



Roj: AAP GC 2046/2011
Id Cendoj: 35016370052011200199
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 5
Nº de Recurso: 538/2011
Nº de Resolución: 226/2011
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: CARLOS AUGUSTO GARCIA VAN ISSCHOT
Tipo de Resolución: Auto

AUTO

226/11

Ilustrísimos Sres. Magistrados

Don Víctor Caba Villarejo (Presidente)

Don Carlos Augusto García van Isschot

Dona Mónica García de Yzaguirre

En Las Palmas de Gran Canaria, a 20 de diciembre de 2011.

VISTAS por la Sección 5a de esta Audiencia Provincial las actuaciones de que dimana el presente rollo en virtud del recurso de apelación interpuesto contra el Auto de fecha 21 de febrero de 2011, pronunciado por el Juzgado de Primera Instancia no 16 de Las Palmas de Gran Canaria en Autos de juicio ordinario 2.421-2010 seguido a instancia de "ROLNAUTIC LAS PALMAS, SOCIEDAD LIMITADA", parte apelante, bajo la dirección legal del Letrado Sr. Don Luis Ferrándiz Atienza y representado por el Procurador de los Tribunales dona Elisa Colina Naranjo, y parte apelada "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.". representada en esta alzada por la Procuradora don Francisco Ojeda Rodríguez y asistida por el letrado don Eduardo Tomás Martín Gómez, siendo ponente el Sr. Magistrado Don Carlos Augusto García van Isschot, quien expresa el parecer de la Sala.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia No 16 de Las Palmas de Gran Canaria, se dictó Auto de fecha 21 de febrero de 2011, en el referido procedimiento cuya parte dispositiva literalmente establece: « 1.- Se declara la falta de Jurisdicción de este Juzgado para conocer del asunto resenado en los antecedentes de esta resolución. 2.- Se sobresee el presente procedimiento, absteniéndose este Juzgado de conocer del asunto. Esta resolución no es firme; contra la misma cabe interponer recurso de APELACIÓN (artículo 66 LEC) ante la Audiencia Provincial de Las Palmas (artículo 455 LEC). El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LEC). Así lo dispone, manda y firma D./Dna. JOSE ANTONIO MORALES MATEO, MAGISTRADO del Juzgado de Primera Instancia No 16 de Las Palmas de Gran Canaria;».

SEGUNDO.- Dicho Auto, de fecha 21 de febrero de 2011, se recurrió en apelación por la parte demandante, interponiéndose tras su anuncio el correspondiente recurso de apelación con base a los hechos y fundamentos que son de ver en el mismo, y formulando escrito de oposición al recurso la parte demandada "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.". Tramitado el recurso en la forma dispuesta en el art. 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación. No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se señaló el día para discusión, votación y fallo.

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

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La demanda rectora del presente litigio persigue la anulación del contrato de fecha 25 de abril de 2008 suscrito entre "ROLNAUTIC LAS PALMAS, SOCIEDAD LIMITADA" y "BBVA, SA" denominado de "cobertura de tipos de interés", frente a lo que la entidad de crédito demandada opuso la declinatoria de jurisdicción ex artículo 63 LEC , haciendo valer el pacto sexto del contrato por el que las partes se someten al arbitraje de derecho de la Corte de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid.

Dicha declinatoria fue acogida por el Juzgado en el auto apelado, tras apreciar la plena validez de ese convenio arbitral de lectura de la cuya el Juzgador consideró que dada su generalidad, no había por qué excluir la nulidad de los contratos como ajena al pacto arbitral, a lo que no podía oponerse con eficacia el criterio de que precisamente la perseguida nulidad del contrato implicaba la correlativa nulidad de la cláusula de sumisión al arbitraje al ser cuestiones distintas la de la validez del convenio arbitral y la de la validez del contrato que lo alberga al ser ambas convenciones separables, según la exposición de motivos de la ley de Arbitraje en su apartado V, y expresamente disponerlo su art. 22 cuando indica que "la nulidad del contrato no entrará por sí sola la nulidad del convenio arbitral ".

Se alza contra dicha apreciación la persona jurídica demandante.

SEGUNDO.- Debe rechazarse la primera de las argumentaciones del recurrente conforme a la cual la controvertida cláusula arbitral no rige cuando lo pretendido es la denuncia por parte del cliente bancario de la validez del propio contrato.

Dicha cláusula (pacto 6o del contrato litigioso) establece, en lo que aquí interesa, que "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 de acuerdo con su Reglamento y Estatutos, sin más excepciones o derogaciones que las contempladas en la presente cláusula arbitral. El lugar del arbitraje será en Madrid y el idioma el castellano [...]".

La generalidad de los términos con que las partes se someten al arbitraje, con exclusión de la jurisdicción de los tribunales del Estado, es manifiesta (artículo 1.281, I del Código civil), y revela la voluntad de los contratantes por que toda cuestión controvertida que pudiera ocasionar dicho contrato habría de ser dilucidada por el arbitraje corporativo al que se sometían expresamente.

TERCERO. - Indiscutiblemente, el contrato litigioso está sujeto a las prescripciones de la Ley 7/88, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC), siendo suficiente un examen somero del mismo para advertir que lleva por título <<STOCKPYME II - TIPO FIJO (Mod. MY02001- 02/2008), en el que la estipulación de la sumisión a arbitraje no es sino una cláusula más de un contrato de adhesión de los previstos en el artículo 1o de la ley 7/1988, de 13 de abril , como contrato modelo unilateralmente confeccionado por el BBVA en el que están predispuestas las cláusulas que lo constituyen y que es utilizado por la entidad demandada para su suscripción por una pluralidad de clientes quienes no negocian individualmente esas estipulaciones, tratándose, en definitiva, de una condición general impuesta por la entidad bancaria inserta en un contrato de adhesión cuya validez e interpretación debe regirse por las normas aplicables a ese contrato como dispone el artículo 9.2 de la ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje .

En este orden de cosas, no es controvertido que el pacto 6o del contrato litigioso -denominado "CONVENIO ARBITRAL"- está todo él preredactado por la entidad de crédito aquí demandada, sin que contenga el mismo inciso alguno específico del caso.

Ahora bien, todo ello no significa más que ese convenio arbitral está sometido al control de inclusión de su contenido establecido por la LCGC, y que en caso de duda interpretativa, ésta debe resolverse a favor del adherente, profesional o consumidor, no del predisponente, forzosamente profesional (artículos 2 LCGC y 9.2 de la ley 60/2003 , de arbitraje).

En el supuesto reexaminado no se discute el pleno conocimiento por "ROLNAUTIC LAS PALMAS, SOCIEDAD LIMITADA" de ese pacto 6o del contrato, ni se ha suscitado más duda interpretativa acerca de su exacto alcance que la resuelta en el fundamento precedente.

CUARTO.- La verdadera controversia surge en relación con el carácter con que intervino en ese contrato financiero "ROLNAUTIC LAS PALMAS, SOCIEDAD LIMITADA" .

Si se resuelve -como defiende el recurrente- que lo hizo en calidad de consumidor, la cláusula de sumisión a arbitraje sería nula por abusiva de conformidad con lo dispuesto en la estipulación 26a de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), en vigor en la fecha del contrato, a cuyo tenor son nulas por abusivas las cláusulas que establezcan "la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico" (el artículo 90.1 del texto refundido de la LGDCU aprobado por Decreto Legislativo 1/2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2007, reproduce la norma a la que sustituye).

"ROLNAUTIC LAS PALMAS, SOCIEDAD LIMITADA", reitera en su recurso que ha de ser considerada consumidora de los productos financieros ofertados por BBVA, de tal manera que los convenios arbitrales incluidos en los correspondientes contratos han de ser reputados abusivos y por ende nulos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2007, en vigor desde el 1 de diciembre de ese año.

Al respecto han de traerse a colación las consideraciones expuestas en el auto de la Audiencia Provincial, SECCIÓN 16a, (Recurso: 1048/2010 Resolución: 155/2011 Fecha 30/06/2011 Ponente: JORDI SEGUI PUNTAS Roj: AAP B 3323/2011) y acerca de que el derecho español de consumo, apartándose de la orientación comunitaria (véase la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores), consiente la figura del consumidor -persona jurídica, como muestra el artículo 3 LGDCU, que sigue en ese apartado lo que ya estableciera el artículo 1.2 de la primitiva LGDCU, aprobada por la Ley 26/1984. En el derecho vigente español son, pues, consumidores o usuarios "las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional". Esta resolución se hace eco de para descartarla, por reputarla contraria al texto de la ley, de <<la tesis extrema, sostenida por algún sector doctrinal, conforme a la cual en ningún caso deberían ser consideradas consumidoras las personas jurídicas de tipo societario, a diferencia de lo que ocurre con los entes de derecho privado de base asociativa, corporativa o fundacional. Se aduce a tal efecto que, dada la razón justificativa de la existencia de las compañías mercantiles (obtención del máximo lucro para sus accionistas o partícipes a través de la realización del fin social, conforme resulta del artículo 116 del Código de comercio), se hace difícil concebir actuaciones suyas fuera del "marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada", por emplear los términos del artículo 4 LGDCU, lo que a su vez explica que alguna ley autonómica de protección de los consumidores se haya visto obligada a precisar que también "actúa a título de destinatario final" la persona jurídica que "adquiere, utiliza o disfruta sin ánimo de lucro bienes, productos o servicios" (Ley 16/2006, de Aragón) o que mantienen esa protección los actos de consumo que realizan los cooperativistas con la cooperativa a la que pertenecen (Código de consumo de Catalunya, aprobado por Ley 22/2010). Partiendo de lo expuesto, cabe sostener que el empresario- consumidor constituye una figura ciertamente residual. En efecto, una sociedad mercantil actúa desde luego en el marco de su actividad empresarial cuando ejecuta los actos propios de su objeto social -en nuestro caso, la actividad inmobiliaria-, pero también cuando desarrolla otras conductas directamente encaminadas a la satisfacción de aquél, entre las cuales cabe mencionar las de establecimiento, aprovisionamiento de materias primas, contratación de personal y, en particular, la de financiación (en tal sentido, SSTs 15 de diciembre de 2005 y 20 de diciembre de 2007). Se hace difícil, en consecuencia, hallar un tipo de actividad -habitual o esporádica, tanto da- en que esté inmersa una persona jurídica, máxime si se trata de una sociedad mercantil de capital o personalista, que sea por completo ajena a su ámbito propio de actividad determinado legal y/o estatutariamente.>>.

En el caso aquí reexaminado se observa que la propia "ROLNAUTIC LAS PALMAS, SOCIEDAD LIMITADA", asumió expresamente una cláusula 4o (folio 61 y 63) prerredactada del contrato Stockpyme bonificado en la que manifestaba categóricamente ser "una persona jurídica que ejerce una actividad económica" y que concertaba el trato financiero "con la finalidad de gestionar el riesgo de tipo de interés de sus deudas contraídas para satisfacer necesidades de su actividad empresarial o profesional". No desmiente eficazmente la recurrente ninguna de tales afirmaciones de principio.

QUINTO. - Continúa aquella resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona considerando que <<De otro lado, la protección específica de los consumidores y usuarios en el sector financiero ha motivado últimamente la promulgación de una notable legislación especial. A la vista del artículo 1.2 de la Ley 7/1995, de crédito al consumo, se diría que el legislador español no está pensando en el empresario cuando regula las necesidades de financiación de los consumidores, como lo evidencia el hecho de que restrinja el concepto de consumidor a esos efectos a "la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial

o profesional". También una ley posterior (Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores) se aparta de modo explícito del concepto amplio de consumidor establecido en la norma matriz, la LGDCU, y reconoce únicamente esa cualidad en el tercer párrafo de su artículo 5a las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad profesional o empresarial. Pero otras leyes posteriores (así, la Ley 43/2007, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio, o la Ley 2/2009, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación por empresas distintas de las entidades de crédito), no distinguen al respecto, por lo que en ese sentido cabe reiterar cuanto se expuso en el fundamento precedente. Más concretamente en el ámbito de la actividad financiera de inversión, la normativa reguladora de los sistemas españoles de negociación de instrumentos financieros (Ley 24/88, del Mercado de Valores, objeto de reforma parcial por medio de la Ley 47/2007) parte del concepto de "inversor" (cliente de empresas de servicios de inversión) y establece como prioridad máxima de esa regulación la protección de los intereses de los inversores, a cuyo efecto distingue entre los profesionales, a quienes se presume una experiencia, conocimientos y cualificación suficientes para tomar decisiones y valorar correctamente los riesgos de cada operación, y los restantes, a los que denomina minoristas, pero sin atribuir a éstos por esa sola circunstancia la condición de consumidor.>>..

En definitiva, el inversor minorista -"ROLNAUTIC LAS PALMAS, SOCIEDAD LIMITADA", lo es desde la óptica del artículo 78 bis LMV- será o no consumidor en función de que actúe o no en un marco ajeno a su actividad profesional o empresarial. Ya se ha visto que la contratación por "ROLNAUTIC LAS PALMAS, SOCIEDAD LIMITADA" (PYME con una cifra de negocios que ha alcanzado el millón y medio de euros), de los productos financieros del mercado secundario oficial comercializados por BBVA constituye un hecho integrado en su genuina actividad empresarial por expresa declaración suya. Desde esta perspectiva cabe añadir que las ganancias que esperaba obtener "ROLNAUTIC LAS PALMAS, SOCIEDAD LIMITADA", con la cobertura de tipos de interés y la permuta financiera convenida con BBVA no perseguían sino mejorar el coste de su financiación (evidenciado en el precedente contrato de préstamo a interés variable), lo que a la postre, se hubiera reflejado en su cuenta de resultados..

En conclusión, "ROLNAUTIC LAS PALMAS, SOCIEDAD LIMITADA", puede ciertamente ser calificada desde un punto de vista económico como "una consumidora de productos financieros" dada su cualidad de inversora minorista por conducto de BBVA, pero desde un punto de vista estrictamente jurídico, a priori se dice y sin querer prejuzgar el fondo del asunto, no ostenta la cualidad de consumidora que haya de proporcionarle la protección legal dispensada por la tantas veces repetida LGDCU.

En definitiva advertimos que, según se desprende de las actuaciones, la existencia de una razón poderosa por la que "ROLNAUTIC LAS PALMAS, SOCIEDAD LIMITADA", debiera precaverse de las variaciones del tipo de interés, y de ello cabe concluir - a lo meros efectos del presente recurso, se dice- que el aquí demandante no actuó como consumidor de un producto financiero en la contratación con el BBVA del Stockpyme tantas veces referido, especialmente considerando la importante relación crediticia mantuviera por "ROLNAUTIC LAS PALMAS, SOCIEDAD LIMITADA", con ese banco.

ÚLTIMO. - La confirmación del auto apelado debe llevar aparejada la imposición de las costas de la segunda instancia a "ROLNAUTIC LAS PALMAS, SOCIEDAD LIMITADA", por imperativo del artículo 398.1 LEC, y la pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 9 de la disposición adicional 15a LOPJ, según redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009.

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

LA SALA ACUERDA:

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por "ROLNAUTIC LAS PALMAS, SOCIEDAD LIMITADA", contra el Auto de fecha 21 de febrero de 2011, pronunciado por el Juzgado de Primera Instancia no 16 de Las Palmas de Gran Canaria en Autos de juicio ordinario 2.421-2010, confirmando dicha resolución, todo ello con imposición a la recurrente de las costas causadas en la presente alzada y pérdida del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de su procedencia con testimonio de la presente resolución para su cumplimiento.

Así lo acordaron y firmaron los Ilmos. Magistrados arriba indicados, de lo que doy fe.