



Roj: **AAP V 2570/2019 - ECLI: ES:APV:2019:2570A**

Id Cendoj: **46250370072019200161**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **7**

Fecha: **09/07/2019**

Nº de Recurso: **336/2019**

Nº de Resolución: **199/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ESCRIG ORENGA**

Tipo de Resolución: **Auto**

**Rollo nº 000336/2019**

**Sección Séptima**

**AUTO Nº199**

**SECCIÓN SÉPTIMA**

**Ilustrísimos/as Señores/as:**

**Presidente/a:**

**Dª MARIA DEL CARMEN ESCRIG ORENGA**

**Magistrados/as:**

**Dª PILAR CERDÁN VILLALBA**

**Dª CARMEN BRINES TARRASÓ**

En Valencia a nueve de julio de dos mil diecinueve.

Vistos, ante la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario [ORD] - 001090/2018, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 19 DE VALENCIA, entre partes; de una como demandante - apelante/s ART I FERRO IMMOBLES SL, dirigido por el/la letrado/a D/Dª. JOAN ANDREU REVERTER GARRIGA y representado por el/la Procurador/a D/Dª EVA MARÍA MOLLA SAURI, y de otra, como demandado - apelado/s CAIXABANK SA, dirigido por el/la letrado/a D/Dª. MARTA MONTES JIMÉNEZ y representado por el/la Procurador/a D/Dª MARGARITA SANCHIS MENDOZA.

Es Ponente el/la Ilmo/a. Sr/Sra. Magistrado/a D/Dª. CARMEN BRINES TARRASÓ.

#### **HECHOS:**

**PRIMERO** .- En las expresadas actuaciones y con fecha 6-2-2019, se dictó auto cuya parte dispositiva dice: "Se declara la falta de jurisdicción de este Juzgado para conocer de la demanda inicial de este procedimiento, absteniéndome de conocer y sobreseyendo el proceso, al haberse sometido el asunto a **arbitraje**, con imposición de costas a la parte actora".

**SEGUNDO**.- Contra dicho auto, por la representación del apelante, se interpuso recurso de apelación que fue admitido, remitiéndose los autos a esta Audiencia donde se ha tramitado el recurso, señalándose para la Votación y Fallo el día 3-7-2019, fecha en la que ha tenido lugar.

**TERCERO**.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**



**PRIMERO.-** La representación de la parte actora Art i Ferro Inmobles S.L. formulo demanda de juicio ordinario frente a Caixabank S.A. interesando se dicte Sentencia por la que se declare la nulidad de pleno derecho de la clausula compromisoria 18ª existente en los contratos de permuta financiera de tipo de interés de 27 de junio de 2008 al amparo de lo dispuesto en los artículos 5.5 y 7 de la Ley 7/1998 de 13 de abril en concordancia con las disposiciones de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Que al amparo del artículo 1.101 del Código Civil sea condenada la entidad financiera al resarcimiento de los daños y perjuicios inferidos a la actora por la comercialización de dichas permutas financieras con vulneración de la Ley del Mercado de Valores según la redacción posterior a la Ley 47/2007 de 19 de diciembre y Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero cuyo montante ascendería a 38.855 euros mas el interés legal devengado desde cada uno de los correspondientes cobros indebidos, todo ello con expresa imposición a la adversa de las costas del procedimiento.

La referida demanda fue admitida a trámite por Decreto de fecha 24 de octubre de 2018.

Mediante escrito de fecha 23 de noviembre de 2018 compareció la representación de Caixabank S.A. formulando declinatoria por falta de jurisdicción del Juzgado de Primera Instancia por cuanto las partes acordaron que cualquier cuestión litigiosa derivada de los contratos objeto de Autos debía ser conocida por el Tribunal Arbitral de Barcelona, motivo por el cual el Juzgado de Valencia carece de jurisdicción.

Agotados los tramites pertinentes por el Juzgado de Primera Instancia numero 19 de Valencia se dictó en fecha 6 de febrero de 2019 Auto por el que declaraba la falta de jurisdicción para conocer de la demanda formulada, sobreseyendose el proceso con imposición la parte actora de las costas del procedimiento.

**SEGUNDO.-** Contra la referida resolución se alza la representación de la parte demandante **Art i Ferro Inmobles S.L.** formulando recurso de Apelación que basa en los siguientes motivos de impugnación:

1.- Vulneración del principio kompetenz-kompetenz dimanante del hecho de no analizar el Juzgador de Instancia la posibilidad de la nulidad de la clausula compromisaria objeto de la demanda en la resolución de la declinatoria. Aduce la recurrente que en los procedimientos judiciales instados en Reus y dirimidos ulteriormente en la Audiencia Provincial de Tarragona, el objeto litigioso controvertido era la posible nulidad de los contratos por la existencia de error-vicio del consentimiento en relación con el incumplimiento de las obligaciones de diligencia, transparencia e información que venían impuestas a las empresas que prestan servicios de inversión por la Ley de Mercado de Valores, tanto en la redacción primigenia como en la posterior a la posterior reforma introducida por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre. En el caso presente la situación es diferente ya que el objeto de demanda es la declaración de nulidad de la clausula compromisaria existente en los contratos de permuta financiera de 27 de julio de 2008 y ademas la de daños y perjuicios con amparo en el articulo 1101 del Código Civil .

El principio kompetenz-kompetenz, o competencia para decidir sobre la propia competencia contenido en el artículo 22 de la Ley de **Arbitraje** en relación con los dos primeros apartados del artículo 11 de dicha Ley y en los artículos 39 y 63.1 de la L.E.C . prevé que en caso de haberse planteado una demanda ante un juzgado, la posible sumisión a **arbitraje** ha de dilucidarse por la vía de la declinatoria.

Ahora bien, existen dos tesis sobre la aplicación de dicho principio:

Conforme a la primera el Juzgador caso de planteamiento de la declinatoria debe limitarse a realizar un análisis superficial, mediante el que comprobara la existencia del convenio arbitral y una vez constatado estimara la declinatoria y solo por vía de la posterior acción de anulación del laudo los órganos judiciales podrán revisar lo decidido por los árbitros sobre su competencia.

Conforme a la segunda, si el Juez considera que el convenio arbitral no es valido, no es eficaz o no es aplicable, rechazara la declinatoria y continuara conociendo del procedimiento.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de junio de 2017 se decanta por la aplicación de esta segunda tesis.

2.- Sobre la nulidad de la clausula compromisaria al estar integrada en un contrato de adhesión como condición general de la contratación, donde existe una asimetría contractual y una de las partes ostenta la condición de cliente minorista que debería haber sido protegido dado el carácter tuitivo de la Ley de Mercado de Valores en su redacción posterior a la Ley 47/2007 de 19 de diciembre y por el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero.

3.- Sobre la nulidad de la clausula promisorio por infracción del orden publico.

Dichos motivos serán objeto de análisis, seguidamente.

Analizados los términos del recurso que se somete a la consideración de la Sala, se comparten los postulados del recurrente en orden a la estimación del recurso de Apelación formulado. Como señala la parte apelante en



su recurso, el Tribunal Supremo al tratar la cuestión que aquí nos ocupa, en la Sentencia de 27 de junio de 2017 ha venido a manifestar lo siguiente: "...*Decisión del tribunal. Extensión del enjuiciamiento del convenio arbitral que debe realizarse por el órgano jurisdiccional para decidir sobre la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje*": 1.- La cuestión planteada en el recurso hace referencia al alcance del principio kompetenz-kompetenz (competencia para decidir sobre la propia competencia) contenido en el art. 22 de la Ley de Arbitraje en relación con los dos primeros apartados del art. 11 de dicha ley y a los arts. 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevén que, en caso de haberse presentado una demanda ante un órgano judicial, la existencia de convenio arbitral ha de plantearse mediante declinatoria, sin que el juez pueda apreciar de oficio su falta de jurisdicción por tal causa.

2.- Existen dos tesis sobre esta cuestión. La primera sería la llamada "tesis fuerte" del principio kompetenz-kompetenz, que es la que sostiene el recurrente, conforme a la cual la actuación del órgano judicial en caso de planteamiento de declinatoria debería limitarse a realizar un análisis superficial, que comprobara la existencia del convenio arbitral y que, en caso de existir tal convenio, estimara la declinatoria, para que los árbitros decidieran sobre su propia competencia. Solo por vía de la posterior acción de anulación del laudo (que podría ser un laudo parcial, en el que el árbitro o árbitros se limitaran a decidir sobre su propia competencia), los órganos judiciales podrían revisar lo decidido por los árbitros sobre su competencia.

La segunda sería la llamada "tesis débil", según la cual el órgano judicial ante el que se planteara la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. De este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio.

3.- Este tribunal considera que no existen razones para sostener la tesis fuerte del principio kompetenz-kompetenz en nuestro ordenamiento jurídico y limitar el ámbito del conocimiento del juez cuando resuelve la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje.

6.- La conclusión de lo expuesto es que si se ha iniciado un litigio judicial en el que se ha planteado, por medio de declinatoria, la falta de jurisdicción por existir un convenio arbitral, el enjuiciamiento que ha de realizar el órgano judicial sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre la inclusión de las cuestiones objeto de la demanda en el ámbito de la materia arbitrable, no está sometido a restricciones y no debe limitarse a una comprobación superficial de la existencia de convenio arbitral para, en caso de que exista, declinar su jurisdicción sin examinar si el convenio es válido, eficaz y aplicable a la materia objeto del litigio".

Procede en virtud de la doctrina jurisprudencial invocada, la revocación del Auto apelado con el fin de que el Juzgador de Instancia examine la clausula compromisoria (18ª) del contrato que vincula a las partes, pronunciándose sobre la validez o nulidad de la misma.

**TERCERO.-** Establece el artículo 398 de la L.E.C. que: Cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el art. 394.

2. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Vistos los preceptos legales citados y demás de aplicación

#### LA SALA ACUERDA:

Estimamos el recurso de Apelación formulado por la representación de Art i Ferro S.L. contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Valencia en fecha 6 de febrero de 2019 en Autos de Juicio ordinario número 1090/2018 el que revocamos y dejamos sin efecto y en su lugar acordamos la devolución de las actuaciones a fin de que se dicte nueva resolución por la que se analice la validez o nulidad de la clausula compromisoria (18ª) del contrato que vincula a las partes, resolviendo sobre la declinatoria planteada a resultas de tal pronunciamiento. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas devengadas en esta alzada.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen para su conocimiento y efectos, debiendo acusar recibo.

Dese al depósito constituido el destino legalmente previsto

Contra la presente no cabe recurso alguno.

Así por este Auto del que se unirá certificación al rollo, lo acordamos, mandamos y firmamos.