación del contrato de fecha 29 de octubre de 2007 suscrito entre Carlos Ramón y **BBVA** denominado de 'cobertura de tipos de interés', frente a lo que la entidad de crédito demandada opuso la **declinatoria** de jurisdicción *ex artículo 63 LEC, haciendo*

valer el pacto quinto del contrato por el que las partes se someten al **arbitraje** de derecho de la Corte de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid.

Dicha **declinatoria** fue acogida por el Juzgado en el auto apelado, tras apreciar la plena validez de ese convenio arbitral dado que el referido contrato bancario fue suscrito por Carlos Ramón en calidad de empresario y no de consumidor.

Se alza contra dicha apreciación la persona física demandante.

**SEGUNDO.-** Debe rechazarse la primera de las argumentaciones del recurrente conforme a la cual la controvertida cláusula arbitral no rige cuando lo pretendido es la denuncia por parte del cliente bancario de la validez del propio contrato.

Dicha *cláusula (pacto 5 del contrato litigioso)* establece, en lo que aquí interesa, 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, por 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. El lugar del **arbitraje** será en Madrid y el idioma el castellano [...]".

La generalidad de los términos con que las partes se someten al **arbitraje**, con exclusión de la jurisdicción de los tribunales del Estado, es manifiesta (*artículo 1281 I CC*), y revela la voluntad de los contratantes por que toda cuestión controvertida que pudiera ocasionar dicho contrato habría de ser dilucidada por el **arbitraje** corporativo al que se sometían expresamente.

**TERCERO.** - Indiscutiblemente, el contrato litigioso está sujeto a las prescripciones de la *Ley 7/98*, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC).

Baste un examen somero del mismo para advertir que lleva por título Stockpyme II - Fijo (modelo general para empresarios y profesionales), lo que se reafirma en el último *párrafo de su cláusula 3* a cuyo tenor "se advierte expresamente por el Banco que las cláusulas de este contrato han sido redactadas previamente por el mismo, por lo que [...] aquellas que no hayan sido objeto de una negociación específica, se consideren condiciones generales de la contratación", aunque de inmediato se añade que "dejan constancia los contratantes con el banco de su aceptación expresa de las mismas y de su incorporación al contrato, de conformidad con la *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación*".

En este orden de cosas, no es controvertido que el pacto 5 del contrato litigioso -denominado 'convenio arbitral'- está todo él prerredactado por la entidad de crédito aquí demandada, sin que contenga el mismo inciso alguno específico del caso.

Ahora bien, todo ello no significa más que ese convenio arbitral está sometido al control de inclusión de su contenido establecido por la LCGC, y que en caso de duda interpretativa, ésta debe resolverse a favor del adherente, profesional o consumidor, no del predisponente, forzosamente profesional (*artículos 2 LCGC y 9.2 Ley 60/2003*, de **arbitraje**).

Pero en el supuesto enjuiciado no se discute el pleno conocimiento por Carlos Ramón de ese pacto 5 del contrato, ni se ha suscitado más duda interpretativa acerca de su exacto alcance que la resuelta en el fundamento precedente.

**CUARTO.-** La verdadera controversia surge en relación con el carácter con que intervino en ese contrato financiero Carlos Ramón .

Si se resuelve -como defiende el recurrente- que lo hizo en calidad de consumidor, la cláusula de sumisión a **arbitraje** sería nula por abusiva de conformidad con lo dispuesto en la *disposición adicional primera de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU)*, en vigor en la fecha del contrato, a cuyo tenor son nulas por abusivas las cláusulas 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" (*el artículo 90.1 del texto refundido de la LGDCU aprobado por Decreto Legislativo 1/2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2007*, reproduce la norma a la que sustituye).

En una primera aproximación se diría que Carlos Ramón no actuaba como consumidor al obligarse con **BBVA** en octubre de 2007, puesto que el pacto 3 del contrato se inicia con la proclamación de que "el cliente manifiesta al Banco que: (i) concierta esta Operación con la finalidad de cubrir el riesgo de tipo de interés de sus deudas contraídas para la adquisición de bienes o derechos utilizados en su actividad económica empresarial o profesional".

Ahora bien, un examen más detenido de la cuestión permite alcanzar conclusiones bien distintas.

Para empezar, debe subrayarse que el texto contractual transcrito constituye también una condición general prerredactada por el banco, lo que impide considerar que las partes convinieran su voluntad en atención a un caso concreto. Es más, ni al plantear la **declinatoria** ni al contestar al recurso del demandante **BBVA** ha hecho más que remitirse al tenor de esa cláusula prerredactada.

El apelante admite ser un "pequeño empresario", dedicado profesionalmente a la explotación de un "modesto bar de barriada" en Mataró. Pues bien, no hay el menor rastro de deuda alguna de cierta importancia cuantitativa -distinta de los gastos corrientes- que hubiera contraído el señor Carlos Ramón en los últimos tiempos para la adquisición de bienes utilizados en su explotación comercial, lo que en principio permite descartar que tuviera la necesidad -o mera conveniencia- de precaverse del riesgo derivado de las oscilaciones del tipo de interés en esa clase de deudas.

Sí se acredita, en cambio, que en escritura de 13 de marzo de 2006 -año y medio antes del contrato financiero con **BBVA**- Carlos Ramón y su esposa Lourdes habían concertado con Caixa d'Estalvis de Sabadell un crédito de hasta 300.000 euros, de interés variable, del que dispusieron de inmediato, garantizado con la hipoteca sobre un inmueble (casa radicada en Argentona) perteneciente en una mitad indivisa a Lourdes por virtud de escritura de adjudicación de mayo de 2000 mientras que la otra mitad pertenecía al propio Carlos Ramón en virtud de compra de aquel mismo día. Se da la circunstancia de que el capital tomado en consideración en el contrato de 'cobertura de tipos de interés' para el cálculo de los términos financieros de la operación no es otro que el de 300.000 euros y que el tipo de interés fijo asignado por **BBVA** a su cliente en dicho producto financiero es de 4,55%, mientras que el interés establecido en la escritura de crédito de marzo de 2006 para las devoluciones posteriores a los 12 meses era un tipo de interés nominal anual variable en función de distintos parámetros a partir del tipo de 5,283%.

También consta acreditado que las liquidaciones del referido producto financiero se abonaban en el 'libretón **BBVA** de consumidor' de la sucursal de Mataró (oficina 4.159) con la que operaba Carlos Ramón .

En definitiva, vistas las circunstancias que rodearon la concertación del producto financiero litigioso (no consta que en octubre de 2007 Carlos Ramón hubiera de afrontar, en su condición de titular de un bar, deudas más allá de las ordinarias para la explotación del negocio; por el contrario, se ha acreditado su obligación de devolución frente a una entidad bancaria de un crédito de 300.000 euros contratado como mero consumidor, demandante de crédito), de las que se desprende la inexistencia de una sola razón por la que Carlos Ramón debiera precaverse de las variaciones del tipo de interés, cabe concluir que el aquí demandante actuó como consumidor de un producto financiero en la contratación con el **BBVA** del Stockpyme tantas veces referido, máxime cuando no hay noticia de que Carlos Ramón mantuviera con ese banco más relación que la derivada de la utilización de una libreta expresamente denominada de "consumidor".

**QUINTO.-** De conformidad con la estipulación 26ª de la *disposición adicional 1ª* LGDCU (actual *artículo 90.1* de su texto refundido), la cláusula de **arbitraje** enjuiciada entraña sin duda una restricción de las facultades procesales de Carlos Ramón , principalmente porque le priva del acceso a la tutela de los órganos jurisdiccionales estatales y subsidiariamente porque el **arbitraje** debería desarrollarse en Madrid, estando él domiciliado en Argentona, localidad próxima a Mataró, distante centenares de kilómetros de la capital española, como es notorio.

No cabe desconocer que el Tribunal de Justicia de la UE ha reafirmado en su sentencia de 4 de junio de 2009 (analiza la validez de un pacto de sumisión al fuero del domicilio del profesional en un contrato de servicios de telefonía entre una empresa húngara y una abonada, y cita otros precedentes como son las sentencias de 27 de junio de 2000, caso *Océano Editorial vs Murciano* , y de 26 de octubre de 2006, caso *Mostaza vs Milenium* ) las facultades de los jueces nacionales para examinar de oficio, particularmente en el marco del examen de la admisibilidad de la demanda, la abusividad de las cláusulas contenidas en contratos con los consumidores en cuanto dispongan de "los elementos de hecho y de derecho" necesarios para ello, con la única salvedad de que el consumidor, debidamente informado por el juez, renuncie a invocar esa abusividad.

Entiende el TJUE que esa conclusión se corresponde con una de las premisas de la *Directiva 93/13/CEE* (inferioridad del consumidor frente al profesional tanto en orden a la capacidad de negociación como en lo relativo al nivel de información), y se justifica ya que el designio del legislador comunitario por que la protección dispensada en esa directiva al consumidor tenga un efecto verdaderamente útil exige la atribución al juez de potestades que propicien la transformación del "equilibrio formal" de las partes en el contrato en "equilibrio real". Se da la circunstancia de que la transposición en el derecho interno español de esa *directiva comunitaria tomó cuerpo, en abril de 1998*, precisamente a través de la entonces novedosa LCGC y con la introducción en la ya vigente LGDCU del concepto de *cláusula abusiva, incluido un listado (disposición adicional primera LGDCU o lista negra)* de las que se consideraban estipulaciones abusivas más intolerables por frecuentes.

Buena prueba de la aversión del legislador hacia los convenios arbitrales distintos del sistema arbitral de consumo insertos a modo de condición general en contratos con consumidores, es que el legislador español aprovechó la *Ley 44/2006, de 29 de diciembre*, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, para establecer que aquellos convenios arbitrales sólo son válidos si se adoptan cuando el consumidor está en condiciones de evaluar correctamente el alcance de la decisión, esto es, "una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato", no antes (*artículo 31.4 LGDCU*, actual *artículo 57.4* del texto refundido).

En conclusión, la cláusula de **arbitraje** enjuiciada en la medida en que redundaba en una obstaculización de los derechos procesales del consumidor ha de ser anulada, con lo que se tiene por no puesta, de conformidad con el *apartado 2 del artículo 10 bis LGDCU* (actual *artículo 83.1* del texto refundido), lo que acarrea la desestimación de la **declinatoria** de jurisdicción planteada por **BBVA** en base a ella.

**SEXTO.** - Dado el sentido de la decisión que se adopta no se hace expresa imposición de las costas originadas por la **declinatoria** en la primera instancia, sin perjuicio de lo que haya de establecerse al respecto en la resolución que cierre el proceso al amparo de lo prescrito en el *artículo 394 LEC*, sin que tampoco haya lugar para hacer imposición de las costas causadas en esta segunda instancia (*artículo 398.2 LEC*).

## PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por Carlos Ramón contra el auto de fecha 31 de mayo de 2010 pronunciado por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Mataró, en los autos de que el presente rollo dimana, revocando íntegramente dicha resolución y, con desestimación de la **declinatoria** promovida por el banco demandado, acordamos la reanudación del juicio ordinario, todo ello sin imposición de las costas causadas en la presente alzada y con devolución del depósito al recurrente.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio del amparo constitucional.

Remítanse los autos al Juzgado de su procedencia con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así lo acordaron y firmaron los Ilmos. Magistrados arriba indicados, de lo que doy fe.