



Roj: **ATS 1727/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:1727A**

Id Cendoj: **28079110012016200518**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/03/2016**

Nº de Recurso: **3276/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a dos de Marzo de dos mil dieciséis.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. La representación procesal de la entidad **FASACI**, S.L. presentó escrito de interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada, con fecha 5 de octubre de 2012, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5ª), en el rollo de apelación nº 369/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 878/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Avilés.

2. Mediante diligencia de ordenación de 30 de noviembre de 2012, se acordó la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes ante este Tribunal por término de treinta días.

Han comparecido la procuradora Dª María José Rodríguez Teijeiro en nombre y representación de la entidad recurrente **FASACI**, S.L., y el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter en nombre y representación de CAIXABANK, S.A. como parte recurrida.

3. Por providencia de fecha 24 de junio de 2015 se puso de manifiesto a las partes personadas ante esta Sala la posible concurrencia de causas de inadmisión de los recursos, derivadas de que la sentencia recurrida, al estimar la declinatoria de jurisdicción por sometimiento a arbitraje, no examinó el fondo de la controversia.

La representación procesal de la mercantil recurrente presentó escrito exponiendo las razones por las que los recursos debían ser admitidos; la representación procesal del banco recurrido presentó escrito mostrando su conformidad con la existencia de las causas de inadmisión cuya posible concurrencia se puso de manifiesto por esta Sala.

4. Por providencia de fecha 16 de septiembre de 2015 se puso de manifiesto a las partes personadas ante esta Sala la posible concurrencia de causas de inadmisión del recurso de casación por inexistencia de interés casacional y del recurso extraordinario por infracción procesal, dada su improcedencia derivada de la inadmisión del recurso de casación y por carencia manifiesta de fundamento.

La representación procesal de la mercantil recurrente ha presentado escrito exponiendo las razones por las que los recursos debían ser admitidos; la representación procesal del banco recurrido ha presentado escrito mostrando su conformidad con la existencia de las causas de inadmisión cuya posible concurrencia se ha puesto de manifiesto por esta Sala.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Marin Castan.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Son antecedentes necesarios para resolver sobre la admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal los siguientes:



1. La sentencia recurrida se ha dictado en segunda instancia, vigente la reforma efectuada en la LEC por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, en la regulación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, en un juicio ordinario seguido por razón de la cuantía, en el que esta no fue fijada en cuantía superior a 600.000 euros, por lo que es susceptible de recurso de casación en la modalidad de existencia de interés casacional y de recurso extraordinario por infracción procesal según lo establecido en la d. final 16ª LEC .

2. La demanda rectora del proceso, interpuesta por la mercantil hoy recurrente, tenía por objeto la nulidad de un contrato de permuta financiera (swap) de suscrito el 22 de septiembre de 2008, por existencia de error en el consentimiento.

3. El banco demandado formuló declinatoria por sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje y, desestimada, la sentencia de primera instancia estimó la demanda.

4. El banco demandado recurrió en apelación reproduciendo el debate relativo a la falta de jurisdicción por sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje y la sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación y estimando la declinatoria formulada por el banco demandado declaró la incompetencia de jurisdicción por sometimiento de la cuestión a arbitraje.

5 La mercantil demandante ha interpuesto los recursos de casación, por la vía del ordinal 3º del art. 477.2 LEC en sus modalidades de oposición a la jurisprudencia de esta Sala y existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, y extraordinario por infracción procesal.

El escrito de interposición se inicia con unas alegaciones previas sobre el carácter recurrible de la sentencia impugnada y la existencia de interés casacional; el recurso de casación se articula en dos motivos y el recurso extraordinario por infracción procesal se desarrolla en tres motivos, cuyos contenidos en lo esencial plantean las siguientes cuestiones:

En el motivo primero de casación se alega la infracción de " *diversos preceptos* " de la Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre y se plantea que si se admitiese la validez de la sumisión al arbitraje ante el Tribunal Arbitral de Barcelona, el árbitro sería -de acuerdo con el reglamento de ese Tribunal Arbitral- un licenciado en derecho que, a juicio de la recurrente, no tiene la capacidad para resolver la controversia planteada, por lo que la cláusula sería nula; además se transcribe una parte de un artículo doctrinal relativo a la inclusión de cláusulas de sumisión a arbitraje en contratos de adhesión entre empresarios, del que destaca parte de su contenido mediante subrayado, y se concluye que " *Por lo que por estas razones debe ser declarada nula y no considerarse, por lo tanto, aplicable al presente procedimiento* " .

En el motivo segundo de casación, se alega la infracción del preámbulo, los artículos 8 y 9.2 y la d. adicional cuarta de la Ley 7/98 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación , y se argumenta sobre el carácter abusivo de la cláusula de sumisión a arbitraje, que obliga a la mercantil demandante -cuyo carácter de consumidor se defiende- a salir de su territorio para someterse al tribunal arbitral en Barcelona con vulneración de los principios de igualdad de partes y del derecho al juez natural; entiende la recurrente que, como condición general, la cláusula de sumisión provoca un desequilibrio entre las partes contratantes, y se sanciona con la nulidad absoluta cuando se produce en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios; tras citar algunas resoluciones de diversas Audiencias Provinciales y sentencias del Tribunal Supremo, se expone que aunque la mercantil demandante " *no sea consumidor en los términos más puros del RD Legislativo 1/2007* " esto no debe suponer que quede desamparada frente al banco que ha impuesto las condiciones, ya que es una empresa formada por un solo empleado que es su representante legal y se cita una sentencia de una Audiencia Provincial sobre el concepto de consumidor.

En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal, en el motivo primero, formulado al amparo del art. 469.1.1º de la LEC , se denuncia la infracción de normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional citándose como preceptos infringidos los arts. 45 y 51.1 LEC , por entender que al ser nula la cláusula relativa a la sumisión de la cuestión a arbitraje serían competentes los tribunales ordinarios; en el motivo segundo se denuncia la vulneración del art. 217 LEC ya que entiende la mercantil recurrente que no se ha probado su voluntad someterse al convenio arbitral ni que conociera el alcance del contrato; y en el motivo tercero se denuncia la infracción de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE ya que se niega al recurrente el acceso a la tutela judicial efectiva y al juez ordinario predeterminado por la Ley.

Segundo.- La sentencia contra la que se han interpuesto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, formulados de forma conjunta por la misma parte litigante, se ha dictado, en segunda instancia, en un juicio que accede al recurso de casación en su modalidad de existencia de interés casacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 477.2.3º LEC . Esto implica que en aplicación de la d. final 16ª.1.5ª. II LEC debe examinarse en primer término si se ha acreditado la existencia del interés casacional que



determina el carácter de recurrible en casación de la sentencia impugnada, ya que de no ser así la no- admisión del recurso de casación comporta la improcedencia del recurso extraordinario por infracción procesal.

Tercero.- El recurso de casación no puede ser admitido, por inexistencia de interés casacional (arts. 477.2.3º y 483.2.3º LEC), según se razona a continuación.

1) En las alegaciones efectuadas en el escrito de interposición con carácter previo a la exposición de los motivos de casación -bajo la rúbrica "Del interés casacional de la sentencia recurrida"- no se ha justificado la existencia de interés casacional en ninguno de los dos aspectos invocados:

a) Por lo que se refiere a la modalidad de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, debe concluirse que del contenido de las sentencias de esta Sala citadas y transcritas en parte no deriva la vulneración de criterio jurisprudencial, ni encuentra en ellas apoyo la tesis de la mercantil recurrente.

La tesis enunciada es que la nulidad del contrato debe ser examinada por los tribunales porque, de ser estimada, devendría improcedente cualquier declaración sobre el convenio arbitral incluido en el contrato declarado nulo (fue este en lo esencial el criterio aplicado por el juzgado de primera instancia para desestimar la declinatoria finalmente estimada por la sentencia hoy recurrida). Pues bien, las dos primeras sentencias citadas -relativas a la nulidad del contrato- no examinan problema jurídico alguno derivado de la petición de nulidad de un contrato en el que se haya incluido una cláusula de sumisión a arbitraje y las dos últimas sentencias citadas se refieren al alcance del convenio arbitral y su necesaria aceptación inequívoca por las partes y a la interpretación contractual.

Ante un problema jurídico específico como lo es el planteado -en definitiva, la no operatividad objetiva de la cláusula de sumisión a arbitraje en las controversias sobre nulidad del contrato en el que se contiene- no basta la cita de sentencias de las que -de forma más o menos tangencial- quiera la parte recurrente ver un apoyo a su tesis. Ninguna de las resoluciones citadas examina la cuestión planteada, por lo que no queda de manifiesto la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

b) En cuanto al aspecto de existencia de criterios contradictorios de las Audiencias Provinciales, en estas alegaciones iniciales solo se transcriben en parte sentencias de diferentes Audiencia Provinciales, por lo que lo primero que debe decirse es que no basta para acreditar la existencia de esta modalidad del interés casacional con la transcripción (con alguna parte destacada mediante subrayado) de sentencias, ya que no es función de esta Sala averiguar dónde se encuentra la posible contradicción de criterios (AATS de 22 de enero de 2013, rec. 598/2012 , y 23 de abril de 2013, rec. 73/2013 , entre otros), y es carga de la parte recurrente ponerlo de manifiesto, expresando con claridad el tema jurídico controvertido, cómo se produce la contradicción de criterios y la doctrina que solicita a la Sala que sea fijada, en especial cuando -como es el caso- se trata de resoluciones que examinan el alcance de cláusulas de sumisión a arbitraje no idénticas.

Para agotar la respuesta a este apartado del recurso, debe precisarse que de la lectura de los pasajes de las sentencias citadas y transcritas en parte no deriva la existencia de criterios contrapuestos sobre una cuestión jurídica, sino que solo se advierte que estamos ante sentencias que resuelven de manera distinta diversos procesos según la interpretación dada en cada una de ellas a la cláusula de sumisión que en concreto se examina. Así en las dos primeras (una de ellas la ahora recurrida) se estima la falta de jurisdicción de los tribunales civiles porque se llega a la conclusión de que la cláusula comprende la sumisión a arbitraje de la decisión sobre la nulidad del contrato; mientras que la tercera entiende excluida la petición de nulidad (porque en el caso concreto la cláusula de sumisión solo se refería las discrepancias sobre interpretación, cumplimiento y ejecución del contrato). Finalmente, la última de las sentencias citadas trata un tema jurídico diferente a las anteriores, pues examina la posibilidad de apreciar el carácter abusivo de una condición general en contratos celebrados entre profesionales o empresarios, por desequilibrio de posiciones, según las características específicas que tenga la concreta contratación, en el marco de la regulación de las obligaciones y contratos en el CC y en el CCom.

Así pues, no queda acreditado la existencia de criterios contrapuestos entre Audiencias Provinciales sobre cuestión jurídica alguna.

2) En cuanto al motivo primero -prescindiendo de que se mezclan alegaciones sobre dos cuestiones muy distintas- no se pone de manifiesto el interés casacional, el motivo se desarrolla como un escrito meramente alegatorio.

Sobre la primera cuestión planteada -la nulidad de la cláusula arbitral porque, de acuerdo con el reglamento del Tribunal Arbitral de Barcelona, se designará como arbitro a un licenciado en Derecho y no a un abogado en ejercicio como impone el art. 15.1 de la Ley de Arbitraje - la sentencia recurrida no se ha pronunciado; no es posible denunciar en un motivo de casación la infracción de normas aplicables a una cuestión jurídica que no



ha sido analizada por la sentencia recurrida. De manera que, si la mercantil recurrente sostuvo en el recurso de apelación lo que ahora plantea debió pedir el complemento de la sentencia de segunda instancia al amparo del art. 215 LEC para que se pronunciara al respecto, pues difícilmente pueden vulnerarse unos preceptos cuyo alcance no ha sido examinado (AATS de 9 de septiembre de 2015, rec. 867/2013 y rec. 2746/2012).

Respecto a la segunda cuestión planteada, nos encontramos frente a una transcripción de parte de un artículo doctrinal sobre la nulidad de pleno derecho de la cláusula arbitral incluida en las condiciones generales cuando concurren ciertos requisitos y frente a una manifestación de la mercantil recurrente que tan solo expresa " *Por lo que por estas razones debe ser declarada nula y no considerarse, por lo tanto, aplicable al presente procedimiento* ", por lo que una vez más debe reiterarse que es carga de la parte recurrente poner de manifiesto el interés casacional. Si lo que sostiene la mercantil recurrente es que, desde la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, el empresario adherente puede instar la nulidad de la cláusula de sometimiento a arbitraje o su no incorporación al contrato, así ha debido expresarlo acreditando la existencia de interés casacional; la mercantil recurrente ni siquiera indica qué aspecto del interés casacional invoca, ni qué sentencias de las mencionadas en otros apartados del escrito de interposición lo pondrían de manifiesto, si es que es el caso.

3) El motivo segundo constituye una amalgama de alegaciones y de transcripción de partes de sentencias de diversas Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo, en el que tampoco se expone con la claridad exigible qué aspecto del interés casacional se invoca, sobre qué temas jurídicos y como entiende la mercantil recurrente que se produce.

En consecuencia, vistas las alegaciones y el contenido de las sentencias que se destaca por la recurrente no puede apreciarse la existencia de interés casacional que justifique su admisión, ya que el criterio seguido por la sentencia recurrida para negar la condición de consumidor a la demandante se ajusta a la doctrina de esta Sala (STS de 18 de junio de 2012, rec. 46/2010) y el criterio seguido por dicha sentencia para no declarar el carácter abusivo de la cláusula de sumisión a arbitraje en el marco de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación no se opone a la doctrina de esta Sala (STS de 30 de abril de 2015, rec. 929/2013).

En definitiva, no se ha justificado que la sentencia recurrida al no considerar una posible aplicación extensiva o analógica de la protección que el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios a la mercantil demandante se oponga a la doctrina de esta Sala. La única resolución -de entre todas las citadas en el motivo- en la que encuentra apoyo la tesis de la recurrente es el auto nº 49/2001, de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 14 de mayo de 200, que se transcribe en el motivo, y no es indicativo por sí mismo de la existencia de criterios contradictorios entre Audiencias.

Cuanto se ha expuesto impide tener en consideración las alegaciones de la mercantil recurrente efectuadas en el trámite de audiencia previo a esta resolución.

Cuarto.- La inadmisión del recurso de casación determina la improcedencia del recurso extraordinario por infracción procesal conjuntamente interpuesto, por aplicación de la d. final 16ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5ª, párrafo segundo LEC .

Además, dicho sea para agotar la respuesta al recurso, concurre la causa de carencia manifiesta de fundamento prevista en el art. 473.2.2º LEC , ya que, en lo esencial el motivo primero es una reiteración de las cuestiones que sobre el carácter abusivo e interpretación de la cláusula de sumisión se han planteado o mencionado en el recurso de casación, el motivo segundo se refiere a la carga de la prueba sobre un tema no examinado en la sentencia recurrida (como es el desconocimiento del alcance del sometimiento a arbitraje) y en el motivo tercero no se hace sino incidir en las cuestiones ya planteadas en motivos anteriores y en el recurso de casación.

Quinto. - La inadmisión de los recursos implica las siguientes consecuencias:

1. Por aplicación de los artículos 483.4 LEC y 473.2.III LEC, debe declararse la firmeza de la sentencia recurrida.
2. La pérdida del depósito constituido de conformidad con lo establecido en la d. adicional 15ª, apartado 9, LOPJ .
3. La imposición a la mercantil recurrente de las costas de los recursos.

Sexto.- De conformidad con lo previsto en el artículo 208.4 LEC procede declarar que contra este auto no cabe recurso alguno por así establecerlo los artículos 483.5 y 473.3 LEC .

LA SALA ACUERDA



1º) No admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de la mercantil **FASACI**, S.L. contra la sentencia dictada, con fecha 5 de octubre de 2012, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5ª), en el rollo de apelación nº 369/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 878/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Avilés.

2º) Declarar firme dicha Sentencia.

3º) La pérdida de los depósitos constituidos.

4º) Imponer las costas de los recursos a la parte recurrente.

5º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, previa notificación de esta resolución por este Tribunal a las partes comparecidas ante esta Sala.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ