

**Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª).****Auto núm. 38/2012 de 2 febrero****[JUR\2012\96686](#)**

COMPETENCIA OBJETIVA: procedencia: Juzgado de Primera Instancia: acción de nulidad contractual genérica por abusivo, de contrato marco de gestión de riesgos financieros o «clip», distinta de la acción individual de nulidad de condiciones generales de contratación: la mera invocación o interpretación de una condición general de contratación, no determina la competencia del órgano judicial mercantil: alcance.

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 716/2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. margarita orejas valdés**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 11****MADRID**

AUTO: 00038/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**SECCION UNDECIMA CIVIL****AUTO Nº****Rollo: RECURSO DE APELACION 716/2011****Ilmos. Sres. Magistrados:****D. ANTONIO GARCÍA PAREDES****D. CESAREO DURO VENTURA****Dª. MARGARITA OREJAS VALDÉS**

En MADRID, a dos de febrero de dos mil doce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 11 de la Audiencia Provincial de MADRID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 32/2011 , procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N. 98 de MADRID, a los que ha correspondido el Rollo 716/2011, en los que aparece como parte apelante **OTTO WALTER ESPAÑA, S.A.**, representado por el Procurador D. JUAN TORRECILLA JIMENEZ, y como apelado **BANKINTER S.A.**, representado por la Procuradora Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES, sobre inadmisión de demanda, y siendo **Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dª MARGARITA OREJAS VALDÉS** .

I.- HECHOS

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 98 de Madrid, en fecha 11 de abril de 2011, se dictó auto , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"1.- Se declara el archivo de los autos por incompetencia objetiva de este juzgado para conocer de la demanda de Juicio Ordinario por nulidad de cláusula abusivas, unida a la restitución de las prestaciones, interpuesta por **OTTO WALTER ESPAÑA, SA**, representada por el Procurador Sr. Torrecilla Jiménez,

contra **BANKINTER, SA** , representada por la Procuradora S^a Sampere Meneses.

2.- Conforme al art. 48.4 LECivil , se indica a la parte actora que el órgano judicial competente es el Juzgado de lo Mercantil."

SEGUNDO.- Notificado el mencionado auto, contra el mismo se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de OTTO WALTER ESPAÑA S.A., alegando cuanto estimó pertinente, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que lo impugnó. Remitidos los autos originales del juicio a este Tribunal, se señaló para llevar a efecto la deliberación, votación y fallo del mismo el pasado día 25 de enero de 2012, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales en ambas instancias.

II.-RAZONAMIENTOS JURIDICOS

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida.

PRIMERO

Por la representación procesal de Otto Walter España S.A. se interpone recurso de apelación frente al Auto dictado el 11 de abril de 2011 por el Juzgado de 1^a Instancia nº 98 de Madrid en los Autos de Juicio Ordinario nº 32/2011 que acordó el archivo de los mismos por incompetencia objetiva para conocer la demanda de nulidad de cláusulas abusivas interpuesta por la hoy apelante contra Bankinter S.A. Alega los motivos que a continuación se expondrán por lo que solicita la revocación de la resolución recurrida. La representación procesal de la entidad demandada Bankinter S.A. se opuso al recurso y solicitó la confirmación de la resolución apelada.

SEGUNDO

La mercantil actora interpuso demanda en la que solicitaba que se declarara nulos de pleno derecho los contratos marco de gestión de riesgos financieros y CLIP suscritos con Bankinter el 25 de enero de 2007, con la consiguiente restitución recíproca de prestaciones entre las partes. Dicho contrato marco tenía por objeto fijar el marco de las condiciones aplicables al conjunto de instrumentos financieros de gestión de riesgos que el Banco fuera a ofrecer al cliente con la finalidad de que éste pueda gestionar la totalidad o parte de los riesgos financieros asumidos en sus operaciones comerciales. El producto implica que periódicamente se realicen una serie de liquidaciones que generan un resultado positivo/negativo para el cliente y en las condiciones particulares de cada CLIP se establecerá la periodicidad de las liquidaciones asociadas al mismo. En el ámbito de dicho contrato suscribió el 25 de Enero de 2007 el producto denominado CLIP Bankinter 07-1,5 por un nominal de 90.000.-#, con fecha de inicio el 30 de enero de 2007 y vencimiento el 30 de enero de 2012, con la fórmula de gestión del riesgo y con unas denominadas ventanas de cancelación. El 29 de mayo de 2009 interpuso una reclamación ante el servicio de atención al cliente y que fue elevada al defensor del cliente de la entidad demandada que resolvió no apreciar en la actuación bancaria un comportamiento contrario a la disciplina y buenas prácticas bancarias. Ello en contra de lo que según manifiesta estima el servicio de reclamaciones del Banco de España que en diversas resoluciones manifiesta que se produce con este producto una actuación incorrecta desde el punto de vista de las buenas prácticas financieras en cuanto a la deficiente información en el clausulado contractual sobre el procedimiento y coste de cancelación anticipada del contrato. Dicho producto asegura que le fue ofrecido como un seguro gratuito que el banco ofrecía a los clientes preferentes. Manifiesta también que tiene un perfil inversor muy conservador y no está clasificada para contratar productos complejos, ni se le hizo test de idoneidad y conveniencia, ni se realizó advertencia en alguna, siendo como era un producto de alto riesgo.

Para solicitar la nulidad aduce la naturaleza del contrato litigioso, citando en concreto las cláusulas de cancelación anticipada, las condiciones particulares económicas y el error en el consentimiento como causa de nulidad contractual.

La sociedad demandada se opuso a la demanda manifestando el absoluto conocimiento de la actora del producto que había contratado y haciendo alegaciones sobre la licitud de los citados contratos acompañando una extensa jurisprudencia relativa a los mismos y la inexistencia del error alegado por la demandante, a lo que añade la no consideración de consumidor o usuario de la mercantil actora y diversas resoluciones del Banco de España y sentencias dictadas por Juzgados de 1^a Instancia en asuntos similares, por último entiende que es aplicable también la doctrina de los actos propios.

El Juez de Instancia declara el archivo de los Autos declarando de oficio la incompetencia objetiva para conocer de la Demanda de Juicio Ordinario por nulidad de cláusulas abusivas de acuerdo con lo

dispuesto en el [artículo 48](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892 \)](#) .

TERCERO

La sociedad actora interpone recurso de apelación alegando infracción de los artículos 85 y 86 ter 2 d) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578 y 2635 \)](#) , manifestando que en el presente caso se ejercita una acción de acuerdo con lo previsto en los artículos 1255 , 1261 y 1273 y 7 del [Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) y subsidiariamente pide la anulabilidad contractual de acuerdo con el artículo 1300 , 1265 y 1266 del mismo Código , acciones en todo caso que no son ninguna de las previstas en los artículos 9 y 12 de la Ley 7/98 de 3 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación , es decir, no se solicita en la demandada declaración judicial de nulidad de una cláusula o condición general que determine bien su no incorporación al contrato bien la nulidad de la totalidad o parte del mismo, citando numerosa jurisprudencia en apoyo de su tesis.

El artículo 86 ter 2 d) de la LOPJ delimita las competencias del Juzgado de lo mercantil sobre una base competencial esencialmente causal; establece la competencia de los Juzgados de lo mercantil para "Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia". Y la expresión de que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de "cuantas cuestiones sean de competencia del orden jurisdiccional civil.", no puede ser interpretada aisladamente de la relación de materias concretas que siguen a esa mención. Es más, existe el significativo precedente de que en la tramitación parlamentaria de la reforma de la LOPJ, se propuso una enmienda al artículo 86 ter que sugería la siguiente adición: "g) las demás acciones a las que se acumule cualquiera de las comprendidas en los números anteriores". Tal enmienda fue rechazada, lo cual es signo de la voluntad del legislador de excluir la posibilidad de acumulación de acciones fuera de los casos en los que exista atribución expresa de competencia al Juez de lo Mercantil.

Sobre la competencia del Juzgado de lo Mercantil en esta materia se pronuncia el AAP de Madrid, Sección 28ª, en una reciente resolución de 12 de febrero de 2010; tras negar virtualidad a la argumentación del promotor de la cuestión de competencia respecto a la competencia del Juzgado Mercantil para las acciones individuales de Condiciones Generales de la Contratación, que estimaba propia solo en caso de ejercicio de acciones colectivas, no deja de ser razón fundamental de la decisión que "En todo caso, como es obvio, la formulación de una pretensión con fundamento en un contrato que contenga Condiciones Generales de la Contratación, o en otros términos, la mera invocación de la existencia y aplicación de Condiciones Generales de Contratación no determina la competencia de los Juzgados de lo Mercantil. Por el contrario, ésta solo podrá afirmarse cuando se ejerciten acciones relativas a Condiciones Generales de la Contratación contempladas en su Legislación específica, estando comprendidas en dicho ámbito tanto las acciones individuales de nulidad y las de no incorporación como las colectivas de cesación, retractación y declarativa, sin que el hecho de que se discuta en el litigio sobre la mera interpretación de una Condición General de la Contratación, por ejemplo, permita atribuir la competencia de los Juzgados de lo Mercantil, pues a diferencia de lo que entiende el Juzgado de lo Mercantil, el

Tribunal considera que el [artículo 6 LCGC \(RCL 1998, 960 \)](#) no confiere acción alguna sino que fija determinadas reglas de interpretación que deben, en su caso, aplicarse por los Juzgados de 1ª Instancia cuando interpreten Condiciones Generales de la Contratación para la resolución de los conflictos atribuidos a su conocimiento".

CUARTO

Así en los términos en los que está redactado el suplico de la demanda no es posible llegar a la conclusión de que el demandante está ejercitando una acción individual de nulidad de todas y cada una de las cláusulas del contrato, al amparo de lo dispuesto en el [artículo 8](#) de la [Ley de Condiciones Generales de Contratación \(RCL 1998, 960 \)](#) , sino que pretende la declaración de nulidad de determinadas cláusulas por abusivas; no solicita que se declare nulo de pleno derecho los denominados contratos CLIP, de gestión de riesgos financieros, sino que la información que se dio sobre ellos a la sociedad fue confusa e insuficiente provocando un vicio en el consentimiento, teniendo además como manifiesta un perfil conservador. Atendido todo lo anterior se concluye que en este caso nos encontramos ante una materia claramente civil, atribuida al conocimiento de los Juzgados de 1ª Instancia.

Le corresponderá el conocimiento de la acción de nulidad de determinadas cláusulas de un contrato por vulneración de su legislación específica a los Juzgados de lo civil ya que los de 1ª Instancia tienen competencia, genérica, residual y subsidiaria y conocen de aquellas materias conexas no atribuidas a los de lo Mercantil con carácter exclusivo y excluyente. Es por ello que el conflicto de competencia objetiva o por razón de la materia debe decidirse a favor del Juzgado de 1ª Instancia. Todo ello nos obliga a admitir

el recurso y revocar la resolución recurrida.

En atención a todo lo expuesto, vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, especialmente el [art. 398.2](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) sobre no imposición de las costas caso de prosperar el recurso.

III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA : **Estimar** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Otto Walter España S.A. contra el Auto de fecha 11 de abril de 2011 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 98 de Madrid en los Autos de Juicio Ordinario nº 32/2011 a que este rollo se contrae, declaramos, sin ulterior recurso, la competencia objetiva para conocer de la demanda reconvencional promovida por la representación legal de Otto Walter España S.A. contra la entidad mercantil Bankinter S.A. al Juzgado de 1ª Instancia nº 98 de Madrid. Sin hacer especial imposición de las costas de este recurso.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos/as. Sres/as. arriba referenciados. Doy fe.

PUBLICACION

.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuido de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3.6 b) del Reglamento 3/2010 (BOE de 22 de noviembre de 2010). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la introducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales.