



Roj: **STS 4091/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4091**

Id Cendoj: **28079119912017100033**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **24/11/2017**

Nº de Recurso: **876/2015**

Nº de Resolución: **640/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

CASACIÓN núm.: 876/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil**

**PLENO**

**Sentencia núm. 640/2017**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D<sup>a</sup>. M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 24 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 7/2014 de 20 de enero dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Mérida , como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 236/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Castuera (Badajoz), sobre nulidad contractual.

El recurso fue interpuesto por Agroforestal Loma Romera S.A., representada por el procurador D. Juan Manuel López Ramiro y asistida por el letrado D. Luis Carlos Martínez Collantes.



Es parte recurrida Banco Bilbao Vizcaya S.A., representada por el procurador D. Diego Pablo López Ramiro y asistida por el letrado D. Javier Bernal Martínez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Juan Manuel López Ramiro, en nombre y representación de Agroforestal Loma Romera S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia: «[...] por la que estimando la presente demanda declare: » 1º.- Indebido el cargo de 20.603,30 € verificado por la demandada el 31 de marzo de 2010 contra la cuenta de la actora y, consecuente, su cobro posterior, por inexistencia de contrato o negocio jurídico causal.

» 2º.- Subsidiariamente, se declare indebido el cargo de 20.603,30 € verificado por la demandada el 31 de marzo de 2010 contra la cuenta de la actora y, consecuente, su cobro posterior, por resultar nulo el contrato de "Confirmación de Swap" de fecha 1 de abril de 2008.

» Y consecuentemente en base a tal declaración:

» 1º.- Se condene a la demandada a restituir a la actora en la suma de veinte mil seiscientos tres euros con treinta céntimos 20.603,30 €, más los intereses moratorios del art. 1100 del Código Civil a calcular desde el día en que fue reclamada notarialmente.

» 2º.- Se condene, así mismo, a la demandada a abonar a la actora la suma de dos mil trescientos sesenta euros con treinta y seis céntimos (sic) (2.360,34 €) por el concepto de daños y perjuicios irrogados a esta última con ocasión de los gastos que el irregular cargo de los 20.603,30 € en la cuenta le supuso más los intereses legales ex art. 1100 CC ».

2.- La demanda fue presentada el 11 de junio de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Castuera (Badajoz) y fue registrada con el núm. 236/2012 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Diego López Ramiro, en representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. formuló declinatoria por falta de jurisdicción al estar sometida la cuestión litigiosa a **arbitraje**. La representación de Agroforestal Loma Romera S.A. se opuso. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Castuera dictó auto de 7 de abril de 2004 declarándose competente. Por auto de 1 de octubre de 2013 se confirmó dicho auto.

La representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la condena en costas a la actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Castuera, dictó sentencia de 10 de marzo de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:

«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 de "swap" o permuta de tipos de interés de uno de abril de 2008, 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».

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. La representación de Agroforestal Loma Romera S.A. se opuso al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Mérida, que lo tramitó con el número de rollo 390/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 7/2015 de 20 de enero, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación presentado por la representación procesal de (sic) 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 especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en ambas instancias.

» No ha lugar ha (sic) 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, dese al depósito que, en su caso, se hubiere constituido para recurrir, el destino previsto en la Disposición Adicional 15ª LOPJ ».

### **TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación**

1.- El procurador D. Juan Manuel López Ramiro, en representación de Agroforestal Loma Romera S.A., interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Al amparo de los artículos 477.2.3º y 477.3 Ley de Enjuiciamiento Civil por interés casacional al existir jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales por infracción de los artículos 1281 , 1285 , 1286 y 1288 del Código Civil , el artículo 9.1 de la Ley 60/2003 de **arbitraje** y el artículo 6.2 de la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de contratación».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 22 de febrero de 2017 que admitió el recurso, acordando dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. presentó escrito de oposición al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de julio de 2017. Por providencia de 19 de julio de 2017 se acordó que el asunto pasara a conocimiento del Pleno de la Sala, señalándose a tal efecto el 25 de octubre de 2017, en que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO.- Antecedentes del caso**

1.- La entidad Agroforestal Loma Romera S.A. (en lo sucesivo, ALR) interpuso una demanda contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (en lo sucesivo, BBVA) en la que, básicamente, solicitó la declaración de nulidad del contrato de swap que las partes concertaron el 1 de abril de 2008, la restitución de los cargos realizados en ejecución de dicho contrato y la indemnización de daños y perjuicios.

2.- BBVA interpuso una declinatoria por falta de jurisdicción al estar sometida la cuestión litigiosa a **arbitraje**, por la existencia de una cláusula compromisoria de sumisión a **arbitraje** de Derecho, en el contrato concertado por las partes.

3.- El Juzgado de Primera Instancia desestimó la declinatoria, y también desestimó el recurso de reposición que BBVA interpuso contra el auto de desestimación de la declinatoria. Posteriormente, dictó sentencia en la que estimó parcialmente la demanda, declaró la nulidad del contrato de swap por error vicio y condenó a BBVA a la restitución de las cantidades percibidas en su ejecución. 4.- BBVA recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y en dicho recurso volvió a plantear la falta de jurisdicción de los tribunales por existir una cláusula compromisoria.

5.- La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y acordó que «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 ALR, por encontrarse tal cuestión sometida a **arbitraje**».

6.- ALR ha interpuesto un recurso de casación por el cauce del art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por interés casacional determinado por la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, que ha sido admitido a trámite.

#### **SEGUNDO.- Alegaciones de la recurrida sobre la inadmisibilidad del recurso de casación**

1.- En la primera parte de su escrito, antes de realizar las alegaciones por las que se opone a la estimación del recurso formulado por ALR, BBVA ha planteado en su escrito de oposición al recurso la existencia de causas de inadmisibilidad del mismo, como ya había hecho al personarse.



La primera de ellas consistiría en que la sentencia de la Audiencia Provincial no es recurrible en casación porque no es una sentencia de segunda instancia, esto es, una sentencia que decida la cuestión objeto del debate. No lo sería porque pone fin al proceso mediante la estimación de una cuestión incidental, resuelta en primera instancia mediante auto. Esta cuestión habría sido resuelta por la Audiencia Provincial no por sentencia, sino mediante auto, no susceptible de recurso de casación, si el sentido de la resolución del Juzgado de Primera Instancia hubiera sido estimatorio de la declinatoria.

2.- La segunda causa de inadmisibilidad del recurso de casación consiste en que se ha planteado a través de dicho recurso una cuestión, la relativa a la jurisdicción, que solo puede plantearse a través del recurso extraordinario por infracción procesal, a través del cauce del art. 469.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

3.- Procede comenzar el examen de las objeciones a la admisión del recurso, que constituirían causas absolutas de inadmisión, por la planteada en segundo lugar.

**TERCERO.-** *La infracción relativa a la falta de jurisdicción, por sumisión a arbitraje, ha de ser planteada a través del recurso extraordinario por infracción procesal* 1.- Este recurso de casación se ha planteado por el cauce del art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (interés casacional), razón por la cual no era posible interponer contra la sentencia exclusivamente un recurso extraordinario por infracción procesal ( reglas segunda y quinta, párrafo segundo, del apartado primero de la disposición adicional decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

2.- Este tribunal ha declarado en resoluciones tales como el auto de 10 de junio de 2015, recurso 1340/2014 , que cuando el recurso de casación se interpone al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se citan como normas infringidas el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y alguno de los artículos del Código Civil o de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, relativos a la interpretación contractual (pues lo cuestionado es la interpretación de la cláusula arbitral), las cuestiones planteadas no van referidas a la infracción de norma sustantiva aplicable a la cuestión objeto del proceso.

3.- Aunque la recurrente cite como infringidas normas sustantivas relativas a la interpretación contractual, lo que en realidad está planteando es una cuestión de índole procesal ajena al recurso de casación y propia del recurso extraordinario por infracción procesal, como es la competencia o no de la jurisdicción por existir un pacto de sumisión a arbitraje.

4.- El hecho de que la Audiencia haya considerado que las partes habían sometido a arbitraje sus discrepancias sobre el contrato de swap, incluida la relativa a su nulidad, le ha llevado a dictar una resolución eminentemente procesal, que no resuelve la cuestión objeto del proceso.

Esto hace inviable el recurso de casación interpuesto ya que, como tiene declarado este tribunal, el objeto del proceso al que alude el art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de entenderse referido a pretensiones materiales deducidas por las partes, relativas al «crédito civil o mercantil y a las situaciones personales o familiares», como expresa el preámbulo de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. El recurso de casación está limitado a la «revisión de infracciones de Derecho sustantivo».

5.- Pese a que el estudio del problema orgánico procesal (incompetencia de jurisdicción por existencia de sumisión a arbitraje) requiera aplicar normas de interpretación de la cláusula compromisoria como cuestión previa que condiciona y, en su caso, impide la resolución de la cuestión objeto del proceso, la impugnación de la sentencia de la Audiencia Provincial no puede realizarse mediante el recurso de casación, pues dicho examen no se refiere al «objeto del proceso» que menciona el art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sino que es un examen anticipado que se realiza a los únicos efectos de decidir si puede resolverse la cuestión procesal.

No sólo la incompetencia de jurisdicción, sino la cosa juzgada, la litispendencia, el litisconsorcio o la inadecuación del procedimiento, requieren una ponderación y tratamiento de aspectos materiales, lo que no obsta para que deban resolverse con carácter previo a la cuestión litigiosa que constituye el fondo del asunto y que la impugnación de la decisión que sobre tal cuestión haya adoptado la Audiencia Provincial deba realizarse por el cauce del recurso extraordinario por infracción procesal, no del recurso de casación.

6.- Solo si constituyen un presupuesto necesario para enjuiciar la infracción de las normas sobre jurisdicción, cuando esta venga determinada por una cláusula compromisoria, podrán plantearse las cuestiones relativas a la infracción de las normas de la Ley de Arbitraje y de las normas que el Código Civil dedica a la interpretación de los contratos en el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por el cauce del art. 469.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Así lo hemos admitido en la sentencia 409/2017, de 27 de junio .

7.- Al hilo de lo expuesto, hemos declarado que el interés casacional no puede venir referido a cuestiones procesales, siendo una de las consecuencias del ámbito estrictamente material del recurso de casación que



el interés casacional, en cualquiera de los casos que contempla el art. 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de referirse a las normas sustantivas aplicables a la cuestión objeto del proceso, e igualmente sustantiva deberá de ser la jurisprudencia de esta Sala o la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, en que se fundamente el interés casacional alegado.

**8.-** La estimación de esta causa de inadmisión del recurso hace innecesario el análisis de la otra causa que se ha planteado y lleva, en este trámite, a la desestimación del recurso de casación formulado.

**CUARTO.-** *Costas y depósito*

**1.-** De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

**2.-** Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Desestimar el recurso de casación interpuesto por Agroforestal Loma Romera S.L., contra la sentencia 7/2015, de 20 de enero, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz con sede en Mérida, en el recurso de apelación núm. 390/2014.

**2.º-** Imponer a la recurrente las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.