

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 5 de OVIEDO

0065T0

C/ COMANDANTE CABALLERO N. 3 PLANTA 4

Tfno.: 985 96 87 46 Fax: 985 96 87 49

N.I.G. 33066 41 1 2011 0400038

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000252 /2011

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.4 de SIERO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000023 /2011

Apelante: ALBERTO SUAREZ ESPADA, SUSANA SANTIAGO ALVAREZ

Procurador: JOSE MARIA SECADES DE DIEGO, JOSE MARIA SECADES DE DIEGO

Abogado: JOSE ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO, D. JOSE ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO

Apelado: CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE

Procurador: PILAR ORIA RODRIGUEZ

Abogado: JESUS RIESCO MILLA

A U T O N° 60/11

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a treinta y uno de Mayo de dos mil once.

El recurso de apelación n° 252/11, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario n° 23/11, (Declinatoria de Jurisdicción), procedentes del Juzgado de Primera Instancia n° 4 de Siero, fue promovido por DOÑA Y DON , como demandantes en primera instancia, representados por el Procurador Don José María Secades de Diego y bajo la dirección del Letrado Don José Antonio Ballesteros Garrido, contra CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA (CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA), como demandada en primera instancia, representada por la Procuradora Doña Pilar Oria Rodríguez y bajo la dirección del Letrado Don Jesús Riesco Milla.

Siendo Ponente la Ilma. Sra. DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO.

HECHOS

**PRIMERO.-** En los autos de los que el presente rollo dimana, por el Juzgado de Primera Instancia n° 4 de Siero se dictó, con fecha diecisiete de marzo de dos mil once, Auto cuya parte dispositiva dice así: ACUERDO: "Dª. Mónica Casado Gobernado, Magistrada-Jueza del Juzgado de Primera Instancia e

Instrucción número cuatro de Siero ACUERDA declarar la incompetencia de este órgano judicial para conocer de la demanda de juicio ordinario formulada por

Y : contra CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA (LA CAIXA), estimando la declinatoria planteada, y acordando el archivo del procedimiento, pudiendo las partes ejercitar sus derechos ante los Juzgados de lo Mercantil de Oviedo."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de Doña Susana Santiago Álvarez y Don Alberto Suárez Espada, y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

### RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Por los actores, Don y Doña se promovió juicio ordinario frente a la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa) solicitando la nulidad del contrato concertado con la demandada el día 20 de octubre de 2.008, denominado "contrato de permuta financiera de intereses exclusivamente para consumidores", con obligación de restituirse recíprocamente todos los pagos efectuados en razón de esas operaciones con sus intereses legales, que a la fecha de la demanda se cifran en 5.409,82 €.

Basan los actores su pretensión en el art. 1.300 del CC en relación con los arts. 1.261 y siguientes del mismo cuerpo legal, alegando la existencia de error en el consentimiento provocado por la demandada y acotan con diversas sentencias de distintas Audiencias Provinciales, así como con la Ley del Mercado de Valores, el RD 629/1993 el 3 mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y normas de registro, citan asimismo la Ley 26/1988 de 29 de julio de disciplina e intervención de las entidades de crédito y finalmente señalan que es nulo también el contrato por aplicación del art. 80. 1 a) Del RDLeg. 1/2007 que aprueba el TR de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras Leyes complementarias, citando en el mismo sentido el art. 7 de la Ley 7/1998 de condiciones generales de la contratación.

Dado traslado de la demanda a la demandada la misma planteó una declinatoria de jurisdicción alegando que la cuestión planteada debía ser conocida por los Juzgados de lo Mercantil y cita al respecto, además de resoluciones de diversos Juzgados, el art. 86.2 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme al cual, según señala, se atribuye a los Juzgados de lo Mercantil con carácter imperativo la

competencia exclusiva y excluyente para conocer de las acciones relativas a las condiciones generales de la contratación, a la defensa de los consumidores y usuarios y a la publicidad. En consecuencia, dado que en el presente caso la parte actora acota entre otras normas con la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación, se estima que la competencia es de los Juzgados de lo Mercantil. En este mismo sentido se manifestó el Ministerio Fiscal al darle traslado de la cuestión planteada, consignando en su informe que el órgano competente para conocer de la presente demanda era el Juzgado de lo Mercantil.

La juzgadora de primera instancia, en su resolución de fecha 17 de marzo de 2.011, tras señalar la normativa en la que los actores basan su pretensión efectuó una interpretación del art. 86 Ter, apdo. 2º, letra d) de la Ley orgánica del Poder Judicial, conforme a la cual, y tras señalar que existían resoluciones judiciales diversas sobre el tema dado que es de aplicación la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, es competencia de los Juzgados de lo Mercantil, concluyendo que éstos "deben conocer de cualquier acción que se ejercite sobre la materia relativa a las condiciones generales de la contratación, cualquiera que sea la norma aplicable, cual es el presente caso, como se desprende de la completa y detallada fundamentación jurídica de la demanda considerada en su conjunto, y en especial de su Fundamento de Derecho octavo, demanda que ejercita la acción de nulidad de un contrato mercantil de adhesión que es el bancario de permuta financiera.". Frente a esta resolución interpusieron los actores el presente recurso de apelación.

**SEGUNDO.-** Como ponen de relieve las resoluciones judiciales citadas por una y otra parte el tema objeto de resolución en esta alzada no es pacífico; ahora bien, esta AP su Sec. 1ª, quien tiene encomendado entre otras materias el conocimiento en grado de apelación de los temas objeto de enjuiciamiento por los Juzgados de lo Mercantil, declaró en el auto de 9 de enero de 2.009, en un supuesto en el que se trataba de la nulidad de un contrato de permuta de intereses y en el que el Juez de Primera Instancia se había declarado incompetente por corresponder la competencia al Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, "para poder resolver sobre la cuestión de competencia planteada, si nos atenemos en primer lugar al apartado de la demanda denominado "plazo de ejercicio de la acción", puede deducirse que la única acción ejercitada sería la de responsabilidad contractual, ya que al folio 15 de la demanda se dice que "la presente acción de responsabilidad contractual se ejercita dentro del plazo legalmente establecido de quince años". Si atendemos, sin embargo, como parece lo más indicado, a los fundamentos jurídico materiales y en concreto al apartado "Fondo del asunto" (folio 15 de la demanda), nos encontramos con que se ejercitan conjuntamente dos acciones, la acción ya señalada de responsabilidad contractual del art. 1101 del Código Civil y concordantes y otra acción que denomina la entidad demandante, de nulidad e ilegalidad de los contratos "al utilizar términos inadecuados, produciendo error en mi representado por falta de información suficiente y adecuada".

Para averiguar cual es el fundamento jurídico de esta acción conjuntamente ejercitada con la de responsabilidad contractual, aparecen citados en la demanda diversos preceptos, en primer lugar la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores y el Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios; en un siguiente apartado se citan preceptos ya derogados como los arts. 10 y 10 bis de la Ley 26/1984 General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, que desde el 1 de diciembre de 2007 se encuentran regulados en los arts. 80 y siguientes del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, texto aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2007 de 16 de noviembre (BOE de 30 de noviembre de 2007). Finalmente y tras cita jurisprudencial sobre normas interpretativas de los contratos (arts. 1281 a 1289), aparece la Ley de Condiciones Generales de la Contratación con cita, ya al folio 25 de la demanda, de los arts. 8.1 y 5.4 de la citada ley, eso si, nuevamente junto con el derogado art. 10. 1 a) de la LGDCU.

**TERCERO.-** Ante la fundamentación jurídica en que se apoya la demanda, no resulta procedente atribuir al Juzgado de lo Mercantil la competencia objetiva cuando la acción en que se basa el Auto apelado se ejercita al menos conjuntamente con la acción de responsabilidad contractual, lo que es suficiente para considerar la competencia del juzgado de 1ª Instancia. Pero incluso en supuestos distintos que el presente, en los que se trataba únicamente de alegación conjunta de las acciones de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación con las de la Ley de Consumidores, algunas resoluciones de Audiencias provinciales se muestran aún más restrictivas a la atribución de competencia a los juzgados de lo mercantil, como la sección 4ª de esta Audiencia Provincial, en su sentencia de 12 de febrero de 2007 o la sentencia de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid".

En cuanto a la Sentencia de la Sec. 4ª de esta AP de 12 de febrero de 2.007, en la misma se señala, tras citar el art. 86 ter. 2 apartado d) conforme al cual los Juzgados de lo Mercantil tienen competencia para conocer de "las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia", que no se concretan cuáles sean esos casos y que en caso de duda operará la vis atractiva de la Jurisdicción Civil (art. 85.1 de la misma Ley), y añade "debe tenerse en cuenta que aquí se está cuestionando la validez de una cláusula no sólo al amparo de esa normativa específica sino también con invocación de los citados RD 515/1989 y Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que la normativa procesal no atribuye a otros Juzgados que no sean los civiles ordinarios de ahí que nada impida entrar en el examen de esta cuestión".

En razón a lo expuesto, y a la vista de la causa petendi que se expone en la demanda en la que se solicita la nulidad del contrato por concurrencia del error, procede estimar el recurso de apelación interpuesto, si bien dados los criterios diversos existentes en la materia y que evidencian las citas judiciales efectuadas por las partes procede no hacer expresa

declaración de las costas de primera instancia ni de las del recurso.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

ACUERDO

Estimar el recurso de apelación interpuesto por Doña \_\_\_\_\_ y Don \_\_\_\_\_ contra el auto dictado en fecha diecisiete de marzo de dos mil once por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Siero, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **REVOCA** y en su lugar se acuerda declarar la competencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Siero para el conocimiento del presente proceso.

No procede hacer expresa declaración respecto de las costas de ambas instancias.

Habiéndose estimado totalmente el recurso de apelación, conforme al apartado 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, **procédase a la devolución del depósito constituido por la parte apelante para recurrir.**

Contra esta resolución no cabe recurso.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. arriba referenciados, doy fe.

NOTA.- Se hace saber a las partes que en caso de preparar recurso de casación o extraordinario por infracción procesal contra la resolución que se le notifica, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta, apartados 1, 2, 3 y 6 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, e Instrucción 8/2009 del Secretario General de la Administración de Justicia, es necesario la constitución de un depósito, acreditado documentalmente, por las cuantías e identificados con los códigos siguientes:

04.- Extraordinario por infracción procesal.- 50 euros

06.- Casación.- 50 euros

Dicho depósito se efectuará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, abierta en Banesto, cuenta expediente 3310000012025211, haciendo constar en el campo del documento "concepto" que se trata de un "Recurso", seguido del código y tipo concreto del recurso de que se trate.

Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio).

LA SECRETARIO DE SALA

