



Roj: **AAP GI 532/2019** - ECLI: **ES:APGI:2019:532A**

Id Cendoj: **17079370022019200177**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **2**

Fecha: **28/06/2019**

Nº de Recurso: **371/2019**

Nº de Resolución: **182/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ISABEL SOLER NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 02 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.02)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1, pl. 5a - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:upsd.aps2.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120188199194

Recurso de apelación 371/2019 -2

Materia: Apelación civil

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Girona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 1303/2018

Parte recurrente/Solicitante: PROMOCIONS SOLARS DE L'EMPORDA, S.L.

Procurador/a: Elisabet Jorquera Mestres

Abogado/a:

Parte recurrida: CAIXABANK S.A.

Procurador/a: Pere Ferrer Ferrer

Abogado/a: Raimon Tagliavini Sansa

AUTO Nº 182/2019

Ilmos. Sres:

PRESIDENTE

D. JOSÉ ISIDRO REY HUIDOBRO

MAGISTRADOS

D. JOAQUIM FERNÁNDEZ FONT

Dª. Maria Isabel Soler Navarro

Girona, 28 de junio de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . En fecha 22 de mayo de 2019 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 1303/2018 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Girona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto



por la Procuradora D^a. ELISABET JORQUERA MESTRES, en nombre y representación de PROMOCIONS SOLARS DE L'EMPORDA, S.L. contra Auto de 23 de enero de 2019 y en el que consta como parte apelada el Procurador D. PERE FERRER FERRER, en nombre y representación de CAIXABANK S.A.

SEGUNDO . El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

*"Acuerdo estimar la declinatoria de jurisdicción por sometimiento de la cuestión litigiosa a **arbitraje**, absteniéndome de conocer el proceso sobreseyendo el mismo".*

TERCERO. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 19/06/2019.

CUARTO. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada D^a. Maria Isabel Soler Navarro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre contra la resolución que, de conformidad con los arts. 39 y 65.2 segundo párrafo de la L.E.C ., estima la Declinatoria por sumisión a **arbitraje**, interesando el sometimiento de la cuestión litigiosa a los Tribunales ordinarios y la continuación del procedimiento iniciado con la demanda.

El Auto apelado remite al **arbitraje**, en virtud de la cláusula insertada en el contrato de operación financiera-swap que somete al **arbitraje** institucional de derecho cualquier cuestión litigiosa derivada de este contrato, considerando que, al tratarse de una sociedad mercantil que no tiene la cualidad de consumidora si contrató dentro del marco de su actividad empresarial, no cabe la alegación sobre la abusividad de la cláusula porque no se puede aplicar ni la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ni el T.R. Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios.

SEGUNDO.- La parte demandante impugna este pronunciamiento alegando en primer lugar falta de exhaustividad de la resolución recurrida, que la resolución solo ha tenido en cuanto que al no ser consumidor no se pueden invocar cláusulas abusivas y, que la Ley 7/98 de CGC también es aplicable a profesionales no consumidores para declarar la nulidad de una condición general. Que dicha cláusula contravine lo dispuesto en el art 9.2 de la ley de **Arbitraje** .

El artículo 218 de la LEC 1/2000 , exige la precisión claridad y congruencia de las sentencias con las pretensiones oportunamente debatidas en el proceso, estableciendo el párrafo segundo de dicho precepto que las sentencias debe ser motivadas; el requisito de motivación, exhaustividad y claridad de las sentencias derivadas no solo del art. 218 de la LEC , sino también del mandato constitucional recogido en el art. 120 de la Constitución , como ha puesto de relieve el TC por un lado que el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en la obtención de una resolución de fondo, razonada y razonable - *sentencias 163/1989, de 16 de octubre y 2/1990, de 15 de enero* - pero la motivación no impone una minuciosa respuesta a todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por las partes en apoyo de sus pretensiones - *sentencia 70/1991, de 8 de abril* - ni exige en el Tribunal o Juez una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en determinado sentido, ni le impone determinada extensión, intensidad o alcance del razonamiento empleado, sino que para su cumplimiento es suficiente que conste de modo razonablemente claro cuál ha sido el fundamento de Derecho de la decisión adoptada - *sentencia 100/1987, de 12 de junio* .

En el presente caso no cabe entender que la sentencia de instancia haya incurrido en dicho vicio, ya que si bien la resolución recurrida es escueta no por ello deja de resolver la cuestión planteada por la parte al oponerse a la declinatoria formulada por la parte demandada.

Efectivamente la resolución resuelve la cuestión planteada por la parte desestima la nulidad de la cláusula de sometimiento a **arbitraje** ya que al ser la actora un no consumidor no cabe apreciar su abusividad aplicando lo resuelto al respecto en una resolución de la AP. Madrid, cuestión distinta es que no sea ajustada a derecho que es la cuestión que la parte apelante plantea a través de los demás motivos del recurso.

Debiendo en consecuencia desestimarse este motivo del recurso.

TERCERO.- En el segundo motivo del recurso, se invoca la inexistencia de consentimiento a la cláusula de sumisión a **arbitraje** y no superación del control de contenido. Que es posible enjuiciar las condiciones generales de la contratación, con independencia de que el contratante sea o no consumidor, invocando la STS de fecha 241/2013; y 3 de junio de 2016 y la de fecha 25 de enero de 2019.



Asiste razón a la parte apelante sobre esta alegación en relación a la aplicación de esta ley a profesionales; no así del TRLGDCU en cuya virtud no cabe referencia la abusividad de un pacto cuando no se trata de un consumidor. Para que la persona jurídica tenga la protección de la normativa de consumidores es preciso que actúe en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial.

La cláusula compromisoria obliga a acudir a **arbitraje**, sin que sea óbice para ello el que esté inserta en un contrato de adhesión. Tal como ha establecido reiterada jurisprudencia, aunque se trate de una condición general predispuesta en un contrato de adhesión, vincula a quien la admitió y suscribió según las normas y controles de la ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación a que se remite el art. 9 L.A. cuando se encuentra en un contrato de adhesión.

No es controvertido ni de que la recurrente no es consumidora ni que se trata de condiciones generales de la contratación, propuestas por la entidad demandada, y dirigidas a una entidad que no puede considerarse consumidora, sino empresaria. Es obvio que la Ley de Condiciones Generales de la Contratación también es aplicable a relaciones jurídicas entre empresarios, o con adherente empresario, como es el caso que nos ocupa, si bien con distintos efectos jurídicos que si se tratase de un consumidor.

Dicha cláusula reúne los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que pueda ser considerada condición general de la contratación, a tenor de la STS 9/05/2013 :

1º Contractualidad, esto es, que la inserción de la cláusula en el contrato no sea consecuencia del acatamiento de una norma imperativa.

2º Predisposición (en el sentido de cláusula prerredactada). Es evidente que es la propuesta por la entidad demandada

3º Imposición por una de las partes.

4º Utilización en una pluralidad de contratos.

En el caso concreto, además consta expresamente con este nombre por la entidad actora en el contrato. En consecuencia tratándose de un adherente no consumidor, a los mismos les es de aplicación el control de incorporación y contenido, pero no el de transparencia.

La parte recurrente manifiesta básicamente que no tuvo oportunidad real de conocer dicha cláusula ya que no se negoció entre las partes y se incluyó unilateralmente por la prestamista en los contratos suscritos entre las partes. Dicha afirmación, al margen de lo que se señalara a continuación, en este trámite no tiene ninguna base probatoria, es más en su demanda la parte actora no insta la nulidad de dicha cláusula pudiéndolo hacer, sino que lo hace en trámite de alegación a su oposición a la declinatoria, de tal forma que no disponemos de ninguna base probatoria y el único hecho objetivo del que disponemos a la hora de determinar este control de incorporación es el contrato suscrito por las partes.

Este criterio ha sido recogido en numerosas resoluciones de esta Sala, así en sentencia 19/09/2018 , en dicha sentencia ya se recoge la STS de 9 de mayo de 2013 la cual ha precisado de manera reiterada cual es la extensión del control que los Tribunales han de efectuar de las cláusulas de un contrato en función de que una de las partes tenga la condición jurídica de consumidor o no:

" 201. En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"- , 7 LCGC -"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [..]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [..]".

203. Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC.

Además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los



presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

211. *En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato".*

2.- Este tribunal ha sentado una jurisprudencia estable en esta materia, contenida en las sentencias 367/2016, de 3 de junio ; 30/2017, de 18 de enero ; 41/2017, de 20 de enero ; 57/2017, de 30 de enero ; 587/2017, de 2 de noviembre ; y 639/2017, de 23 de noviembre ;

Este criterio ha sido reiterado en otras sentencia del TS por ejemplo la STS de 10 de enero de 2018 :

"1.- El control de incorporación, previsto en el art. 5 LCGC, es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación. Pero no ocurre igual con los controles de transparencia y abusividad, reservados a los contratos celebrados con consumidores.

2.- Este tribunal ha sentado una jurisprudencia estable en esta materia, contenida en las sentencias 367/2016, de 3 de junio ; 30/2017, de 18 de enero ; 41/2017, de 20 de enero ; 57/2017, de 30 de enero ; 587/2017, de 2 de noviembre ; y 639/2017, de 23 de noviembre ; en la que hemos afirmado que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores. Del mismo modo, hemos establecido que el control de transparencia material únicamente es procedente en tales contratos".

En definitiva si la parte demandante no tiene la cualidad jurídica de consumidor, como se ha señalado anteriormente, solo se podrá estudiar y valorar si las cláusulas puestas entredicho han estado incorporadas en el contrato, no si son transparentes en el sentido de si se ha informado al cliente.

Dicho lo anterior, las cláusulas de compromiso arbitral en relación con el caso enjuiciado, no hay duda de que las cláusulas litigiosas superan el control de incorporación ordinario al ser comprensible gramaticalmente; y, en segundo lugar, que no existió abuso de la posición dominante de la entidad bancaria predisponente. Esto es así porque no consta que la recurrente desconociera la existencia y claridad de las mismas ya que el contrato firmado fue aportado por la misma parte recurrente, por lo que, en definitiva, no puede afirmarse que en este caso la condición general cuestionada comporte una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener la adherente. Y ello sin perjuicio que se haya podido mantener o se mantenga por esa Sala en otros supuestos su nulidad en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto .

Debiendo en consecuencia desestimarse este motivo del recurso.

CUARTO.- Como tercer motivo del recurso se invoca una interpretación contra proferentem contenida en los Arts 1288 del CC y 6. 2 de la Ley de Condiciones Generales de la contratación.

Mantiene la parte apelante que dicha cláusula coloca al recurrente en una clara situación de desequilibrio respecto del predisponente, que se hace valer de su superioridad contractual para la imposición de un medio de resolución de conflictos que, en definitiva, le favorece única y exclusivamente a él, por cuanto fue él quien la dispuso en el contrato, por convenir a sus intereses, y quien ha pretendido reiteradamente que se aplique para resolver esta cuestión litigiosa invocando la STS 409/2017 de 27 de junio de 2017 .Ante todo señalar que dicha sentencia hace referencia a una relación entre un consumidor y un profesional.

El art. 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, sobre los requisitos de incorporación, señala que << 1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.>>

Nada obsta que la parte pueda instar su nulidad como condición general de la contratación, que no es la acción ejercitada en la demanda, ni de que los árbitros sean competentes para su resolución como establece el art 22 de la ley de Arbitraje .

Tal posibilidad de que conozcan de su nulidad se desprende con claridad de la STSJC de fecha 04/04/2013, en que si bien decreta la nulidad de dicha cláusula lo hace por motivos que no concurren en el caso presente.



El art. 22 al tratar la competencia de los árbitros establece: "Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo".

En consecuencia, es en el Procedimiento Arbitral donde debe determinarse si concurren los requisitos para la validez del convenio arbitral (*AP Madrid (Sección 21) Auto 30 marzo 2016* F.J. Segundo).

No se puede olvidar que entre los motivos de anulación del laudo previstos en el art. 41.1 de la L.A. Está: "a) que el convenio arbitral no existe o no es válido". Muestra de ello es la sentencia que indica la apelante: TSJC Sent. Nº 26/2013 de 4 abril donde se trata como un motivo de impugnación del Laudo dictado la validez de la cláusula inserta en un contrato de Swap que anula vía impugnación del laudo.

Como recoge la resolución de la AP Barcelona, Sec.4 de fecha 30/09/2016 con remisión al *Auto dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, en fecha 12 de septiembre de 2.011* , que la remisión al **arbitraje** no implica en sí misma una ruptura de la buena fe negociada ni un abuso en perjuicio del justo equilibrio de las prestaciones pues se trata de una institución prevista por nuestro legislador como mecanismo eficaz para la resolución de conflictos, incluidos aquellos relativos a la posible nulidad de contratos como el que nos ocupa (permuta financiera) según han declarado diversos tribunales provinciales de nuestro país destacando los *Autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, de 12 de febrero de 2.010 y de Murcia, Sección 5ª, de 15 de marzo de 2.011 en cuyo razonamiento jurídico 4ª* (último párrafo), refiriéndose a la resolución anterior (FJ 3º), leemos lo siguiente: "También al hilo de lo expuesto, nos permitimos transcribir la parte del auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza que dice: "En lo que atañe a la nulidad del convenio arbitral por abusivo, el art. 9.2 LA se remite a la LCGC, L 7/1998, cuyo artículo 8.2 únicamente otorga significación a la abusividad de una cláusula cuando el contrato se ha celebrado con un consumidor, como ha proclamado el TS en sentencias tales como la *STS de 16-12-1998*, apartándose de otros precedentes, y el recurrente no reclama ni dice ostentar tal condición. En este mismo sentido cabe citar también las *SAP Madrid núm. 110/2009 y 151/2009* . Pero es que además, como razona la primera de estas sentencias, calificar de abusiva una cláusula general por el mero hecho de contener un pacto arbitral resulta insostenible y poco congruente con la potenciación que de esta figura se ha perseguido por parte del legislador con la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje** y con el aval que dicha institución ha recibido en la jurisprudencia constitucional".

B.- Ya de manera particular observamos:

a.- Fue (..) la que aportó el contrato que incluye dicha cláusula como documento 3 de su demanda lo que nos permite afirmar que no le fue ocultada maliciosamente por el predisponente (..)

c.- Formalmente constatamos que la estipulación no está disimulada entre el conjunto pues aparece redactada en letra negrilla como mecanismo tendente a captar la atención de quien la ha de suscribir asegurando su lectura.

d.- Si pasamos al estudio de su contenido: - la cláusula controvertida no se pierde en declaraciones vagas e imprecisas sino que de manera clara e inteligible establece la sumisión al **arbitraje** de "cualquier cuestión litigiosa derivada de este Contrato" por lo que descartamos, en aras a la seguridad jurídica, que el administrador de una entidad mercantil, avezado en el tráfico por más que pudiera carecer de formación jurídica, pudiera resultar ignorante de aquello que estaba firmando y - la designación recae sobre una institución de reconocido prestigio, el Tribunal Arbitral de Barcelona, del que no consta vinculación con la predisponente por lo que su imparcialidad queda fuera de discusión".

La aplicación al caso presente y en atención a lo expuesto en los fundamentos anteriores conlleva a la desestimación del recurso y a la confirmación de la resolución recurrida.

QUINTO.- Procede imposición de costas al desestimarse el recurso, de conformidad con el *art. 398 L.E.C.* .

VISTOS los artículos citados y demás de aplicación,

PARTE DISPOSITIVA:

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de PROMOCIONS I SOLARS DE L'EMPORDA S.L. contra el Auto de fecha 23 de enero de 2019 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Girona, en el Juicio Ordinario nº 1.303/2018, del que dimana el presente Rollo de apelación y **CONFIRMAR**, dicha resolución, con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente.

Contra esta resolución no cabe recurso.



Notifíquese esta resolución a las partes y, remítanse las actuaciones originales al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción del que proceden.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ