



Roj: **AAP T 40/2019 - ECLI:ES:APT:2019:40A**

Id Cendoj: **43148370012019200015**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **03/01/2019**

Nº de Recurso: **56/2017**

Nº de Resolución: **16/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DEL PILAR AGUILAR VALLINO**

Tipo de Resolución: **Auto**

**Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Tarragona. Civil**

Avenida Presid. Lluís Companys, 10 - Tarragona - C.P.: 43005

TEL.: 977920101

FAX: 977920111

EMAIL:aps1.tarragona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 4314847120148003260

**Recurso de apelación 56/2017 -U**

Materia: Recurso contra sentencia P.O.

**Órgano de origen: Juzgado Mercantil nº 1 de Tarragona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 359/2014**

Parte recurrente/Solicitante: SERRA EXCLUSIVES IMMOBILIARIES, S.L.

Procurador/a: Maria Jesus Muñoz Perez

Abogado/a: JOANANDREU REVERTER GARRIGA

Parte recurrida: CAIXA BANK S.A.

Procurador/a: Francesc Franch Zaragoza

Abogado/a: FRANCESC TORRES VALLESPI

**AUTO Nº 16/2019**

**ILMOS. SRES.**

**Presidente**

D. Antonio Carril Pan

**Magistrados**

D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar Aguilar Vallino

D. Manuel Horacio García Rodríguez

En Tarragona a 3 de enero de 2019.

Visto ante la Sección Primera de esta Audiencia Provincial el Recurso de Apelación interpuesto por Serra Exclusives Inmobiliaries SL representada por la Procuradora Sra. Muñoz y defendida por el Letrado Sr. Reverter Garriga siendo parte apelada Caixabank SA representada por el Procurador Sr. Franch Zaragoza y defendida



por el Letrado Sr. Torres Vallespí contra el Auto del Juzgado Mercantil de Tarragona en fecha 17 febrero 2016 dictado en Juicio Ordinario nº 359/2014.

## HECHOS

**PRIMERO.-** SE ACEPTAN los Antecedentes de Hecho del Auto recurrido, que estima la declinatoria por estar sometida la cuestión a **arbitraje**, declarando la falta de jurisdicción de ese Juzgado para conocer de la demanda interpuesta.

**SEGUNDO.-** Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación solicitando su revocación para que se desestime la declinatoria y se declare la competencia del Juzgado Mercantil, con imposición de costas a la entidad financiera demandada.

Admitido se dió traslado a la parte apelada que se opuso al recurso solicitando la confirmación del Auto apelado.

**TERCERO.-** Recibido el procedimiento en esta Audiencia previos los trámites procedentes, se señaló deliberación y votación con el resultado por unanimidad que se expresa.

VISTO, siendo Ponente la Iltrma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar Aguilar Vallino.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre contra la resolución que, de conformidad con los arts. 39 y 65.2 segundo párrafo de la L.E.C., estima la Declinatoria por sumisión a **arbitraje**, interesando el sometimiento de la cuestión litigiosa a los Tribunales ordinarios y la continuación del procedimiento iniciado con la demanda.

El Auto apelado remite al **arbitraje**, en virtud de la cláusula insertada en el contrato de operación financiera-swap que somete al **arbitraje** institucional de derecho cualquier cuestión litigiosa derivada de este contrato, considerando que, al tratarse de una sociedad mercantil que no tiene la cualidad de consumidora si contrató dentro del marco de su actividad empresarial, no cabe la alegación sobre la abusividad de la cláusula porque no se puede aplicar ni la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ni el T.R. Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios.

La parte demandante impugna este pronunciamiento alegando que la Ley 7/98 de CGC también es aplicable a profesionales no consumidores para declarar la nulidad de una condición general. Es atendible esta alegación sobre la aplicación de esta ley a profesionales; no así del TRLGDCU en cuya virtud no cabe referencia la abusividad de un pacto cuando no se trata de un consumidor. Para que la persona jurídica tenga la protección de la normativa de consumidores es preciso que actúe en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial.

La cláusula compromisoria obliga a acudir a **arbitraje**, sin que sea óbice para ello el que esté inserta en un contrato de adhesión. Tal como ha establecido reiterada jurisprudencia, aunque se trate de una condición general predispuesta en un contrato de adhesión, vincula a quien la admitió y suscribió según las normas y controles de la ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación a que se remite el art. 9 L.A. cuando se encuentra en un contrato de adhesión.

**SEGUNDO.-** Alega el recurso que la cuestión de la nulidad no puede quedar sometida a **arbitraje** en virtud de la cláusula arbitral incluida en el contrato porque precisamente la pretensión es la nulidad de esta cláusula. En los anteriores procedimientos se pedía la nulidad de los contratos de swaps, quedando resueltos mediante Declinatoria. Aquí se solicita respecto de la cláusula de **arbitraje**.

El convenio arbitral y el contrato en el que se contiene son pactos diferentes, de manera que la nulidad de cada uno de ellos son cuestiones separables según dispone expresamente el art. 22 Ley **Arbitraje** "la nulidad del contrato no entraña por sí sola la nulidad del convenio arbitral". Lo explica la ley en el p. V de su E.M.: "El artículo 22 establece la regla, capital para el **arbitraje**, de que los árbitros tienen potestad para decidir sobre su competencia. Esta regla abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio no depende de la del contrato principal"

La cláusula inserta en el contrato, determinando la sumisión a **arbitraje** de cualquier cuestión, no excluye la nulidad de la cláusula pretendida porque esta cuestión entra dentro de la competencia de los árbitros.

**TERCERO.-** La ley regula la cuestión planteada de determinar si, ante la impugnación de la cláusula de **arbitraje**, debe ser la jurisdicción ordinaria quien conozca de su validez o si, por el contrario, corresponde al procedimiento arbitral esta determinación. En el citado apartado V de su E.M. sigue diciendo: "...los



árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral. Además, bajo el término genérico de competencia han de entenderse incluidas no sólo las cuestiones que estrictamente son tales, sino cualesquiera cuestiones que puedan obstar a un pronunciamiento de fondo sobre la controversia. La Ley establece la carga de que las cuestiones relativas a la competencia de los árbitros sean planteadas "a limine". Queda a la apreciación de los árbitros la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo".

El art. 22 al tratar la competencia de los árbitros establece: "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. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo".

En consecuencia, es en el Procedimiento Arbitral donde debe determinarse si concurren los requisitos para la validez del convenio arbitral ( AP Madrid (Sección 21) Auto 30 marzo 2016 F.J. Segundo).

No se puede olvidar que entre los motivos de anulación del laudo previstos en el art. 41.1 de la L.A. Está: "a) que el convenio arbitral no existe o no es válido". Muestra de ello es la sentencia que indica la apelante: TSJC Sent. Nº 26/2013 de 4 abril donde se trata como un motivo de impugnación del Laudo dictado la validez de la cláusula inserta en un contrato de Swap que anula vía impugnación del laudo.

**CUARTO.-** Las anteriores consideraciones llevan a desestimar el recurso de apelación no siendo procedente la petición de declarar la competencia del Juzgado Mercantil, ni de imposición de costas porque el trámite de declinatoria no las devenga; y así resulta del Auto apelado que no contiene pronunciamiento alguno al respecto.

Procede imposición de costas al desestimarse el recurso, de conformidad con el art. 398 L.E.C .

VISTOS los artículos citados y demás de aplicación,

#### **DECIDIMOS:**

**DESESTIMAR** el recurso de apelación deducido contra el Auto de fecha 17 febrero 2016 dictado en el presente Juicio Ordinario del Juzgado Mercantil de Tarragona cuya resolución confirmamos.

Con imposición de costas a la apelante.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.