



Roj: **SAP BA 33/2015 - ECLI:ES:APBA:2015:33**

Id Cendoj: **06083370032015100011**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Mérida**

Sección: **3**

Fecha: **20/01/2015**

Nº de Recurso: **390/2014**

Nº de Resolución: **7/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUANA CALDERON MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BA 33/2015,**
STS 4091/2017

AUD.PROVINCIAL SECCION N.3

MERIDA

SENTENCIA: 00007/2015

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ

SECCIÓN TERCERA

MÉRIDA

S E N T E N C I A NÚM. 7/14

ILMOS. SRES.

MAGISTRADOS:

DOÑA JUANA CALDERÓN MARTÍN (PONENTE).

DON JESÚS SOUTO HERREROS.

DOÑA FIDELA LEONOR CERCAS DOMÍNGUEZ.

=====

Recurso Civil núm. 390/2014

AUTOS: JUICIO ORDINARIO núm. 236/2012.

Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Castuera.

En Mérida, a veinte de enero de dos mil quince.

VISTOS en trámite de apelación ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial los Autos nº 236/2012, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Castuera, siendo partes: como apelante, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., representado por el Procurador Sr. López Ramiro, y defendido por el Letrado Sr. Bernal Martínez; como apelado, **AGROFORESTAL LOMA ROMERA S.A.**, representado por el Procurador Sr. López Ramiro, y defendido por el Letrado Sr. Martínez Collantes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Se aceptan en cuanto son relación de trámites y antecedentes los de la sentencia apelada que con fecha 10 de marzo de 2014 dictó la Sra. Juez de Primera Instancia núm. 1 de Castuera .



SEGUNDO. La referida sentencia contiene el siguiente FALLO:

"ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador Sr. López Ramiro, en nombre y representación de la entidad **AGROFORESTAL LOMA ROMERA S.A.**, frente a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., y, en consecuencia, declaro la nulidad del contrato "swap" o permuta de tipo de interés de uno de abril de 2.008, debiendo procederse a la restitución a la actora del cargo de 20.603,30 euros, (VEINTE MIL SEISCIENTOS TRES EUROS CON TREINTA CÉNTIMOS), dicha cantidad devengará el interés legal desde la fecha de la presente resolución. Cada parte correrá con las costas procesales causadas a su instancia y con la mitad de las comunes".

TERCERO. Contra dicha sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado a la parte contraria para su impugnación o adhesión; por la representación de **AGROFORESTAL LOMA ROMERA S.A.**, se presentó el correspondiente escrito de impugnación del recurso y también se impugnó la sentencia. Tras el oportuno traslado de dicha impugnación a la contraparte, y presentado escrito de oposición a la impugnación, se remitieron los autos a este Tribunal, donde se formó el rollo de Sala, que fue seguido por sus trámites.

CUARTO. En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTO siendo ponente la Ilma. Sra. Magistrado DOÑA JUANA CALDERÓN MARTÍN.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. La sentencia apelada estima parcialmente la demanda presentada por **Agroforestal Loma Romera S.A.** y, tras declarar la nulidad del contrato nominado "Confirmación de SWAP" suscrito con la entidad BBVA el 1 de abril de 2008 - la copia obra a los folios 124 a 129 de los autos, aportada por la parte actora, y, en original, aportado por la demandada, a los folios 166 a 171-, dispone que la demandada proceda a la restitución a la actora del cargo de 20.603,30 euros, más el interés legal desde la fecha de la sentencia. Desestima la pretensión de la demandante en lo que hace a la condena solicitada en concepto de daños y perjuicios, por importe de 2.360,34 euros.

Frente a dicha resolución se plantea recurso de apelación por la demandada BBVA, que, en primer lugar, reitera en esta alzada la declinatoria de jurisdicción, por sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, conforme autoriza el artículo 66.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, declinatoria que fue desestimada en la instancia; subsidiariamente, en cuanto al fondo, mantiene igualmente su inicial pretensión desestimatoria de la demanda, denunciando error en la valoración de las pruebas que llevó a la juzgadora a quo a apreciar un, a decir de la apelante, inexistente error en el consentimiento contractual. Por su parte, a demandante **Agroforestal Loma Romera S.A.** impugna el pronunciamiento de la sentencia que desestima su reclamación por daños y perjuicios.

SEGUNDO. La primera cuestión sobre la que ha de pronunciarse la Sala es, por tanto, la cuestionada jurisdicción de los tribunales civiles para resolver el litigio.

La cláusula sexta del contrato de "Confirmación de SWAP", contiene un Convenio Arbitral, cuyos párrafos primero y segundo dicen: "Las Partes acordamos que, los conflictos o controversias que puedan surgir en relación con este Contrato Marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución se someterán a Arbitraje de Derecho.

Los aspectos procesales del Arbitraje se regirán por el Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid, salvo en lo expresamente previsto en esta Confirmación".

La juzgadora a quo desestimó en su momento la declinatoria de jurisdicción por entender que la cláusula en cuestión, y por tanto, el Convenio Arbitral, no estaba suscrito por la actora, señalándose que la firma de la administradora y representante de **Agroforestal Loma Romera S.A.** no aparece ni en la cláusula que establece el arbitraje, ni tampoco en ningún otro folio del contrato, sino en un folio aparte (Auto de uno de octubre de 2013, que desestima el recurso de reposición planteado por BBVA contra el auto de 7 de abril de 2013 en el que rechazaba la declinatoria de jurisdicción). No comparte la Sala esta argumentación, pues la firma de la representante de la actora aparece en el último de los folios del contrato cuya nulidad declara la propia sentencia; es cierto que en ese último folio solo está la mencionada firma junto al nombre completo de aquella, pero hay que tener en cuenta que el documento contractual no está firmado en todas sus páginas por las partes, sino solo al final del conjunto del clausulado, y las páginas están numeradas de la 1 a la 6, con la referencia en todas ellas del NIF de la mercantil demandante, y si la firma en cuestión se encuentra en el último folio ello se debe sencillamente a que no hay espacio suficiente en la página inmediatamente anterior, habiendo reconocido finalmente la firmante que dicha firma es la suya. Por lo demás, como señala la parte apelante, la misma sentencia da por cierto el hecho de que actora y demandada firmaron el contrato de Confirmación de Swap el 1



de abril de 2008, es decir, está considerando que las firmas que obran al final de las cláusulas contractuales lo son de todo el contenido de contrato que en el fallo se declara nulo, contrato en el que está inserta la sumisión a arbitraje. Es cierto que en la grabación de la conversación previa al contrato no se menciona el arbitraje, pero la pretensión de nulidad de la actora no se refiere a esa negociación o conversación previa, sino al contrato ya por escrito y firmado, al final de sus cláusulas, por las partes, incluida la representante de la actora.

TERCERO. A continuación debemos plantearnos si la cuestión de fondo del litigio, es decir, la nulidad del contrato y las consecuencias que de ella derivan, estaría contemplada como supuesto dentro del contenido de la cláusula de sumisión arbitral, lo que niega la apelada.

Esta misma Sección, ya se pronunció en un supuesto prácticamente idéntico en Sentencia de fecha 11 de febrero de 2014, en línea, por cierto, con la doctrina mayoritaria de las Audiencias Provinciales (AP Tenerife en Autos 6 de julio y 14, de diciembre de 2.010, y 5 y 20 de mayo de 2.011; AP Zaragoza Auto 12 de febrero de 2.010; AP Murcia, Auto 15 de marzo de 2.011; AP Castellón Auto 25 de marzo de 2.011; AP Barcelona Auto 30 de junio de 2.011; AP Lleida Auto 4 de marzo de 2.011; AP Oviedo Autos 15 abril, 18 mayo y 20 de Junio de 2.011; AP Gijón Auto 2 de junio de 2.011; AP León Auto 23 de febrero de 2.011; AP Valencia Autos 14 de marzo y 25 de mayo de 2.011, y AP Burgos Auto 7 de junio de 2.011) que se inclinan por estimar la declinatoria de jurisdicción al haberse sometido las partes al arbitraje, tal y como consta en la correspondiente cláusula del contrato, y aun en el supuesto de que se esté postulando la nulidad del propio contrato.

Ha de partirse aquí de que la entidad mercantil actora carece de la condición de consumidor a los efectos de la posible aplicación del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, pues la operación de swap se concertó como vinculada o relacionada con el contrato de préstamo hipotecario que se destinó a la adquisición de una finca rústica, sin duda afecta a la actividad propia de la mercantil demandante (para cubrir los riesgos de la subida de los tipos de interés aplicables al préstamo hipotecario). Por tanto no cabe analizar la nulidad de la cláusula de arbitraje desde la perspectiva del derecho de los consumidores, ni siquiera desde el punto de vista de su posible abusividad por estar incorporada a un contrato de adhesión; en cualquier caso, el arbitraje, en tanto supone un sistema de resolución definitiva de conflictos entre las partes, sin que de tal cláusula se derive un importante desequilibrio en las prestaciones, pues obliga por igual a una y a otra parte contractual, habiendo señalado el Tribunal Constitucional que la institución del arbitraje no es contraria ni vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución, en tanto la decisión arbitral está sometida legalmente, si las partes lo postulan, a revisión judicial.

Y, como apuntamos, el contenido de la cláusula de sumisión a arbitraje está claro al referirse a cualquier cuestión litigiosa derivada del contrato o, como se afirma en la estipulación 6º, "Las Partes acordamos que, los conflictos o controversias que puedan surgir en relación con este Contrato Marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución se someterán a Arbitraje de Derecho"; y para analizar la posible nulidad por vicio del consentimiento, o, más concretamente, por un eventual error en el consentimiento derivado esencialmente de la insuficiente información acerca del riesgo y consecuencias asumidos por el cliente de la entidad bancaria, ha de analizarse sin duda el contenido del contrato, interpretarse sus cláusulas para así, en definitiva, poder concluir si se trata o no de un producto de alto riesgo y si la información que se ofreció fue o no suficiente para afirmar o negar eficacia al consentimiento prestado.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Asturias, en los autos de la Sección Séptima de 8-7-2.011 y 2-6-2.011, afirma lo siguiente: " Tampoco pueden pretender las apelantes que la cuestión suscitada en la demanda (nulidad de los contratos de permuta financiera por vicios en el consentimiento) no esté afectada por la cláusula de sumisión a arbitraje, pues la cláusula 6ª de los contratos contiene la sumisión a arbitraje de «todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del presente contrato u operación relacionada con él, directa o indirectamente», y de la lectura de la mencionada cláusula, dada su generalidad, 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 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" (en idéntico sentido se pronuncian, en interpretación de la misma cláusula, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, de 12 de febrero de 2.010, Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, de 6 de julio de 2.010, y Castellón, Sección 1ª, de 22 de febrero de 2.011). "

Criterio que también sostiene la Audiencia Provincial de Cáceres en sentencia de 11 de Septiembre de 2.013, al señalar que: "de la lectura de la cláusula arbitral, dada su generalidad, no cabe excluir la nulidad de los contratos



como ajena al pacto arbitral. En efecto, el objeto del convenio arbitral cuestionado abarca las relaciones contractuales derivadas del contrato suscrito por las partes y las controversias relativas a la interpretación y ejecución de las obligaciones derivadas de dicho contrato. En concreto, 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 a la ejecución de las obligaciones contractuales, sino también las referentes 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 mismo y, por tanto, la relativa a la nulidad del contrato..."

"...La cláusula en cuestión es manifestación del poder de disposición de las partes en orden a la exclusión de los órganos jurisdiccionales del Estado en una materias de derecho disponible, disposición que ha sido potencialmente admitida por *nuestro Tribunal Constitucional (STC 136/2.010)* que ha señalado la conexión de esa facultad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de modo que el convenio arbitral es apto para expresar "la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación, contractual o no contractual. En definitiva, la generalidad de los términos con que las partes se someten al arbitraje, con exclusión de la jurisdicción de los tribunales es evidente, y revela la voluntad de los contratantes de que toda cuestión controvertida que pudiera ocasionar dicho contrato sea dilucidada por el arbitraje al que se sometían expresamente".

La estimación de la declinatoria hace que no debamos pronunciarnos sobre la impugnación de la sentencia que planteó la parte apelada, en cuanto se refería a una pretensión indemnizatoria que derivaría, directamente, de la inicial y principal acción de nulidad, y, por tanto, también sometida a arbitraje.

CUARTO. En consecuencia y conforme a lo expuesto, el recurso de la entidad BBVA ha de ser estimado para, con revocación de la sentencia impugnada y estimación de la declinatoria formulada oportunamente por la demandada, declarar la incompetencia de esta jurisdicción civil por estar sometida a arbitraje la cuestión litigiosa, sin hacer especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas tanto en la primera instancia (ya que, aunque mayoritaria, no es uniforme la doctrina jurisprudencial al respecto), como en esta alzada, de conformidad con lo establecido en los artículos 394.1, y 398.2, respectivamente, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y con devolución a la entidad recurrente del depósito constituido, en aplicación de lo prevenido en la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Tampoco las costas derivadas de la impugnación de la sentencia se imponen a ninguna de las partes, en tanto no ha sido objeto de examen debido a la estimación del recurso de la entidad demandada BBVA.

VISTOS los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

QUE ESTIMANDO EL RECURSO DE APELACIÓN presentado por la representación procesal de contra la sentencia dictada en fecha 10 de marzo de 2014, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Castuera, en los autos de JUICIO ORDINARIO núm. 236/2012, **REVOCAMOS LA CITADA RESOLUCIÓN**, y con estimación de 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 **AGROFORESTAL LOMA ROMERA S.A.**, por encontrarse tal cuestión sometida a arbitraje, sin hacer especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en ambas instancias.

No ha lugar ha pronunciarse sobre la impugnación de la sentencia planteada por **AGROFORESTAL LOMA ROMERA, S.A.**, por quedar la pretensión también sometida al arbitraje, sin hacer expresa imposición de las costas de la impugnación a ninguna de las partes.

Conforme a lo resuelto en esta resolución, dése al depósito que, en su caso, se hubiere constituido para recurrir, el destino previsto en la Disposición Adicional 15ª LOPJ.

Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y con certificación literal a expedir por la Sra. Secretaria de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro-registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno. Sólo se admitirán los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, si se fundan en los motivos y supuestos previstos, respectivamente, en los artículos 469 (en relación con la Disposición Final 16ª LEC) y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los que conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y que, en su caso, deberán interponerse por escrito ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días hábiles siguientes al de su notificación.



Conforme a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, la admisión a trámite de recursos contra las resoluciones judiciales así como el recurso de revisión de las resoluciones dictadas por el secretario judicial, precisará de la constitución de depósito en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente de algunos de los anteriores. Deberá acreditarse la constitución de dicho depósito en cuantía legal (25 euros en revisión y reposición, 30 euros en queja, y 50 euros en apelación, rescisión de sentencia firme a instancia del rebelde, extraordinario por infracción procesal, casación, incluido el de casación para la unificación de doctrina, y revisión), haciendo constar en el correspondiente resguardo de ingreso, en el apartado concepto, que se trata de un recurso civil, con indicación de su clase y de la clave bancaria que tiene asignada.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ