Javier Araiz Rodriguez (Procurador)

Juzgado de Primera Instancia Nº 5
c/ San Roque, 4 - 4ª Planta
Pamplona/Iruña
Teléfono: 848.42.42.52
Fax.: 848.42.42.82

Procedimiento: **JUICIO ORDINARIO**
Nº Procedimiento: 0000612/2011

NIG: 3120142120110003492
Materia: Reclamación de cantidad < 1.202.000

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Demandante	[redacted]	JAVIER ARAIZ RODRÍGUEZ
Demandante	[redacted]	JAVIER ARAIZ RODRÍGUEZ
Demandante	[redacted]	JAVIER ARAIZ RODRÍGUEZ
Demandado	BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S A	JOAQUÍN TABERNA CARVAJAL

ES COPIA

AUTO

MAGISTRADO-JUEZ D/Dª RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA MUÑOZ

En Pamplona/Iruña, a 26 de julio de 2011.

COLEGIO DE PROCURADORES DE PAMPLONA
28 JUL. 2011
NOTIFICADO

AUTO

HECHOS.-

Único.- El 31.03.11 el Procurador Sr. Araiz Rodríguez, en nombre de DON [redacted], DON [redacted] y DON [redacted] y frente a BBVA, promovió demanda de juicio ordinario que fue repartida a este juzgado en la que, tras alegar hechos y derecho, solicitaba sentencia *en la que proceda a:*

1.- Declarar nulo el contrato swap denominado "StockPyme II, Tipo fijo" suscrito con los aquí actores y

2.- Condenar a BBVA: a) a estar y pasar por esta declaración, b) a abonar a: i) DON [redacted] la cantidad de 10.044'76 euros y en su caso las que siga abonando en virtud de dicho contrato una vez interpuesta la demanda, hasta el momento en que se dicte sentencia, ii) DON [redacted] la cantidad de 8.941'22 euros y en su caso las que siga abonando en virtud de dicho contrato, una vez interpuesta la demanda, hasta el momento en que se dicte sentencia, iii) DON [redacted] la cantidad de 11.425'27 euros y en su caso las que siga abonando en virtud de dicho contrato una vez presentada la demanda hasta el momento en que se dicte sentencia.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte actora, más los intereses legales.

Admitida a trámite la demanda se emplazó (el 18.04.11) a la demandada que, dentro de los diez días siguientes al del emplazamiento, compareció (el 18.04.11) a los solos efectos de promover declinatoria de falta de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a árbitros, solicitando que con *suspensión del procedimiento y tramitación de la cuestión de competencia promovida (...) dicte resolución estimando la declinatoria y sobreseyendo el presente procedimiento, devolviendo en consecuencia la demanda y sus documentos a la parte actora y remitiéndole con carácter principal al tribunal competente conforme a la cláusula 6ª de los contratos de swap para el caso de que fuere de su interés.*

Por diligencia de ordenación de 16.05.11 (notificada el 19.05.11) se tuvo por formulada declinatoria de falta de jurisdicción, quedando en suspenso el plazo

Javier Araiz Rodriguez (Procurador)

para contestar a la demanda, y se dio traslado a la parte actora para que instase lo que a su derecho conviniese.
La actora presentó escrito de alegaciones el 26.05.11 solicitando resolución que *acuerde competente la presente jurisdicción y la continuación del procedimiento en los trámites legalmente previstos.*
Concluso el incidente cumple resolver.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.-

PRIMERO.- Los actores otorgaron en su día con BBVA, con posterioridad a la suscripción de otros productos financieros vinculados (préstamo hipotecario; póliza de crédito en cuenta corriente y póliza de préstamo personal; póliza de préstamo negocios y póliza de arrendamiento financiero), sendos contratos de los denominados "swaps" o permutas financieras de tipos de interés, cuya declaración de nulidad por falta de información o vicio del consentimiento (con reintegro de las cantidades abonadas en virtud de los mismos) interesan en su demanda.
La entidad demandada promueve declinatoria por falta de jurisdicción al entender que el conocimiento del asunto corresponde a árbitros, concretamente a un único árbitro, mediante arbitraje de Derecho, en el marco de la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid.
Invoca en este sentido el convenio arbitral contenido en la cláusula 6ª de los tres contratos de swap (doc. 3, 9 y 19 de la demanda), cuyo tenor literal es:
6.- CONVENIO ARBITRAL
Las partes intervinientes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación del presente contrato u operación relacionada con él, directa o indirectamente, se resolverán definitivamente mediante arbitraje de Derecho, por un único árbitro, en el marco de la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación de los árbitros (...).
El lugar del arbitraje será Madrid y el idioma el castellano (...).
La parte actora se opone a la declinatoria invocando (arts. 57.7 y 90.1 del RDLg 1/07) la nulidad (específica) del convenio arbitral, la nulidad (genérica) de los contratos de los que los convenios arbitrales forman parte (lo que comportaría la nulidad de la cláusula, por ser nula la parte cuando lo es el todo) y (54.7 LEC) la falta de validez de los pactos de sumisión contenidos en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios.

SEGUNDO.- No suscita cuestión el hecho de que los tres contratos de referencia (idénticos en su clausulado impreso) sean contratos de adhesión que contienen condiciones generales (una de ellas, la relativa al convenio arbitral) impuestas por BBVA.
Este solo hecho no afecta sin embargo a la validez del convenio arbitral (el art. 54.2 LEC debe entenderse referido a los pactos de sumisión territorial, no a los de sumisión a arbitraje) pues el art. 9.2 de la Ley 60/03 de 23.12, de Arbitraje (posterior a la LEC 1/00), permite que los contratos de adhesión contengan tales convenios, cuya validez o no debe resolverse conforme a lo dispuesto en las normas aplicables a este tipo de contratos. A este respecto el art. 5 de la Ley 7/98 de 13.04, sobre condiciones generales de la contratación (convenientemente citado por la demandada), exige, para que tales condiciones puedan incorporarse al contrato, que el predisponerte haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia, que le facilite un ejemplar de las mismas, y que aparezcan redactadas con transparencia, claridad, concreción y sencillez.

Javier Araiz Rodriguez (Procurador)

De estos requisitos falta en el caso de autos la acreditación de que el predisponerte (BBVA) informara *expresamente* a los adherentes (los actores) acerca de la existencia de la cláusula arbitral, sin que pueda considerarse suficiente a estos efectos la advertencia contenida al final de la estipulación 4 (relativa a las "declaraciones del cliente", cuando dice que los contratantes dejan constancia de la expresa aceptación de las condiciones generales y de su incorporación al contrato, pues tal estipulación y reconocimiento constituye en sí mismo una propia condición general, diluida en el clausulado del contrato y que no aparece expresamente aceptada por los clientes).

Por este primer motivo (no consta que los actores fueran informados expresamente de que en caso de litigio con el Banco por causa del contrato de permuta financiera deberían acudir a un procedimiento arbitral en Madrid en lugar de a los tribunales de su domicilio) debe ya negarse validez al convenio arbitral y desestimarse la declinatoria.

TERCERO.- A mayor abundamiento debe tenerse en cuenta que según los arts. 3 y 4 del TR de la LGDCyU de 16.11.07 son *consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional* y *empresarios las personas físicas o jurídicas que actúan en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada*.

Y que según el art. 57 de la misma norma "*los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo (...) sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico, siendo nulos los convenios arbitrales pactados contraviniendo tal disposición*".

En el caso de autos, con independencia de la condición de pequeños empresarios o autónomos de los actores al tiempo de suscribir los contratos, y de que en el texto de éstos se diga que se está utilizando el *"modelo general para empresarios y profesionales"* (encabezamiento) y se indique (pacto 4, declaraciones del cliente) que la *"operación se concierta con la finalidad de gestionar el riesgo de tipo de interés de sus deudas contraídas para satisfacer necesidades de su actividad empresarial o profesional y no necesidades suyas personales"* tenemos que:

1.- Las cosas son lo que son, y no necesariamente lo que en los contratos se dice.

2.- En el caso del Sr. [redacted] el contrato vinculado al swap (a cuyo riesgo de fluctuación del interés variable éste sirve) es (doc. 1 de la demanda) un préstamo hipotecario a interés variable destinado a financiar el precio de adquisición de su vivienda personal.

Así:

*el bien hipotecado en garantía del préstamo (vivienda en Pamplona, C/ Tejería 21, 4º derecha) es el domicilio personal del Sr. [redacted], según puede verse en el "comparecen" y resulta también del "exponen I, Título" de la propia escritura.

En el cuerpo de escritura, en el apartado relativo a la posible bonificación del tipo de interés, ésta se condiciona entre otras cosas (folio 18) a la posible contratación de un *seguro multirriesgo hogar*, lo cual abunda en la idea de que nos encontramos ante un préstamo contratado para financiar la adquisición de la propia vivienda.

*así resulta también del correo electrónico de 09.06.08 remitido al Sr. [redacted] por el BBV antes de suscribir el swap, en el que puede leerse que con el

Javier Araiz Rodriguez (Procurador)

producto ofertado "compensas tanto las subidas como las bajadas de *tu hipoteca*".

*en la escritura de novación de la hipoteca intervienen como avalistas los padres del Sr. [redacted], evidenciando el carácter personal o familiar (en cuanto al apoyo que otorgan los garantes) de la operación.

*el domicilio de la vivienda financiada e hipotecada es distinto al de la actividad del Sr. [redacted], el cual se ubica en Avda. La Lostra 67 bajo, según puede verse en el contrato de permuta financiera (doc. 3).

Por tanto (y con independencia de lo que diga el contrato) en el préstamo hipotecario al que está vinculado el swap litigioso, y por tanto y también en éste, el Sr. [redacted] actúa en el ámbito de su esfera privada, para financiar la adquisición de su propia vivienda, al margen de cualquier actividad empresarial o profesional, y en consecuencia como consumidor o usuario.

3.- En el caso del Sr. [redacted] la única operación financiera a interés variable que se conoce es una póliza de crédito en cuenta corriente de reducida cuantía, con un límite máximo de 12.000 euros (doc. 7). Existe también un préstamo personal posterior de 17.66'61 euros pero a interés fijo, por tanto no necesitado de la cobertura de un swap.

Desconocemos (en este caso no existen otros datos que permitan saberlo) cuál fue la finalidad de dicho crédito, si bien en la póliza impresa se indica (cláusula primera, párrafo 2) que "el acreditado/s declara que el crédito no se destina a satisfacer necesidades personales suyas ajenas a su actividad empresarial o profesional" (ya hemos visto, no obstante, en el caso anterior que las cosas no son necesariamente como se dice en los contratos, por lo que tal manifestación no puede considerarse un absoluto).

En todo caso sorprende cómo, no existiendo otra operación financiera conocida a interés variable que el crédito en cuenta corriente de 12.000 euros, el capital nocional del swap sea de 100.000 euros. Esta diferencia (aun en hipótesis en que el crédito en cuenta corriente estuviera destinado a financiar la actividad empresarial del Sr. Sánchez) impide vincular un elevado porcentaje del swap (88.000 euros, que supone el 88% del contrato) a cualquier actividad empresarial suya. Sin que pueda presumirse que un cliente de este perfil (titular de dos créditos que suman menos de 30.000 euros) contrate un swap con ese exceso de capital nocional (88.000 euros) con la finalidad de especular para su negocio.

4.- En el caso del Sr. [redacted] sucede algo similar.

El mismo es titular de una póliza de préstamo negocios tipo variable de 40.000 euros (doc. 17) y una segunda póliza de arrendamiento financiero de 90.000 euros (doc. 18), pero en el caso de esta última el interés es fijo y por tanto no necesita de la cobertura de un swap.

En este caso consta que el Sr. [redacted] es camionero y que la financiación (toda ella, no solo el leasing, respecto del cual ya se indica en la primera de las condiciones particulares de la póliza) tenía por finalidad "pagar el camión que constituye su medio de vida" (ver doc. 25 párrafo último).

En el caso del Sr. [redacted] el capital nocional del swap es de 130.000 euros, el cual excede en 90.000 (69'23%) al capital (40.000 euros) del único préstamo a interés variable del que es titular, lo que impide vincular ese porcentaje del contrato a cualquier actividad empresarial suya, sin que pueda tampoco presumirse que un cliente de ese perfil (un camionero titular de un único camión) contrate un swap con la finalidad de especular (por el exceso no vinculado al contrato a interés variable) para su negocio.

5.- En suma, en uno de los casos (Sr. [redacted]) la contratación del swap (por razón del contrato a que está vinculado, un préstamo destinado a financiar la adquisición de su vivienda) aparece ligada a la esfera de su vida privada. En los otros dos (Srs.

Javier Araiz Rodriguez (Procurador)

[redacted]) aun admitiendo que el swap se hubiese contratado para dar cobertura a productos financieros vinculados a su actividad empresarial o profesional, el porcentaje del contrato en que puede aceptarse que existe esa vinculación es muy reducido, inferior o muy inferior al porcentaje en que la vinculación no existe.

No puede aceptarse, por tanto, en ninguno de los tres casos, que los clientes del BBVA suscribieran los contratos litigiosos en marco de su actividad empresarial o profesional, lo que impide considerarlos empresarios o profesionales y obliga a aplicar la normativa tuitiva de consumidores y usuarios.

Siendo así, los distintos convenios arbitrales resultan nulos al amparo del art. 57 TRLGDCU antes trascrito, que sólo considera válidos los convenios cuando el arbitraje pactado es de consumo, o en otro caso los estipulados después de surgida la controversia, salvo los supuestos de sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico, ninguno de cuyos supuestos se da en el caso de autos.

Repárese por lo demás el desequilibrio y el perjuicio que supondría para los actores (en el caso del SR. [redacted] claramente un cliente que acude al Banco para financiar como consumidor la adquisición de su vivienda; en los otros casos clientes de aparentes escasos recursos que han suscrito swaps desproporcionados a sus necesidades de cobertura de intereses variables) tener que acudir a litigar a Madrid en lugar de hacerlo en el lugar de su domicilio, y con pérdida (el arbitraje se desarrolla en única instancia, al margen el eventual recurso de nulidad) de la posibilidad del sistema de recursos que le garantiza el procedimiento judicial.

CUARTO.- La desestimación de la declinatoria hace que deban imponerse a la demandada BBVA las costas del incidente.

Visto cuanto antecede

PARTE DISPOSITIVA.-

Desestimo la declinatoria por sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje promovida por el Procurador Sr. de Taberna en nombre de BBVA, S.A., confirmando el decreto de 07.04.11 en cuanto proclama la jurisdicción y competencia de este juzgado para conocer este litigio.

Condeno a la demandada BBVA a pagar las costas del incidente.

Notifíquese a las partes, haciendo saber que este auto puede ser recurrido en reposición en el plazo de cinco días, y que en su caso la misma cuestión podrá ser reiterada por aquélla a quien interese en la apelación de la sentencia definitiva (66.2 LEC).

No se admitirá el recurso si quien lo pretende no acredita haber consignado en la cuenta de depósitos del juzgado la cantidad de 25 euros.

Una vez resuelto el recurso de reposición, o transcurrido el plazo para su interposición sin que las demandadas lo presenten, se acordará en su caso (en función del resultado del recurso) sobre el alzamiento de la suspensión del plazo para que la demandada conteste a la demanda.

Javier Araiz Rodriguez (Procurador)

Llévese esta resolución al libro de autos definitivos y por testimonio al procedimiento.

Así lo manda y firma S.Sª; de lo que doy fe.

EL MAGISTRADO-JUEZ LA SECRETARIO JUDICIAL