



Roj: **AAP IB 172/2017 - ECLI: ES:APIB:2017:172A**

Id Cendoj: **07040370032017200060**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **25/05/2017**

Nº de Recurso: **128/2017**

Nº de Resolución: **77/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GABRIEL AGUSTIN OLIVER KOPPEN**

Tipo de Resolución: **Auto**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**PALMA DE MALLORCA**

**AUTO: 00077/2017**

N10300

PLAÇA DES MERCAT Nº 12

-

Tfno.: 971-71-20-94 Fax: 971-22.72.20

MSC

**N.I.G.** 07040 42 1 2014 0020401

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000128 /2017**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 21 de PALMA DE MALLORCA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000652 /2014

Recurrente: RESIDENCIA ALFARERIA SL

Procurador: ANTONIO FERRAGUT CABANELLAS

Abogado:

Recurrido: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S A

Procurador: JUAN REI **NO** SO RAMIS

Abogado:

**A U T O N U M. 77**

Ilmos. Sres.

Presidente:

Don Carlos Gómez Martínez

Magistrados:

Doña Gabriel Oliver Koppen

Doña Carmen Ordóñez Delgado

En Palma de Mallorca a veinticinco de mayo de dos mil diecisiete.



**VISTOS** por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 21 de Palma, bajo el número 652/2014, **Rollo de Sala núm. 128/2017**, entre partes, de una como demandante-apelante la entidad RESIDENCIA ALFARERÍA, S.L., representada por el procurador D. Antonio Ferragut Cabanellas y dirigida por la letrada D<sup>a</sup>. Isabel Ana Martorell Comas, y de otra, como demandada-apelada, la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representada por el procurador D. Juan Reinoso Ramis y dirigido por el letrado D. Mateo Juan Gómez.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. don Gabriel Oliver Koppen.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 21 de Palma se dictó resolución en fecha 15 de noviembre de 2015 en los referidos autos, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"DISPONGO: Estimar el recurso de reposición formulado por el Procurador de los Tribunales D. Juan Reinoso Ramis, en nombre y representación de BBVA, y en consecuencia, dejo sin efecto el Auto de 19 de enero de 2015, y ESTIMO LA DECLINATORIA DE FALTA DE JURISDICCIÓN DE ESTE JUZGADO, POR SUMISIÓN A **ARBITRAJE**".

**SEGUNDO** .- Contra la expresada resolución, y por la representación de la parte demandante se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y seguido el recurso por sus trámites, se señaló para votación y fallo el día 25 de mayo de 2017.

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

### RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** El auto de primera instancia declara la falta de jurisdicción para conocer de la pretensión de que se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés por llevar éste incorporada una cláusula de sumisión al **arbitraje** para los conflictos y controversias que pudieran surgir con relación a la interpretación, cumplimiento y ejecución del contrato.

Frente a esta resolución interpone recurso de apelación la parte demandante, en el que expone los siguientes argumentos:

- 1.- El contrato suscrito es de adhesión y de conformidad con lo que dispone el artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al artículo 9 de la Ley 69/2003 de **arbitraje**, no es válida la cláusula de sumisión a **arbitraje** en este tipo de contratos.
- 2.- Dentro del convenio arbitral no está incluida la acción que se ejercita, por la que se pretende la nulidad del contrato de permuta financiera. El convenio se pacta para la ejecución o interpretación del contrato.
- 3.- La cláusula de sometimiento a **arbitraje** en las condiciones, contenido, partes y resto de características debe declararse abusiva.
- 4.- La parte demandante tiene la consideración de consumidor. La contratación se realizó fuera del sector mercantil a que se dedica su empresa.

**SEGUNDO.-** Sostiene la parte recurrente que no cabe la sumisión a **arbitraje** en los contratos de adhesión, pues ello vulnera lo dispuesto en el artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en relación a la competencia territorial, establece que no será válida la cláusula de sumisión expresa incluida en un contrato de adhesión.

Sin embargo, el artículo 9 de la Ley 60/2003 de **Arbitraje**, prevé la inclusión del convenio arbitral en un contrato de adhesión y establece que la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato. De ahí que no pueda declararse la invalidez de la cláusula en los contratos de adhesión. En este sentido se pronunció este tribunal mediante auto de fecha 23 de marzo de 2016

**TERCERO.-** Sobre la extensión objetiva de la cláusula de sumisión a **arbitraje**, si incluye las cuestiones relativas a la nulidad del contrato, este tribunal ya se ha pronunciado en auto de fecha 14 de mayo de 2013, reproducido en el auto de 23 de marzo de 2016 :

*Sostiene el apelante que lo único que sometieron a **arbitraje** las partes fueron las discrepancias que pudieran surgir en la ejecución o la interpretación de contrato, sin incluir las controversias derivadas de la ineficacia del contrato, que constituye, precisamente, el objeto del presente litigio. Sin embargo, dada la generalidad de la cláusula, no cabe excluir la nulidad del contrato como ajena al pacto arbitral, pues dicho convenio no hace*



excepción alguna respecto del total contenido del contrato, y es evidente que para decidir sobre la nulidad de los contratos se hace necesario interpretar su naturaleza y su contenido, de modo que cualquier cuestión derivada de su ámbito y objeto corresponde ser resuelta mediante **arbitraje** de derecho privado, aparte de que la validez del convenio arbitral y la validez o nulidad del contrato de permuta financiera en la que se incluye son cuestiones bien distintas al ser ambos contratos separables, según se ocupa de recordar la Exposición de Motivos de la Ley de **Arbitraje** en su apartado V, y así lo dispone expresamente su artículo 22 cuando dice que "la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral".

Esa misma solución han adoptado en casos idénticos, entre otros, los autos de las Audiencias Provinciales de Asturias (Sección 7ª) de 2 de junio y 8 de julio de 2011, Zaragoza (Sección 5ª), de 12 de diciembre de 2010, Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) de 6 de julio de 2010 y Castellón (Sección 1ª) de 22 de febrero de 2011.

Por otro lado, no puede olvidarse que la cláusula de **arbitraje** de autos comienza con una referencia general a "los conflictos o controversias que puedan surgir" por lo que, aunque después se enumeren expresamente los relativos a la interpretación, cumplimiento y ejecución, no existe criterio para excluir los demás "conflictos y controversias" -entre otros, los relativos a la validez del contrato- que pudieran suscitarse.

Conforme al criterio ya expuesto procede la desestimación del motivo de apelación.

**CUARTO.-** La siguiente cuestión que plantea la parte es el carácter abusivo de la cláusula.

El artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, dispone que «Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención», y añade en su apartado 2 que «En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios» (referencia ésta última que debe entenderse hecha a los artículos 82 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por RDLeg. 1/2007 de 16 de noviembre). El artículo 90.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que «Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: 1. 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». Finalmente, el artículo 83.1 de éste mismo Texto Legal, establece que «Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas».

Ahora bien, el artículo 3 del TRLGDCU, en la redacción vigente en el momento de la contratación, considera como consumidores y usuarios a «las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». El Tribunal Supremo en sentencias como las de 30 de abril de 2015, 28 de mayo de 2014 o 10 de marzo de 2014 ha considerado que un contrato, aun integrado por condiciones generales, en el que el adherente no ostenta la condición de consumidor, queda excluido del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, y se debe aplicar el régimen general del contrato por negociación.

En consecuencia, procederá examinar si la demandante, al suscribir el contrato de autos, actuaba o no en el ámbito de su actividad profesional.

En el escrito de demanda se indica que la actividad social de la demandante es una residencia socio-asistencial, que solicitó un préstamo hipotecario para reformar la residencia para reformar la residencia y que fue con ocasión del mismo que una empleada les manifestó que era obligatorio suscribir lo que denominó un seguro de tipos, que fue el contrato suscrito.

La contratación de la permuta financiera lo es dentro del ámbito de la actividad empresarial, pues está íntimamente relacionada con la suscripción del préstamo hipotecario con el que se financiaba la reforma de la residencia.

Es conclusión de todo lo expuesto que procede la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la resolución recurrida en todos sus términos.

**QUINTO.-** Dado lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y siendo la presente resolución desestimatoria del recurso de apelación, serán a cargo de la parte apelante las costas causadas en esta alzada.

En virtud de lo que dispone la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por el número diecinueve del artículo primero 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, se acuerda la pérdida del depósito consignado para recurrir.

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la entidad RESIDENCIA ALFARERÍA, S.L., contra el auto dictado en fecha 19 de enero de 2015 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 21 de Palma en los autos del juicio ordinario de los que el presente rollo dimana.

En consecuencia, se confirma la resolución recurrida en todos sus términos, con imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada y pérdida del depósito consignado para recurrir.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ