



Roj: **AAP B 310/2018 - ECLI:ES:APB:2018:310A**

Id Cendoj: **08019370172018200015**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **17**

Fecha: **17/01/2018**

Nº de Recurso: **664/2017**

Nº de Resolución: **6/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE**

Tipo de Resolución: **Auto**

**Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Paseo Lluís Companys, 14-16, 1a planta - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866210

FAX: 934866302

EMAIL:aps17.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120168176198

**Recurso de apelación 664/2017 -C**

Materia: Incidente

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 43 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 926/2016**

Parte recurrente/Solicitante: GALERIAS VINÇON, S.L

Procurador/a: Ricard Simo Pascual

Abogado/a: María Jose Salgado Lanzos

Parte recurrida: CAIXABANK S.A.

Procurador/a: Ramon Feixó Fernández-Vega

Abogado/a:

**AUTO Nº 6/2018**

**Magistrados:**

Paulino Rico Rajo

María Sanahuja Buenaventura

Carlos Villagrasa Alcaide

Barcelona, 17 de enero de 2018

La Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, formada por los Magistrados **D. Paulino Rico Rajo, D<sup>a</sup> María Sanahuja Buenaventura y D. Carlos Villagrasa Alcaide** actuando el primero de ellos como Presidente del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº **664/2017** interpuesto contra el auto dictado el día 28 de noviembre de 2016 en el procedimiento ordinario nº 926/2016, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 43 de Barcelona en el que es recurrente **GALERIAS VINÇON S.L.** y apelada **CAIXABANK S.A.** y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El auto antes señalado, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su parte dispositiva lo siguiente: "Declaro la falta de jurisdicción de este juzgado para conocer de la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Simó en representación de GALERIAS VINÇON S.L. contra CAIXABANK SA y me abstengo de su conocimiento por haberse sometido las partes a **arbitraje**.

Sobreseo el presente proceso".

**SEGUNDO.-** La demandante ha expresado en su escrito de apelación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que la fundamenta, que se encuentra unido a los autos.

**TERCERO.-** Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 08/11/2017.

Fundamenta la decisión del Tribunal el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente **D. Carlos Villagrasa Alcaide**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se concluye en el auto objeto de impugnación por parte de GALERÍAS VINÇON S.L., que "debe estimarse la declinatoria al existir una cláusula expresa de sumisión a **arbitraje** para solucionar 'cualquier cuestión litigiosa' derivada del contrato (...) el anexo uno se refiere a 'cualquier cuestión litigiosa' no restringiendo solo la jurisdicción arbitral a cuestiones relativas a interpretación, cumplimiento y ejecución pero es que incluso en el supuesto de estar solo a la cláusula 23 del convenio y no al anexo (cláusula que sí se refiere a 'conflictos o controversias que puedan surgir en relación con el contrato, su interpretación, cumplimiento y ejecución') también debería estimarse la excepción por cuanto la lectura de la cláusula 23 dada su generalidad, no permite sostener que la nulidad del contrato es una cuestión ajena al pacto arbitral pues para decidir sobre la nulidad de los contratos se hace necesario interpretar su naturaleza y su contenido, y para resolver acerca de su cumplimiento y ejecución, es preciso determinar previamente si de lo acordado surgen o no obligaciones para los contratantes".

La demandante, Galerías Vinçon S.L., fundamenta su recurso de apelación contra el auto dictado en primera instancia, que el contrato "en el que se inserta la cláusula objeto de discusión se trata de un contrato de adhesión en el que todos y cada una de las cláusulas del mismo han sido impuestas por la entidad financiera sin que el cliente bancario (en nuestro caso la entidad Galerías Vinçon) tuviera la más mínima posibilidad de negociar de forma individual todo o partes de la cláusulas contenidas en dicho contrato".

En realidad, la recurrente reproduce en la alzada los argumentos que en su día formuló en su escrito de oposición a la declinatoria alegada de contrario.

**SEGUNDO.-** El recurso de apelación no puede ser estimado.

Partiendo del hecho de que, incluso aunque, en su caso, el contrato celebrado entre las partes pudiera calificarse como contrato de adhesión, tal alegación no implica, por sí misma, que la cláusula en la que se contiene el convenio arbitral, resulte inválida por tal motivo.

A estos efectos, el artículo 9.2 de la ley 7/1998 de **arbitraje**, establece que "si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato".

Siguiendo la sistemática del recurso de apelación interpuesto por la demandante, no puede acogerse su tesis de que la controversia suscitada en su escrito de demanda deba excluirse del ámbito del **arbitraje** pactado, ni puede considerarse que la cláusula controvertida, referida al convenio arbitral, presente la manifiesta oscuridad que pudiere justificar la pretensión de la recurrente, de conformidad con el artículo 6.2 de la ley sobre condiciones generales de la contratación, y así resulta, por un lado, de la actividad interpretativa sobre el contrato, que comprende, sin duda, la dirigida a evaluar su validez, desde la perspectiva de normas de derecho imperativo, y, por otro lado, como ha quedado acreditado, a través de la aportación por la demandada, del convenio arbitral firmado por ambas partes, que estipularon por escrito su voluntad de someter a **arbitraje** "cualquier cuestión litigiosa derivada de este contrato", en sus propios términos, que pudiera derivarse de los contratos financieros suscritos, en este caso, del contrato de permuta financiera de tipos de interés, de fecha 6 de octubre de 2008, aportado con la demanda, que quedaba integrado en el contrato marco de operaciones financieras de 29 de septiembre de 2008, aportado con la declinatoria.

Literalmente, en el artículo 23.1 del referido contrato marco, se expresaba que las partes, si así lo establecían en el anexo I, "podrán someter los conflictos o controversias que puedan surgir en relación don el contrato, su interpretación, cumplimiento y ejecución a **arbitraje**, en los términos contenidos en dicho convenio arbitral", de modo que la cláusula 14 del referido anexo, contiene el convenio arbitral efectivamente pactado entre las



partes, con el siguiente tenor literal: "para la solución de cualquier cuestión litigiosa derivada de este contrato, las partes se someten al **arbitraje** institucional de derecho del Tribunal Arbitral de Barcelona, de la Asociación Catalana para el **Arbitraje**, a quien se encomienda la designación del árbitro o árbitros y la administración del **arbitraje**".

El convenio arbitral suscrito entre las partes reúne todos los requisitos exigidos para su validez, por la ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **arbitraje**, y, en concreto, expresa claramente la voluntad de las partes de someter a **arbitraje** "cualquier cuestión litigiosa derivada de este contrato", de conformidad con el artículo 9.1 de la ley, y consta por escrito en documento firmado por ambas partes, como se exige en el artículo 9.3 del mismo texto legal.

Aunque la recurrente manifiesta, tanto en su escrito de recurso de apelación, como en su escrito de oposición a la declinatoria, que "a mi mandante ni tan siquiera le fue facilitada copia en su día del contrato marco de operaciones financieras, de ahí que no pudiera ser aportado a las actuaciones con la demanda", lo cierto es que solo puede considerarse la excusa por la que no fue aportado con el escrito de demanda, puesto que, tal y como acreditó la demandada mediante la aportación del contrato marco con el escrito de declinatoria, el mismo se perfeccionó entre las partes, recogiendo el convenio arbitral, por escrito y con claridad en sus propios términos, habiéndose firmado debidamente por ambas partes.

Los términos como se redacta -"para la solución de cualquier cuestión litigiosa derivada de este contrato, las partes se someten al **arbitraje** institucional de derecho..."- son absolutamente claros, incluso respecto de las cuestiones que las partes decidieron someter a **arbitraje** -"cualquier cuestión litigiosa derivada de este contrato"- y, en su caso, su falta de claridad, debiera ser una cuestión que, en su caso, debiera dilucidarse en el propio procedimiento arbitral.

A pesar de los esfuerzos de la recurrente de intentar justificar el pretendido carácter abusivo de la cláusula que contiene el convenio arbitral, mediante la cita de abundante jurisprudencia, la misma no resulta de aplicación al presente caso, ya sea por tratarse de un procedimiento de anulación de laudo por alteración de fuero territorial -a lo que se refiere la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 4 de abril de 2013 -, ya sea por referirse a supuestos en los que la recurrente ostentaba la condición de consumidora.

En el presente caso, la recurrente no solo tiene su domicilio social en Barcelona, por lo que no podría alegar ningún tipo de alteración del fuero territorial en detrimento suyo, sino que tampoco ha llegado a iniciarse un procedimiento arbitral en el que el laudo no haya resuelto oportunamente sobre la pretendida validez de la cláusula de sometimiento a **arbitraje**, de conformidad con el artículo 9.2 de la ley de **arbitraje**, que pudiere conllevar, en su caso, a la nulidad del laudo.

Tampoco puede considerarse en el presente caso que la recurrente ostente la condición de consumidora, de conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 4 del real decreto legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido por el que se aprueba la ley general para la defensa de consumidores y usuarios, y en el artículo 111.2.a) y d) de la ley 22/2010, del código de consumo de Catalunya.

Como ha reconocido la apelante, incluso en su propio escrito de demanda, solicitó el crédito hipotecario, en fecha 30 de septiembre de 2008, a Caixabank, "para aportar liquidez a la tesorería de la mercantil (...) debido a la delicada situación financiera que por esas fechas atravesaba la mercantil por la drástica disminución de ventas debido a la situación de crisis financiera global", y continua en su escrito narrando las circunstancias de la contratación de la permuta financiera de tipos de interés el día de la firma de la escritura pública del crédito hipotecario, y con motivo de la misma, para protegerse frente a las oscilaciones del tipo de interés que afectaba al crédito solicitado.

Resulta acreditado que la recurrente contrató el crédito hipotecario y la permuta financiera con la demandada, con motivo de su actividad empresarial, concretamente para sanear sus estados financieros, lo que excluye su condición de consumidora, de conformidad con lo establecido en los referidos preceptos de la ley para la defensa de consumidores y usuarios.

Como ha dejado sentado el Tribunal Supremo, en sentencias de 15 de diciembre de 2005 y 20 de diciembre de 2007, entre otras, una sociedad mercantil actúa en el marco de su actividad empresarial, no solo cuando lleva a cabo los actos propios de su objeto social, sino también cuando desarrolla otras conductas tendentes a propiciar tales actos, ya sea para establecerse, ya sea para aprovisionarse, para contratar personal o para financiarse.

Aunque la apelante insiste en su recurso que "en el citado contrato marco de operaciones financieras se hace referencia a la sumisión a **arbitraje** de los conflictos o controversias que puedan surgir en relación con el contrato, su interpretación, cumplimiento y ejecución, resultando que la cuestión objeto del presente procedimiento no estaría comprendida dentro de estos supuestos de sumisión a **arbitraje**, ya que en la



demanda principal del presente procedimiento se solicita la nulidad del contrato en virtud de un error en el consentimiento que lo invalida y determina la nulidad del consentimiento prestado", basta con leer el contenido del convenio arbitral suscrito entre las partes -cláusula 14 del anexo I del contrato marco- para rechazar la tesis de la recurrente.

Como ya hemos indicado, literalmente en el convenio arbitral se expresa que "para la solución de cualquier cuestión litigiosa derivada de este contrato las partes se someten a **arbitraje** institucional de derecho del Tribunal Arbitral de Barcelona, de la Asociación Catalana para el **Arbitraje**, a quien se encomienda la designación del árbitro o árbitros y la administración del **arbitraje**", lo que significa que las partes deciden someter a **arbitraje** "cualquier cuestión litigiosa derivada del contrato", por lo que no cabe duda sobre la inclusión de la acción de nulidad por error en el consentimiento en el propio ámbito de aplicación de lo que las partes han decidido someter a **arbitraje**.

Así, correctamente, se ha resuelto correctamente en el auto impugnado que "el anexo uno se refiere a 'cualquier cuestión litigiosa' no restringiendo solo la jurisdicción arbitral a cuestiones relativas a interpretación, cumplimiento y ejecución, pero es que incluso en el supuesto de estar solo a la cláusula 23 del convenio y no al anexo (cláusula que sí se refiere a 'conflictos o controversias que puedan surgir en relación con el contrato, su interpretación, cumplimiento y ejecución', también debería estimarse la excepción por cuanto la lectura de la cláusula 23, dada su generalidad, no permite sostener que la nulidad del contrato es una cuestión ajena al pacto arbitral pues para decidir sobre la nulidad de los contratos se hace necesario interpretar su naturaleza y su contenido, y para resolver acerca de su cumplimiento y ejecución, es preciso determinar previamente si de lo acordado surgen o no obligaciones para los contratantes".

En definitiva, debe concluirse, como así ha resultado, de conformidad a derecho, en el auto impugnado, con la validez del convenio arbitral otorgado entre las partes y del otorgamiento a **arbitraje** de la controversia que ha pretendido plantear la demandante en el presente procedimiento, y que ha conducido a la oportuna estimación de la declinatoria, dado que los términos de la cláusula no pueden ser interpretados en el sentido restrictivo propuesto por la recurrente, porque la interpretación del contrato se extiende, sin duda, al análisis de los requisitos de su validez, tanto desde el punto de vista de derecho necesario, como desde la propia perspectiva contractual, por parte de los árbitros debidamente referenciados por las partes, y como así también se ha entendido por la jurisprudencia citada en la resolución impugnada, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1988 , 19 de noviembre de 1990 , 12 de julio de 2005 y 11 de febrero de 2010 .

El recurso debe ser, por tanto, desestimado y, en consecuencia, procede confirmar íntegramente la resolución de instancia.

**TERCERO.-** La desestimación del recurso conlleva la imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de GALERÍAS VINÇON S.L. contra el auto de 28 de noviembre de 2016 dictado por la Sra. Juez del juzgado de primera instancia número 43 de Barcelona, que confirmamos íntegramente, con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante. Con pérdida del depósito consignado

La presente resolución es firme. Devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman este auto los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.