



Roj: **AAP B 4089/2017 - ECLI:ES:APB:2017:4089A**

Id Cendoj: **08019370042017200130**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **4**

Fecha: **16/05/2017**

Nº de Recurso: **275/2017**

Nº de Resolución: **173/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JORDI LLUIS FORGAS FOLCH**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN CUARTA

Rollo núm. 275/2017

Procedimiento Ordinario núm. 1057/2015

Juzgado Primera Instancia núm. 56 de Barcelona

AUTO núm. 173/2017

Ilustrísimos Señores Magistrados:

MERCEDES HERNÁNDEZ RUIZ OLALDE

MARTA DOLORES DEL VALLE GARCÍA

JORDI LLUÍS FORGAS i FOLCH

En la ciudad de Barcelona, a dieciséis de mayo de dos mil diecisiete.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de Procedimiento Ordinario, tramitado con el número arriba expresado por el Juzgado Primera Instancia número Cincuenta y seis de Barcelona, por virtud de demanda formulada por ESCOLA GRÉVOL SCCL (Societat Cooperativa Catalana Limitada) contra CAIXABANC SA pendientes en esta instancia al haberse planteado recurso de apelación por la parte ejecutada contra el Auto de veintinueve de junio de dos mil dieciséis que dictó el referido juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la resolución dictada es del tenor siguiente: << Declaro la falta de jurisdicción de este juzgado para el conocimiento del asunto por haberse sometido la cuestión a **arbitraje** y acuerdo el sobreseimiento del proceso, con imposición de las costas a la parte actora >>

SEGUNDO. Admitido en ambos efectos el recurso de apelación se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día veinticinco de abril pasado.

Actúa como ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. JORDI LLUÍS FORGAS i FOLCH.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

1.- La parte actora y ahora apelante, ESCOLA GRÉVOL SCCL (Societat Cooperativa Catalana Limitada), pretendió la anulación del contrato de permuta financiera de tipos de interés variable al contrato de préstamo sindicado con garantía hipotecaria, otorgado en fecha de 28 de diciembre de 2007, entre la meritada accionante, como prestataria, y INSTITUT CATALÀ DE FINANCES y CAIXABANK SA, como prestamistas.



También pretendió en dicha demanda la condena de la demandada en las presentes actuaciones CAIXABANK SA a restituir las cantidades que procediesen según las liquidaciones devengadas con más los intereses legales pertinentes.

2.- El referido contrato de permuta financiera se hallaba regulado por las condiciones generales del contrato marco de operaciones financieras (CEMOF) suscrito por las partes litigantes. En la cláusula vigesimotercera punto uno del mismo se estableció << *Convenio Arbitral. Las partes, si así lo establecen en el anexo I, podrán someter los conflictos o controversias que puedan surgir en relación con el contrato su interpretación cumplimiento y ejecución, a arbitraje, en los términos contenidos en dicho convenio arbitral.*>>

En el meritado anexo I, cláusula décimo quinta, del referido CEMOF se estipuló que << *Fuero.- Para la solución de cualquier cuestión litigiosa derivada del contrato, las partes se someten a arbitraje institucional de derecho del Tribunal Arbitral de Barcelona, de la asociación catalana de arbitraje, a quien encomiendan la designación de árbitros o árbitros y la administración del arbitraje.*>>

3.- La parte prestamista demandada, antes de contestar la demanda, opuso la cláusula de sumisión a arbitraje y, por ello, planteó ante el juzgado de primera instancia declinatoria por falta de jurisdicción, declinatoria, que tras la oportuna tramitación fue estimada por el auto que ahora recurre en apelación la parte actora.

4.- Según lo expuesto, un demandado puede considerar que el tribunal ante el que se ha presentado la demanda no es competente por haber acordado las partes someter las controversias a arbitraje (artículos 63 y demás concordantes LEC) y decidir por ello presentar una declinatoria. La misma posibilidad se recoge en el artículo 11 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje , Ley 60/2003, de 23 de diciembre, que precisa que el convenio arbitral impide a los Tribunales ordinarios conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. El convenio arbitral es un acuerdo por escrito, generalmente incluido en el marco de un contrato principal, pero sin que sea ello necesario para su validez y eficacia, en el que las partes expresan su voluntad de someter a arbitraje toda controversia o conflicto que derive de la relación negocial de las partes.

5.- Se debe recordar al caso, asimismo, el denominado principio de separabilidad o autonomía del convenio arbitral recogido en el artículo 22.1 de la LA, en virtud del cual, la eventual nulidad del contrato principal no afecta a la cláusula del convenio arbitral que en él se incluya. La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 , de la que nuestra LA se informa, establece la misma consideración en su artículo 162.

El principio de autonomía del convenio arbitral en relación con el contrato principal está ampliamente reconocido en todos los sistemas jurídicos. En el sistema de *common law* se conoce como "severability" o "separability" para significar lo propio en el derecho continental donde resulta más usado el término de autonomía o incluso el de independencia o desvinculación del convenio arbitral.

6.- Para que el convenio arbitral sea válido debe cumplir con los requisitos de forma y contenido de los artículos 9.1 y 9.3 de la LA. El art. 11 de la LA veda el conocimiento jurisdiccional si el convenio de sumisión arbitral es válido. Esto es lo que se conoce como " *principio impeditivo de actuación de los tribunales* ". La otra cara de la moneda de este principio es el Kompetenz-Kompetenz, principio muy conocido y referido que confiere a los árbitros la competencia para decidir sobre su propia competencia. Se hace preciso señalar que el citado principio impeditivo de actuación de los tribunales cuando existe convenio arbitral no opera de manera automática, ya que los tribunales no aprecian de oficio la sumisión a arbitraje, lo que enlaza con el punto 4 de la presente resolución.

7.- Ahora bien y al hilo de lo anterior la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, puede resultar plenamente aplicable para apreciar el carácter abusivo de un convenio de sumisión arbitral, siempre que se cumplan dos condiciones: que se trate de una cláusula no negociada individualmente y que dicha cláusula sea parte integrante de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor o usuario. Sólo cumpliendo dichos requisitos sería de aplicación el art. 3.1 de la Directiva [que dispone que serán abusivas las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato].

8.- Sin embargo, en el caso, no se ha acreditado la condición de consumidora de la entidad accionante, lo que desarrollaremos en adelante pero de lo que ya se desprenden dos consecuencias: la primera de que no puede aplicarse la prohibición de sumisión a arbitraje establecida en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios en el sentido de proclamar la nulidad radical de cláusulas de arbitraje que someta controversias relativas a relaciones con consumidores a arbitrajes distintos de los de consumo y la segunda que la cuestión que se somete a arbitraje es materia disponible al mismo, esto es, entra dentro del ámbito del art. 2 de la LA.



9.1.- El art. 2.b de la referida Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, expresa: "«consumidor»: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional."

9.2.- El art. 2.a) de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), lo define : "«consumidor»: cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión;"

9.3.- En el art. 3 del RDL 1/2007 , modificación Ley 3/2014, se describe el concepto general tanto de consumidor como de usuario de la siguiente manera:

<< Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario. A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Artículo 4. Concepto de empresario. A efectos de lo dispuesto en esta norma , se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión>>.

En el primero de los artículos citados dice que serán consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas, sin establecer ningún tipo de exclusión en referencia a las sociedades mercantiles.

En el art. 4 LGDCU , tampoco se especifica de ningún modo que las sociedades mercantiles deberán ser consideradas, en todo caso, como empresarias.

Por su parte el art. 1 de la Ley de 1984, decía: <<3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.>>

9.4.- Así pues, el consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, lo que significa que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

La doctrina indica que, en el caso de la persona física atiende al fin contractualmente perseguido en la celebración del contrato. Si ese fin es ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión se considera consumidor, y la carga de la prueba en ese punto corresponderá al empresario que niega esa condición de consumidor al adherente.

Por el contrario, tratándose de persona jurídica se exige que esa contratación se realice dentro del ámbito ajeno al desarrollo de cualquier actividad empresarial, profesional o comercial, que por otro lado ni siquiera ha de ser la que identifica el giro ordinario de la sociedad.

9.5.- En nuestro caso concreto, se trata de una sociedad cooperativa catalana y conviene recordar que el referido art. 3.2 del Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [Se modificó por el art. único.1 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo] que << Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial>>. Es decir, para configurar el concepto de consumidor se sigue haciendo hincapié, no tanto en el hecho de sea una persona jurídica o física sino en la calidad en la se interviene en el acto o negocio jurídico de que se trate.

Sin embargo, ante las insistentes alegaciones de la parte apelante sobre la falta de ánimo de lucro de la demandante debemos recordar que la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, en vigor, reafirma sin margen de duda el carácter societario y empresarial de las cooperativas, abre en la misma regulación la posibilidad de configurar cooperativas «sin ánimo de lucro», cuyo referente más destacado son las cooperativas denominadas «de iniciativa social».

En este sentido, la Ley 12/2015, de 9 de julio, de Cooperativas de Catalunya, que derogó la Ley 18/2002, de 5 de julio, señala en su art. 144 << Condición de cooperativa como entidad sin ánimo de lucro. A efectos de concursos



*públicos, de contratación con entes públicos, de beneficios fiscales, de subvenciones y, en general, de cualquier otra medida de fomento que sea de aplicación, tienen la misma condición que las demás entidades **sin ánimo de lucro las cooperativas en cuyos estatutos sociales se especifique expresamente que** : a) Los exce-*

dentas de libre disposición, una vez atendidas las dotaciones a los fondos obligatorios, no se distribuyen entre los socios, sino que se destinan, mediante una reserva estatutaria irrepartible, a las actividades propias de esta clase de cooperativa, a la cual pueden imputarse todas las pérdidas, conforme a lo que establece la presente ley. b) Los cargos de miembro del consejo rector y los de la intervención de cuentas no son remunerados, sin perjuicio de que las personas que los ostentan puedan ser resarcidas de los gastos originados en el ejercicio del cargo. Si hay personas que no son socias que formen parte del consejo rector, estas sí pueden ser remuneradas, sin que esta circunstancia altere la condición de entidad sin ánimo de lucro. c) Las aportaciones de los socios al capital social, tanto las obligatorias como las voluntarias, no pueden devengar un interés superior al interés legal del dinero, sin perjuicio de las correspondientes actualizaciones. d) Las retribuciones de los socios trabajadores o, si procede, de los socios de trabajo y del personal que trabaje por cuenta ajena no pueden superar el 150% de las retribuciones que, en función de la actividad y categoría profesional, establezca el convenio colectivo aplicable al personal asalariado del sector y de la zona correspondiente>>. Esto es, solo cumpliendo también con los mismos requisitos que se establecen en la Ley estatal de 1999 puede considerarse una cooperativa sin ánimo de lucro, con independencia de que su objeto social fuera el de prestar servicios relacionados con la educación. En las presentes actuaciones, no consta que en los estatutos de la parte apelante los requisitos establecidos en la legislación para que sea considerada una entidad sin ánimo de lucro, lo que se tendrá en cuenta para alcanzar la conclusión de que no se está frente de un consumidor a los efectos de la LGDCyU.

9.6.- Con notable claridad, la Sentencia TJUE de 3 de Septiembre 2015 C-110 (2014), establece que: << 15. A este respecto, cabe señalar que, según el décimo considerando de la Directiva 93/13, las normas uniformes sobre las cláusulas abusivas deben aplicarse a todos los contratos celebrados entre «un consumidor» y «un profesional», conceptos estos definidos en el artículo 2, letras b), y c), de dicha Directiva.

16. Conforme a tales definiciones, es «consumidor» toda persona física que, en los contratos regulados por la citada Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. Por su parte, es «profesional» toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la Directiva 93/13, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.

17. Por tanto, la citada Directiva define los contratos a los que se aplica por referencia a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional (sentencias *Asbeek Brusse* y de *Man Garabito*, C-488/11 , EU:C:2013:341 , apartado 30, y C-537/13 , EU:C:2015:14 , apartado 21).

18. Tal criterio responde a la idea que sustenta el sistema de protección establecido por dicha Directiva, a saber, que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (sentencias *Asbeek Brusse* y de *Man Garabito*, C-488/11 , EU:C:2013:341 , apartado 31, y C-537/13 , EU:C:2015:14 , apartado 22) >>.

9.7.- Al respecto, la reciente STS de 5 de abril del 2017 ha venido a señalar que la determinación de si el prestatario ostenta o no la condición de consumidor cuando el dinero del préstamo se destina en parte a necesidades personales y en parte a actividades comerciales o profesionales, debe ser considerado consumidor si el destino empresarial no predomina en el contexto general del contrato, sino que es marginal o mínimo en relación con el privado. En las presentes actuaciones no hay constancia alguna de que los fondos prestados se destinaran a actividades particulares.

9.8.- A todo lo anterior se debe añadir que, en el *expositivo* del préstamo sindicado con garantía hipotecaria otorgado en su día 28 de diciembre 20007, la suma objeto de aquél (2.500.000 euros) se prestó con el único fin de ampliar << *l'escola en els terrenys situats al carrer Provençal número 9, al barri del Poble Nou*>> (f.126), de esta Ciudad. De lo que resulta del todo claro que, como señala la referida STJUE citada, la demandante apelante no actuaba con un propósito ajeno a su actividad profesional propia.

9.9.- Por otro lado, el hecho de que la demandante pueda obtener un perfil que pueda ser calificado como de cliente/inversor minorista de acuerdo con la normativa MiFID no tiene repercusión ninguna en el concepto de consumidor de la directiva. Se trata de ámbitos de tutela distintos, que pueden concurrir y solaparse o no. Piénsese, por ejemplo, que una sociedad de capital puede, aún en escasas ocasiones, ostentar el carácter de consumidora y, en otras operaciones que resulten vinculadas indefectiblemente a su actividad profesional o empresarial propia, ostentar la condición de mera inversora minorista, a los efectos de art. 78 bis, 3 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. Es decir, la tutela que nuestro ordenamiento presta al denominado cliente/inversor minorista puede o



no, como es nuestro caso, solaparse con la que aquél ofrece a quien es, además, consumidor, que se insiste, no es nuestro caso.

La Directiva CEE de Mercados de Instrumentos Financieros, más conocida como MiFID, se trasladó a la normativa española mediante la Ley 47/2007 por la que se reforma la Ley del Mercado de Valores y el Real Decreto 217/2008 sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

Esta transposición introdujo modificaciones significativas en la relación entre las entidades financieras y los inversores. Tal normativa, de un lado, no se aplica a todos los productos financieros existentes en el mercado y, de otro, distingue a dos tipos de clientes/inversores, minoristas o profesionales. Aquella regulación normativa conceptúa al cliente minorista como el que tiene menos conocimientos y experiencia en este tipo de mercados y, por tanto, es el que recibe la mayor tutela derivada de esa normativa, pero con independencia de que aquél ostente la condición de consumidor o no.

En tal sentido, no reconocida la condición de consumidor del inversor minorista de conformidad con el art. 3 TRLGDCU, es decir, que se trate de personas físicas o jurídicas que actúen en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, no concurría la tutela de las normas de defensa de los consumidores. Lo que es el caso, por lo que no resultan aplicables cautelas que se establecen en el art. 90 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, respecto a la suscripción de convenios arbitrales con consumidores y de ahí que se desestimen los motivos que sustentan el recurso basados en ello.

Por último, el hecho de que el cliente/inversor minorista acuda a la legislación tuitiva contenida en la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la contratación establezca para el que establece que las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente, parte, obviamente, de la premisa de la oscuridad de la cláusula, lo que, en nuestro caso, como veremos no es así.

10.1.- La STS de 3 junio de 2016 aclaró la cuestión sobre la posibilidad someter al control de transparencia cualificado [en el caso de las cláusulas suelo] contenidas en préstamos hipotecarios suscritos por empresarios o profesionales, ratificando que dicho control está reservado a la contratación con consumidores, por lo que no se extiende a la contratación bajo condiciones generales en que el adherente no ostenta la condición legal de consumidor.

Así recordó la STS de 9 de mayo de 2013 en el sentido de que ésta ya aclaró que el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha consideración con independencia de que el adherente sea consumidor (F.J. 201); sin embargo, el control de abusividad quedaba restringido a la contratación con consumidores [F.J. 233 c)].

De ahí que el TS concluyera que el control cualificado de transparencia no resulta de aplicación a la contratación entre profesionales, a los que sólo resultará aplicable el control de incorporación ordinario de claridad gramatical y legibilidad, precisamente porque es un control que nace de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y no es éste nuestro supuesto.

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 prestataria desconociera la existencia y claridad de las mismas de tal modo que no se aportó a la demanda el CEMOF en el que constaban aquéllas, siendo aportado aquel a las actuaciones por la demandada, 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. De ahí que también el control de la normativa tuitiva del inversor minorista que ofrece Ley 47/2007, de 19 de diciembre, no resulte alterado.

10.2.- El Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) se trata de un modelo norma elaborado por la Asociación Española de Banca. El CMOF establece las condiciones de una gran variedad de productos financieros en términos generales. Así pues, es preciso suscribir documentos contractuales complementarios que puedan permitir adaptar estas «reglas del juego» a la gran variedad de productos que ampara y a las necesidades de las partes. Es ese el motivo de que el CMOF no incluya ninguna cláusula de sumisión expresa ni convenio arbitral sino que únicamente establece que las partes podrán incluir tales cláusulas en el Anexo I al CMOF. Es decir, las partes todavía tienen toda la capacidad de decisión respecto al cómo y al dónde de la resolución de potenciales controversias.

10.3.- El CMOF si bien puede ser calificado como un pacto en el modo de contraer pues gran parte de sus cláusulas entran en vigor en el momento en que las partes deciden llevar a cabo las operaciones que se regular y se prevén en aquel, sí contiene cláusulas de aplicación directa.



Entendemos que es posible incluir un convenio global de sumisión arbitral en el CMOF y sus anexos sin que sea necesario que deba incluirse solo en el documento que establezca las condiciones de cada operación que se suscribe (es decir, en cada una de las confirmaciones). Si bien a ello se podría objetar una indeterminación en la prestación del consentimiento a las diversas operaciones que integran el CMOF, en nuestro caso el CMOF solo albergó una sola de confirmación que se suscribió, por lo que decae esa objeción.

10.4.- El hecho de que el contrato marco se otorgara con posterioridad no invalida la cláusula de sumisión arbitral pues el CMOF y sus anexos, como hemos visto, responden a modelos preestablecidos a los cuáles se adhiere el cliente/inversor, no resultando controvertido que, en el caso, se esté frente a una contratación por adhesión y a una contratación-tipo, sin que ello, en realidad, incida con los efectos pretendidos por la parte apelante en la presente controversia. Tanto el CMOF como sus anexos aparecen cada uno de ellos firmados expresamente por el representante de la parte actora.

10.5.- 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.>>

En este sentido, debemos recordar otras vez que el CMOF, que aunque suscrito por las partes el 28 de diciembre de 2007 con posterioridad a la confirmación de la permuta financiera de tipos de interés, se acordó por las partes que tuviera efectos retroactivos (estipulaciones 21.1 del propio CMOF y pacto 14 del Anexo I), reguló la referida confirmación de permuta financiera. Por lo que la cláusula de sometimiento arbitral contenida en aquel resulta plenamente vinculante a las vicisitudes de la misma y no hay prueba suficiente que acredite que el predisponente no informara debidamente del pacto de sumisión a **arbitraje**. Diversamente, se desprende del hecho de la firma del CMOF y del Anexo I, así como del hecho de haberse otorgado plenos efectos retroactivos en los mismos, que la parte demandante recibió la oportuna información al respecto, por lo que hemos de considerar que sí hubo, por parte de la actora, una aceptación de la incorporación de la cláusula de sumisión arbitral al contrato.

10.6.- Tampoco puede pretenderse la ineficacia de la cláusula de sumisión arbitral por su carácter de cláusula genérica de sumisión, ya que el hecho de que, dentro del ámbito del principio de libre disponibilidad, se acuerde entre las partes someter todas las controversias que puedan surgir con relación a determinadas relaciones jurídicas no resulta *per se* una sumisión carente de la debida legitimación.

11.- Esto último enlaza con la claridad de las cláusulas predicable de la propia cláusula de sumisión que releva de interpretarla [*in claris not fit interpretatio*]. Así la cláusula arbitral está inserta en el CMOF en la estipulación 23.1 que señala de forma prístina que << las partes pueden someter los conflictos o controversias que puedan surgir en relación con el contrato, su interpretación cumplimiento y ejecución a **arbitraje**>>, condicionando ello a que así se establezca en el Anexo I [anexo que conforma un todo, con el CMOF y la confirmación]. Y así se hizo pues en la cláusula 15 del Anexo I se estipuló que **para la solución de cualquier cuestión litigiosa** derivada del contrato las partes se someten al **arbitraje** institucional de derecho del Tribunal Arbitral de Barcelona. Si ello de por sí resulta claro en el sentido de que la sumisión a **arbitraje** se remite a **cualquier cuestión litigiosa** derivada de este contrato en el que la acción de anulabilidad del swap por error vicio en el consentimiento resulta incardinada, en el pacto primero del Anexo I se especifica que el presente CEMOF se suscribe exclusivamente con el objeto de otorgar cobertura a las operaciones que se suscriban con ocasión del otorgamiento del contrato de préstamo sindicado suscrito entre CAIXABANK, junto con otras entidades y GREVOL SCCL. En definitiva, las partes (tanto la actora, no consumidora, como la entidad financiera demandada) suscribieron expresa y voluntariamente la cláusula de sumisión a **arbitraje** excluyendo pactar un fuero jurisdiccional [que como opción también se prevé en el modelo de la ABE], pacto válido. En este sentido no se observa en el caso infracción alguna de los criterios interpretativos del art. 1288 y demás concordantes del CC.

12.- Tampoco, por último, se observa vulneración alguna del principio de tutela judicial efectiva por el hecho de haberse establecido de común acuerdo las partes la sumisión a **arbitraje** habida cuentas todo lo anteriormente dicho y al hecho de que el Tribunal Constitucional ha sancionado, con reiteración, la validez del sistema de **arbitraje** como solución a los conflictos jurídicos.

Todo lo anterior conlleva a la desestimación del recurso.

13.- A pesar haberse desestimado el recurso procede no hacer imposición de las costas devengadas tanto en esta alzada como en la primera instancia a la parte recurrente (arts. 394 y 398 LEC), al estimar el Tribunal que concurren en el caso serias dudas de derecho que excepcionan el principio de vencimiento objetivo.



PARTE DISPOSITIVA

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por ESCOLA GRÉVOL SCCL (Societat Cooperativa Catalana Limitada), contra el auto de dictado en las actuaciones de las que procede este rollo, cuyo tenor literal de su parte dispositiva se ha reproducido en el antecedente de hecho primero de este auto, el cual se confirma, todo ello sin imposición de las costas devengadas en esta alzada ni las de la primera instancia.

Contra la presente resolución no cabe recurso. Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por este nuestro auto, del que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes del Tribunal.

PUBLICACIÓN.- La anterior resolución ha sido leída y hecha pública por el Magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ