



Roj: **SAP CR 739/2017 - ECLI: ES:APCR:2017:739**

Id Cendoj: **13034370022017100365**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ciudad Real**

Sección: **2**

Fecha: **30/06/2017**

Nº de Recurso: **464/2016**

Nº de Resolución: **205/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FULGENCIO VELAZQUEZ DE CASTRO PUERTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

CIUDAD REAL

SENTENCIA: 00205/2017

N10250

CABALLEROS, 11, PLANTA SEGUNDA

Tfno.: 926 29 55 25/55 98 Fax: 926295522

E05

N.I.G. 13039 41 1 2015 0001109

Rollo de apelación civil RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000464 /2016 -J.A.

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de DAIMIEL

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000529 /2015

Recurrente: BANKIA S.A.

Procurador: JOAQUIN MARIA JAÑEZ RAMOS

Abogado: MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ

Recurrido: Felix

Procurador: MARÍA LUISA RUIZ VILLA

Abogado: JOSE LUIS RUIZ-VALDEPEÑAS NOBLEJAS

S E N T E N C I A N° 205/17

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE:

D^a. CARMEN PILAR CATALAN MARTIN DE BERNARDO.

MAGISTRADOS:

D. IGNACIO ESCRIBANO COBO.

D. FULGENCIO VICTOR VELAZQUEZ DE CASTRO PUERTA.

D. JOSE MARIA TAPIA CHINCHON.

En CIUDAD REAL, a treinta de junio de dos mil diecisiete.



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 2ª, de la Audiencia Provincial de CIUDAD REAL, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 529/2015, procedentes del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de DAIMIEL, a los que ha correspondido el rollo de apelación civil 464/2016, en los que aparece como parte apelante, BANKIA S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JOAQUIN MARIA JAÑEZ RAMOS, asistido por la Abogada Dª. MARIA JOSE COSMEA RODRIGUEZ, y como parte apelada, D. Felix , representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. MARÍA LUISA RUIZ VILLA, asistido por el Abogado D. JOSE LUIS RUIZ-VALDEPEÑAS NO BLEJAS, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. FULGENCIO VICTOR VELAZQUEZ DE CASTRO PUERTA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Seguido el juicio por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Daimiel por el mismo se dictó Sentencia con fecha 14 de julio de 2016 cuya parte dispositiva dice:

QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta a instancias de D. Felix , representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Esperanza Gómez Bernal y asistido del Letrado D. José Luis Ruiz-Valdepeñas Noblejas contra BANKIA, S.A. representada por el Procurador de los Tribunales D. Ricardo de la Santa Márquez y asistida por Dª. Mª. José Cosmea Rodríguez y DECLARO NULAS, del contrato arrendamiento de servicios suscrito entre las partes el día 16 de diciembre de 2011:

A) LA ESTIPULACIÓN DECIMOTERCERA que establece que Las partes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión de reclamación que se produzca como consecuencia de la interpretación o ejecución del presente contrato o relacionado con él, directa o indirectamente, se resolverán definitivamente mediante arbitraje en el marco de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación de árbitro (un solo árbitro), de acuerdo con sus estatutos y reglamentos. Igualmente las partes hacen constar expresamente su compromiso de cumplir el laudo arbitral que se dicte. Con el fin de que el sometimiento a arbitraje pueda operar en la forma prevista por las partes, D. Felix renuncia expresa e irrevocablemente a instar el procedimiento judicial de jura de cuentas. El incumplimiento por D. Felix de esta renuncia dará derecho a BANKIA,S.A. a la indemnización que se fije en el procedimiento arbitral a que se refieren los párrafos anteriores y

B) DE LA ESTIPULACIÓN SEGUNDA APARTADO 3.2, SUBAPARTADO ii) el siguiente párrafo Los honorarios profesiones por la prestación de este servicio estarán comprendidos en los honorarios que se perciban como consecuencia de la actividad litigiosa en la recuperación de operaciones morosas, en los términos previstos en este contrato.

Se imponen las costas de esta instancia a la parte demandada.

Notificada dicha resolución a las partes, por el apelante Bankia S.A. se interpuso recurso de apelación y cumplidos los trámites correspondientes fueron remitidos a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, señalándose para el acto de la votación y fallo el **día 29 de junio de 2017.**

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se ejercita en la demanda acción dirigida a que se declare la nulidad de dos de las estipulaciones contenidas en el contrato de arrendamiento de servicios suscrito entre los litigantes el 16 de diciembre de 2.011, también denominado de asesoramiento profesional en derecho; en concreto, se impugnan las cláusulas decimotercera referida a la sumisión al arbitraje y la segunda, apartado 3.2, subapartado ii en cuanto regulan los honorarios a percibir en la prestación de servicios no relacionados con la recuperación de activos, consistentes en la defensa y dirección letrada en procedimientos derivados de reclamaciones de clientes contra bankia. La razón de ser de dicha pretensión se encuentra en que se trata de un contrato de adhesión, en el que el adherente es no consumidor, pero que incorpora condiciones generales de la contratación nulas por contrariar lo dispuesto en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. Planteada por la mercantil demandada de declinatoria de jurisdicción, en tiempo y forma, por la existencia de convenio arbitral es desestima mediante auto de 11 de enero de 2.016 acogiendo el juzgador a quo como propios los fundamentos jurídicos explicitados por el letrado de la parte actora. Formulado recurso de



reposición y tramitado el mismo mediante providencia de 21 de marzo de 2.016 se difiere su resolución a la sentencia dada la íntima vinculación que dice tener la misma con la cuestión de fondo debatida.

3. La sentencia impugnada, sin analizar ni rechazar el recurso de reposición en su día interpuesto, entra en el fondo del asunto y estima íntegramente la demanda. Considera que nos encontramos ante un contrato de adhesión no precedido de negociación bilateral sometido a la LCGC, en el que el actor no es consumidor sino un letrado en ejercicio, en el que las referidas estipulaciones contravienen los artículos 54.2 de la LECivil y el 7 del Código Civil y son nulas conforme al artículo 8.1 de la citada LCGC.

4. Frente a dicha resolución se alza la entidad demandada esgrimiendo en esencia dos motivos diferentes de impugnación. En primer lugar, falta de jurisdicción del orden civil por estar sometida la cuestión litigiosa al **arbitraje**. Error en la valoración de la prueba e infracción de los artículos 54.2 y 217 de la LECivil, 1255, 1281 y siguientes del CC, 2, 9.11.1 y 22 de la Ley de **Arbitraje** y 9 de la LOPJ y 24 de la CE. Y en segundo lugar, infracción del artículo 8.1 de la LCGC y 7 y 1255 del CC y de la jurisprudencia que los desarrolla.

5. Motivos que son rechazados por la contraparte oponiéndose a la incompetencia de jurisdicción y reiterando el carácter nulo, por contrarios a la ley y a la buena fe, de las estipulaciones discutidas.

SEGUNDO.- 1. Articulado el recurso en los términos expuestos procede abordar inicialmente la denunciada falta de jurisdicción sustentada en la existencia de la cláusula decimotercera del contrato que impone o establece el convenio arbitral.

2. Ningún obstáculo o impedimento de índole procesal se puede esgrimir en esta alzada para analizar la invocada falta de jurisdicción por la existencia de la citada estipulación toda vez que, como se ha expuesto en el anterior fundamento, la secuencia de actos procesales revela como la parte apelante articuló en tiempo y forma la declinatoria de jurisdicción, formuló ulteriormente recurso de reposición, que fue desestimado implícitamente, y, por ende, se encuentra facultada para reproducir, al amparo del artículo 66.2 de la LECivil, la falta de dicho presupuesto procesal en este instante.

3. La estipulación decimotercera del contrato literalmente dispone **ARBITRAJE** *Las partes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación que se produzca como consecuencia de la interpretación o ejecución del presente contrato o relacionado con él, directa o indirectamente, se resolverán definitivamente mediante arbitraje en el marco de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación del Arbitro (un solo Arbitro), de acuerdo con sus estatutos y reglamentos. Igualmente, las partes hacen constar expresamente su compromiso de cumplir el laudo arbitral que se dicte. Con el fin de que el sometimiento a arbitraje pueda operar en la forma prevista por las partes, D. Felix renuncia expresa e irrevocablemente a instar el procedimiento judicial de jura de cuentas. El incumplimiento por D. Felix de esta renuncia dará derecho a Bankia S.A. a la indemnización que se fije en el procedimiento arbitral a que se refieren los párrafos anteriores*. En similares términos figuraba otra cláusula idéntica en la estipulación duodécima del anterior contrato suscrito entre las partes el 1 de abril de 1.997.

4. Sobre esa base contractual, cuya existencia y contenido es asumido por ambas partes, el debate se circunscribe a determinar si la petición de nulidad de las citadas estipulaciones articulada en la demanda está incluida en la previsión de remisión al **arbitraje** reseñada.

5. Pues bien una interpretación literal de la misma revela que sus términos son claros y diáfanos, la voluntad de las partes fue y así se pactó que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación como consecuencia de la interpretación o ejecución del presente contrato o relacionado con él, directa o indirectamente, se resolverá mediante **arbitraje**, dando así cumplimiento a lo que dispone el artículo 9 de la Ley de **Arbitraje**.

6. En consecuencia si la extensión del **arbitraje** alcanza a todas las cuestiones derivadas del negocio dentro del contrato e incluye el análisis de la nulidad y también la de la validez de todas sus cláusulas necesariamente abarca la nulidad denunciada de alguna de ellas que debe ser resuelta asimismo mediante el **arbitraje**.

7. En tal sentido la Sala 1ª del Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en su sentencia de fecha 28 de abril de 1994: La validez de la sumisión a **arbitraje** de las materias sobre las que versa el contrato es plenamente válida y no puede negársele tal validez haciendo supuesto de la cuestión y negando eficacia al contrato, cuestión de fondo del asunto. Y sobre la posibilidad de plantear la nulidad del contrato en el seno del procedimiento arbitral también ha sido contemplada en el auto de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 23 de diciembre de 2004: Por ello, y con el fin de dar al convenio arbitral toda su eficacia, debe concluirse que, si las partes han sometido a **arbitraje** no sólo las cuestiones relativas al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales, sino también las relativas a la interpretación del contrato, debe entenderse que han sometido a **arbitraje** todas las cuestiones y controversias relativas al contrato, incluidas las referentes a los distintos grados de ineficacia del contrato y, por tanto, la relativa a la nulidad del contrato fundamentada en cualquier causa.... Por lo tanto, la nulidad del contrato tiene cabida como



cuestión comprendida en el ámbito objetivo de la cláusula arbitral, según resulta del tenor de su redacción, pero también por extensión y consecuencia necesaria del sometimiento a **arbitraje** de las controversias sobre interpretación o ejecución del contrato. Debemos entonces insistir en que la cuestión sometida a **arbitraje** se refiere a materias de libre disposición de las partes (artículo 2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje**), porque el contrato cuya nulidad se pretende está sujeto a la libertad de contratación, y las normas imperativas han de ser aplicadas igualmente por el colegio arbitral, al tratarse de un **arbitraje** de Derecho.

8. No obsta, lo anterior que se trate de un contrato de adhesión y alcance a la propia potestad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, tal y como expresamente prevé el artículo 22.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje** que literalmente señala Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral. Obsérvese que, de no existir dicha norma, bastaría con instar la nulidad de la cláusula que contiene el convenio arbitral para excluir la entrada en juego de la misma, lo que podría generar, sin duda, situaciones de fraude de ley, proscritas por la ley.

9. En efecto, el art. 9.2 de la Ley de **Arbitraje** dispone que *Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato* . Aunque resulte una obviedad no está de más recordar que un contrato de adhesión, tal y como cataloga el actor al suscrito entre las partes, no es nulo por ese solo hecho. Como no podía ser de otro modo, los contratos que incorporan condiciones generales predispuestas por una sola de las partes, la entidad financiera en nuestro caso (arts. 1.1 y 2.1 de la Ley 7/98, de 13 de abril) están sometidos a los principios de vinculación negocial proclamados por los arts. 1.089 , 1.091 y 1.256 CC y su ineficacia, en forma de no incorporación o nulidad (arts. 7 y 8 Ley 7/98) solo puede predicarse cuando sus cláusulas: 1º hubieran sido ocultadas al adherente, ya fuera consumidor o profesional, y ello desde una doble perspectiva: a.- física, cuando no hubiera tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de la celebración del contrato por no recibirlas o cuando no las hubiere firmado siendo necesario como prueba efectiva de su conocimiento y aceptación y b.- intelectual, cuando a pesar de tener el adherente a su disposición todo el clausulado general, las estipulaciones que lo conforman resulten ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles salvo, en cuanto a estas últimas, hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato. 2º puedan ser tildadas de abusivas conforme a las normas tuitivas de los consumidores y usuarios art. 8.2 de la Ley 7/98); lo que no es el caso, carácter que se autoexcluye el propia demandante.

10. Nos resta entonces examinar si la indicada estipulación decimotercera, que remite al **arbitraje** la resolución de los conflictos que pudieran surgir entre las partes, ha de ser ineficaz por resultar contraria a las previsiones contenidas en la Ley 7/98.

11. A juicio de la Sala ello no puede ser así por las siguientes razones:

A.- En general hemos de decir, siguiendo lo manifestado en el Auto dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, en fecha 12 de septiembre de 2.011 , que la remisión al **arbitraje** no implica en sí misma una ruptura de la buena fe negocial ni un abuso en perjuicio del justo equilibrio de las prestaciones pues se trata de una institución prevista por nuestro legislador como mecanismo eficaz para la resolución de conflictos. Significando otras resoluciones como el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, de 15 de marzo de 2.011 que : En lo que atañe a la nulidad del convenio arbitral por abusivo, el art. 9.2 LA se remite a la LCGC, Ley 7/1998 , cuyo artículo 8.2 únicamente otorga significación a la abusividad de una cláusula cuando el contrato se ha celebrado con un consumidor, como ha proclamado el TS en sentencias tales como la STS de 16-12-1998 , apartándose de otros precedentes, y el recurrente no reclama ni dice ostentar tal condición. En este mismo sentido cabe citar también las SAP Madrid núm. 110/2009 y 151/2009 . Pero es que además, como razona la primera de estas sentencias, calificar de abusiva una cláusula general por el mero hecho de contener un pacto arbitral resulta insostenible y poco congruente con la potenciación que de esta figura se ha perseguido por parte del legislador con la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje** y con el aval que dicha institución ha recibido en la jurisprudencia constitucional.

B.- Ya de manera particular observamos, por un lado, no solo que la misma aparece referida en el contrato bajo la rúbrica **ARBITRAJE** dónde se incluye expresamente sino que no aparece oculta, ni disimulada, y por otro, que el actor es profesional del derecho, letrado en ejercicio, por lo que no puede resultar ignorante o desconocedor de aquello que estaba firmando.



12. En definitiva, tratándose de materia disponible (art. 2 de la Ley de **Arbitraje**), y resultando de su lectura, dada su generalidad, que no cabe excluir la nulidad del contrato como ajena al pacto arbitral, pues la cláusula no hace excepción alguna respecto del total contenido del contrato, y es evidente que para decidir sobre la nulidad del mismo 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 arrendamiento de servicios 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.

13. Finalmente, resta por indicar que desde la óptica constitucional, no hay ningún problema en admitir la cláusula arbitral. La S.T.C. de 23-11-1995 nos dice: El derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el art. 24 CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por Jueces Tribunales, es decir, como señala el ATC 701/88 , por los órganos jurisdiccionales del Estado integrados en el Poder Judicial. Esta actividad prestacional en que consiste el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, permite al legislador, como hemos declarado reiteradamente, su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, pero también hemos dicho que esa facultad legislativa no puede incidir en el contenido esencial de ese derecho, imponiendo para su ejercicio o como declaramos en STC 185/87 - obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, sin que tal dificultad esté en algún modo justificada por el servicio a un fin constitucionalmente lícito. Del precepto cuestionado no puede decirse, ciertamente, que imponga un obstáculo arbitrario o caprichoso para acceder a la tutela judicial efectiva, pues responde, como destacan el Fiscal General y el Abogado del Estado, a la plausible finalidad de fomentar el **arbitraje**, como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía; pero al hacerlo de forma que no pueda eludirse más que a través de un convenio entre todos los interesados, establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial contrario al derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Mediante el **arbitraje**, como dice el art. 1 Ley 36/88 , 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 43/88 , 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). En resumen, desde la óptica constitucional la sumisión al **arbitraje** no impide ni menoscaba la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos.

14. En suma, ha de estimarse la invocada falta de jurisdicción al haber quedado sometida la cuestión planteada a **arbitraje** sin que sea un obstáculo para ello que se trate de un contrato de adhesión, según el art. 9.2 Ley de **Arbitraje** . En el mismo sentido se había pronunciado anteriormente el Tribunal supremo en auto de 21 de septiembre de 2.004 , si bien bajo la vigencia de la anterior Ley de **Arbitraje** indicando textualmente CUARTO.- Se plantea por la oponente a la declinatoria que el contrato es de adhesión, sometido a su firma con abuso y sorprendiendo su buena fe, diciendo a tal fin el art. 5.2 de la Ley que se aplica, que si el convenio arbitral se ha aceptado dentro de un contrato de adhesión, la validez de este pacto y su interpretación se acomodarán a lo prevenido por las disposiciones en vigor respecto de estas modalidades de contratación, que lo serán la Ley de Competencia Desleal, 3/1991, de 10 de enero, en la redacción dada por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, para las que la modulación de tales contratos se hará conforme a los principios de la buena fe y a la correspondencia y correlación entre las prestaciones. No puede entenderse que se ha abusado de la buena fe y del sistema de contratación proporcional, en el contrato de que se trata, firmado por un letrado en ejercicio.

15. Consecuencia de lo anterior es el éxito del recurso con revocación de la sentencia impugnada y estimación de la declinatoria formulada oportunamente por Bankia declarando la incompetencia de esta jurisdicción civil por estar sometida a **arbitraje** la cuestión litigiosa.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.2 de la LECivil procede no efectuar especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta alzada e imponer las ocasionadas en primera instancia a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación



FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación legal de Bankia S.A. contra la sentencia dictada con fecha 14 de julio de 2.016 en los autos 529/2.015 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Daimiel y revocamos íntegramente la misma, estimando asimismo la declinatoria planteada por la referida entidad, declaramos la incompetencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de la cuestión planteada en la demanda promovida por D. Felix , todo ello con expresa imposición a la parte actora de las costas ocasionadas en primera instancia y sin hacer especial imposición en cuanto a las causadas en esta alzada.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEMOJ