



Doña Isabel Pereyra

Sección Tercera de la Audiencia Provincial

Avda. Tres de Mayo nº3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 20 86 56

Fax.: 922 208655

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000228/2011

NIG: 3803842120100013899

Resolución: Auto 000088/2011

Procedimiento origen: Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0001167/2010

Órgano origen: Juzgado de Primera Instancia Nº 9 de Santa Cruz de Tenerife

Intervención:

Apelado

Interviniente:

BBVA S.A.

Abogado:

Isabel Gloria
Pereyra León

Procurador:

Alejandro F.
Obón Rodríguez
Yolanda Morales
García

Apelante

S.A.

AUTO



Ilmas. Sras.

Presidente

D^a. MARIA DEL PILAR MURIEL FERNANDEZ-PACHECO

Magistrados

D^a. MACARENA GONZALEZ DELGADO (Ponente)

D^a. CARMEN PADILLA MÁRQUEZ

En Santa Cruz de Tenerife, a cinco de mayo de dos mil once.

Dada cuenta;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos de Juicio Ordinario núm. 1167/2010 procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Santa Cruz de Tenerife con fecha diecisiete de enero de dos mil once, se dictó Auto cuya parte dispositiva literalmente copiada dice: "DISPONGO: Que estimando la declinatoria formulada por el BBVA S.A. debo abstenerme del asunto y sobreseer el proceso con condena en costas a S.A.".

SEGUNDO.- Contra esta última resolución, se interpuso recurso de apelación por la Procuradora D^a. Yolanda Morales García, en representación de la entidad mercantil Los Venezolanos, S.A.; tramitándose conforme a lo previsto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, presentando la parte contraria escrito de oposición, remitiéndose posteriormente los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de la parte por término de treinta días.





TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial, se designó como Ponente a la Ilma. Sra. Magistrada **D^a. Macarena González Delgado**; personándose oportunamente la parte apelante por medio de la Procuradora D^a. Yolanda Morales García bajo la dirección de la Letrada D^a. Isabel G. Pereira León, la parte apelada se personó por medio del Procurador D. Alejandro Obón Rodríguez bajo la dirección del letrado D. Julian Jiménez Quintana; señalándose para votación y fallo, el día cuatro de mayo del año en curso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Contra el auto dictado por el juzgado de instancia el 17 de enero del corriente año, que acuerda estimar la declinatoria formulada por la entidad demandada Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA y sobreseer el proceso con condena en costas a la actora la entidad Los Venezolanos SA, se alza el recurso de la actora impugnando dicho pronunciamiento, recurso al que se opone la parte demandada, pidiendo la confirmación de la resolución recurrida.

La recurrente alega como motivos de su recurso los siguientes a) la cláusula de arbitraje no refleja ni determina que pueda someterse a dicho procedimiento la nulidad contractual; b) se trata de un contrato de adhesión y por lo tanto, sometido a condiciones generales, por lo que dicha cláusula es abusiva y nula al haber sido redactada unilateralmente por una de las partes; y c) la recurrente tenía la consideración de consumidora al formalizar el citado contrato.

La cuestión planteada en este recurso ha sido resuelta por esta misma Sala en un caso semejante al ahora planteado, en el que coincide incluso la parte demandada, por lo que el presente recurso debe ser resuelto teniendo en cuenta lo señalado en el auto dictado el seis de julio de 2010 en el rollo 353/10, que se transcribe a continuación

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso el auto dictado por el Juzgado de 1^a Instancia que, resolviendo la cuestión declinatoria formulada por el demandado, declara su falta de competencia para conocer las acciones ejercidas en la demanda sobre nulidad o resolución de un contrato en el que las partes se sometieron a arbitraje, y acuerda abstenerse de conocer y sobreseer el proceso.

Recorre el demandante quien, tras mantener que el contrato objeto de litis es un contrato de permuta financiera de tipos de interés, alega: que en la cláusula de arbitraje no está contenida la cuestión referida a la nulidad de contrato; que la citada cláusula impuesta en un contrato de adhesión es nula máxime si se tiene en cuenta que el actor debe considerarse consumidor a los efectos de la protección especial que la ley le otorga; y que tanto el defensor del cliente como el servicio de atención al cliente de la entidad demandada consideran competente para resolver la cuestión planteada a los tribunales de justicia. El apelado solicita la confirmación de la resolución.

SEGUNDO.- Examinadas las actuaciones procede la íntegra confirmación de la resolución recurrida cuyos fundamentos deben darse por reproducidos para evitar reiteraciones innecesarias, sin que pueden prosperar los motivos del recurso.





TERCERO.- En primer lugar, no existe duda en el auto recurrido acerca de la naturaleza y características del contrato objeto de debate, que, efectivamente, no es de financiación sino de permuta financiera de tipos de interés. Sin embargo, no, por ello, los citados contratos no están vinculados a la financiación de la actividad empresarial o profesional de la demandada, ya que, tal como expresa la resolución recurrida, este contrato (de cobertura) "no tiene otra finalidad que dar cobertura o mitigar los riesgos de esos contratos" (de financiación). Tal afirmación deriva tanto del propio texto contractual- apartado 4. declaraciones del cliente- la operación se concierta " con la finalidad de gestionar el riesgo de tipo de interés de sus deudas contraídas para satisfacer necesidades de su actividad empresarial o profesional", como de los hechos narrados en la demanda : el segundo, donde la actora reconoce la formalización de determinados préstamos y créditos con la demandada; y el tercero, donde la actora detalla la subida de los tipos de interés pactados en los citados contratos con carácter variable, y cómo la demandada le ofreció el producto, contrato litigioso, como alternativa o solución "que le ayudase a mitigar los efectos de tales incrementos de los tipos de interés, y a fin de no verse perjudicada por tal coyuntura".

En atención a lo anterior debe también mantenerse que la actora carece de la condición de consumidor o usuario y consecuentemente no es sujeto protegido por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Y no lo es porque en el citado texto en su artículo 3 se establece que tienen tal condición : " A efectos de esta Norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional". Texto cuya mejor explicación y desarrollo se recoge en su propia exposición de motivos al decir: "Así, el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «personas jurídicas». El consumidor y usuario, definido en la Ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros".

En el presente caso el contrato de permuta financiera de intereses está vinculado al proceso empresarial de la actora, pues, como cobertura de los intereses pactados en su financiación como tal empresa, incide, aún si se quiere indirectamente, en la actividad de ésta, no siendo por tanto la destinataria final del producto, ya que el producto, la cobertura de intereses, está integrada en los medios de financiación de su actividad empresarial.

En igual sentido en el punto 4. Declaraciones del Cliente, del contrato, también el demandado manifiesta ser y debe entenderse que actuar, como una persona jurídica que ejerce una actividad económica.

Al carecer el demandante de la condición de usuario o consumidor no es aplicable al supuesto de autos el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, lo que determina la inexistencia de la causa de nulidad de la cláusula arbitral alegada en base a la misma.

CUARTO.- El motivo del recurso referido a que en la cláusula arbitral no está incluida la nulidad esgrimida por el actor, tampoco es apreciable, pues no tratándose de una nulidad radical y absoluta por inexistencia de los elementos esenciales del contrato, sino de causas de anulabilidad por vicios o defectos en lo citados elementos, tal como expresa la resolución recurrida, su apreciación deriva, necesariamente, de la interpretación y ejecución del contrato, por lo que, sin necesidad de transcribir la cláusula pactada, aportada como parte del contrato que la actora reconoce en su demanda haber suscrito, debe de mantenerse la voluntaria vinculación de las partes al arbitraje para la resolución del presente litigio.





La remisión a los tribunales de justicia que en su día pudieran haber realizado el defensor del cliente o el servicio de atención al cliente de la entidad demandada, no es vinculante, y en todo caso no es sino una remisión a los órganos competentes para resolver el conflicto denunciado, que en nada excluye la posibilidad, dada la voluntad de las partes, de que sean sustituidos por el sistema de arbitraje, y si bien ello determina excluir del control judicial el contrato, lo cierto es que el mismo es materia susceptible de arbitraje.

Sin embargo no es cierto que de ello se derive la privación del derecho de las partes a la tutela judicial efectiva pues no sólo las partes consintieron en el arbitraje, sino que también existen mecanismos para el control judicial del laudo. Al respecto el Pleno del Tribunal Constitucional ha establecido en su Sentencia 174/1995 : *“ Mediante el arbitraje, como dice el artículo 1 de la Ley 36/1988, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a Derecho. Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declaramos en nuestra STC 43/1988, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En ese sentido, tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el arbitraje se considera «un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)» (SSTC 15/1989, fundamento jurídico 9.º, y 62/1991, fundamento jurídico 5.º).”* Y la Sala 2 del mismo Tribunal en Sentencia nº 176/1996 dijo: *“Tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción (pero no su «equivalente jurisdiccional» arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995) legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del L.A. y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras).”*

SEGUNDO.- Resultando plenamente aplicables los razonamientos expuestos al recurso ahora planteado, en aplicación de los mismos, debe ser desestimado dicho recurso y confirmada la resolución recurrida.

TERCERO.- Las costas de esta alzada se imponen a la parte recurrente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398 de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA





1º.- Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la entidad S A.

2º.- Confirmar el auto dictado el 17 de enero de 2011 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de esta Capital.

3º.- Condenar al recurrente al pago de las costas de esta alzada.

Procede la pérdida del depósito, del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino previsto en la disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial.

Notifíquese la presente resolución a las partes, conforme determina el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Esta resolución es firme, devuélvanse los autos al Juzgado de Instancia, con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así por este nuestro auto, definitivamente juzgando, lo acuerdan, mandan y firman las Ilmas. Sras. Arriba referenciadas.

