

Roj: **AAP S 156/2019 - ECLI: ES:APS:2019:156A**Id Cendoj: **39075370022019200110**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Santander**Sección: **2**Fecha: **04/06/2019**Nº de Recurso: **1064/2018**Nº de Resolución: **159/2019**Procedimiento: **Recurso de apelación. Juzgado de vigilancia**Ponente: **MIGUEL CARLOS FERNANDEZ DIEZ**Tipo de Resolución: **Auto****AUTO nº 000159/2019**

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Miguel Fernández Díez.

Don Bruno Arias Berrioategortúa Doña Milagros Martínez Rionda

=====

En la Ciudad de Santander, a cuatro de junio de dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por Auto de 25 de octubre de 2018 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Torrelavega en P.O 070/2018 se acuerda: Se declara la falta de jurisdicción de este órgano judicial absteniéndose de conocer del asunto por haberse sometido la controversia a **arbitraje** y sobreseyendo el proceso (sic).

SEGUNDO: Contra dicho Auto se interpuso por Anfe Distribución 2011 SL recurso de apelación tras cuya tramitación se ha deliberado y fallado el recurso el día de la fecha.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado Don Miguel Fernández Díez quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Esgrime la recurrente como fundamento de su pretensión la STS de 20 de junio de 2017. Pues bien, la indicada Sentencia razona en su quinto fundamento: ". *La interpretación del convenio arbitral contenido en un contrato de adhesión.*

1.- El *Tribunal Constitucional*, en sus sentencias 176/1996, de 11 de noviembre y 9/2005, de 17 de enero, ha considerado el **arbitraje** como un medio heterónomo de decisión de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados. El **arbitraje** constituye un sistema de heterocomposición de conflictos, en el que, a diferencia del sistema jurisdiccional, la fuerza decisoria de los árbitros tiene su fundamento, no en el poder del Estado, sino en la voluntad de las partes contratantes, aunque el ordenamiento jurídico estatal reconoce y regula esa fuerza decisoria.

Por tal razón, la *sentencia del Tribunal Constitucional 75/1996, de 30 de abril*, afirmó que la autonomía de la voluntad de las partes, de todas las partes, constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el **arbitraje** conlleva la exclusión de la vía judicial. El Tribunal Constitucional declaró que, salvo que el litigante lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir que sea precisamente un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, pues de otra manera se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva. La *sentencia del Tribunal Constitucional 136/2010, de 2 de diciembre*, ha



precisado que la renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al **arbitraje** debe ser "explícita, clara, terminante e inequívoca".

2.- La anterior doctrina del *Tribunal Constitucional explica que esta sala, en su sentencia 26/2010, de 11 de febrero*, con cita de otras anteriores, haya declarado que la cláusula de sumisión a **arbitraje**, para ser tenida por eficaz, es necesario que manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros. 3.- El convenio arbitral es aquel que expresa la voluntad de las partes de someter a **arbitraje** todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación o ámbito jurídico, contractual o no contractual. Se trata de un negocio jurídico y, como tal, ha de ser objeto de interpretación para poder ser aplicado. Dada su naturaleza negocial y la trascendencia que tiene la voluntad de las partes de renunciar a la solución jurisdiccional de los litigios que puedan producirse respecto de determinadas cuestiones, que entronca con su justificación constitucional, tiene especial relevancia que el convenio arbitral sea el resultado de la negociación de las partes o se encuentre contenido en un contrato de adhesión, que ha sido predispuesto por una de las partes, que es la que ha escogido la solución arbitral como la más conveniente a sus intereses, y que la otra parte haya prestado su consentimiento por la adhesión a tal contrato. Se excepciona el caso de las cláusulas no negociadas contenidas en contratos concertados con consumidores que establezcan la sumisión a **arbitrajes** distintos del **arbitraje** de consumo, salvo que se trate de órganos de **arbitraje** institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico (art. 90.1 en relación con el 57.4, ambos TRLCU), que son nulas de pleno derecho, por ser abusivas. 4.- Las *sentencias de esta sala 1097/2008, de 20 de noviembre*, y *26/2010, de 11 de febrero*, afirmaron: "Las cláusulas del convenio arbitral, como las de cualquier negocio jurídico, debe ser interpretadas con arreglo a las normas generales sobre interpretación contenidas en los preceptos del CC que se refieren a los contratos (*STS 27 de mayo de 2007, rec. 2613/2000*). En la interpretación de los negocios jurídicos, según ha declarado con reiteración esta Sala, debe aceptarse el criterio seguido por el tribunal de instancia, fundado en los datos fácticos obtenidos mediante la valoración de la prueba que por razón de competencia funcional le corresponde, siempre que la interpretación o calificación realizada no sea ilógica o arbitraria o contradiga las normas hermenéuticas aplicables, pues esta situación desplaza la controversia al terreno de una *quaestio iuris* [cuestión jurídica] susceptible de ser resuelta en el recurso de casación". 5.- La trascendencia de la naturaleza negociada o de adhesión del convenio arbitral tiene su claro reflejo en las reglas de interpretación del convenio arbitral. El *art. 9.2 de la Ley de Arbitraje* prevé 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". Por tal razón es correcta la aplicación que hace la Audiencia Provincial de la regla de interpretación *contra proferentem* contenida en los *arts. 1288 del Código Civil* y *6.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, puesto que el convenio arbitral objeto de este litigio está contenido en un contrato de adhesión, predispuesto por Banco Popular. La afirmación que hace Banco Popular, para impugnar que se haya aplicado la regla de interpretación *contra proferentem*, de que la cláusula compromisoria no le es favorable no puede ser aceptada, por cuanto que 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. Y en todo caso, dicha regla de interpretación de los contratos, contenida en los *arts. 1288 del Código Civil* y *6.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, no exige para su aplicación que la cláusula cuya interpretación se cuestiona haya sido introducida en el contrato en beneficio exclusivo del predisponente. 6.- A la vista de que solo se puede impedir al litigante adherente que acuda a la tutela jurisdiccional en aquellas cuestiones en las que sea "explícita, clara, terminante e inequívoca" su aceptación, al adherirse al contrato, de que fueran resueltas por **arbitraje**, no puede realizarse una interpretación del convenio arbitral que extienda la competencia de los árbitros a cuestiones que no estén expresa e inequívocamente previstas como arbitrables en la cláusula compromisoria. Es la única forma en que puede entenderse que consta la voluntad "explícita, clara, terminante e inequívoca" del adherente de aceptar que tales cuestiones se sometan a **arbitraje**. Por eso, la interpretación "elástica" del convenio arbitral a que ha hecho referencia alguna sentencia de *esta sala (sentencia 605/2005, de 12 de julio)*, que permita que el convenio arbitral tenga un efecto expansivo y abarque todas las cuestiones relacionadas con el objeto del **arbitraje** (*sentencia 741/2007, de 2 de julio*), puede ser aplicable a aquellos convenios arbitrales concertados por negociación, pero no a los contenidos en contratos de adhesión, puesto que tal interpretación no se compadecería con el fundamento de la institución del **arbitraje**, que es la voluntad "explícita, clara, terminante e inequívoca" de las partes, pero de ambas partes, de renunciar a la posibilidad de someter las controversias a la jurisdicción. 7.- El convenio arbitral contenido en el CMOF suscrito por las partes era del siguiente tenor: "Toda controversia o conflicto que se derive del presente Contrato Marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución se someterá definitivamente mediante **Arbitraje de Equidad**". 8.- El argumento de la recurrente de que es aplicable el convenio arbitral a los litigios en los que se ejercite una acción de nulidad de los contratos de swap y put, pese a que en el texto de la cláusula arbitral solo se haga referencia expresa a la "interpretación, cumplimiento y ejecución" del contrato marco, porque la



acción ejercitada no pretende la anulación del CMOF sino de los contratos de swap y put, no es admisible. Este razonamiento lleva justamente a la conclusión contraria a la pretendida en el recurso, esto es, a la inaplicación de la cláusula arbitral a litigios sobre contratos distintos de aquel en el que se ha insertado la cláusula arbitral, que es el CMOF. No puede considerarse que los contratos de swap y put consistan en una simple ejecución del CMOF, como sostiene el recurrente, y que la impugnación de su validez quede comprendida por tal razón en las cuestiones arbitrables previstas en la cláusula compromisoria. No es suficiente con la suscripción del CMOF para que, en su ejecución, se entiendan concertados el swap y el put, sino que es necesaria una nueva prestación de consentimiento para la concertación de estos nuevos contratos, mediante la suscripción de las correspondientes "confirmaciones", que tienen una sustantividad negocial diferenciada del contrato de CMOF y de la simple ejecución de este. Buena prueba de ello es que en numerosos litigios en los que se solicitaba la anulación, por vicio del consentimiento, tanto del contrato de swap como del CMOF, esta sala ha declarado la nulidad del swap pero ha denegado la nulidad del CMOF, por considerar que se trata de contratos diferenciados y con entidad propia, razón por la cual el vicio del consentimiento que afecta al swap no tiene por qué significar la anulación del CMOF al que está ligado. **9.-** Que el CMOF contenga una regulación contractual común que sirve para integrar la reglamentación de estos contratos de swap y put en lo no previsto expresamente por estos, no obsta la anterior conclusión. El CMOF contiene también una regulación propia y específica, ajena al contenido de los contratos que pueden celebrarse en ese "marco", como es la de la compensación de los saldos que presenten los distintos contratos concertados al amparo del CMOF a favor y en contra del banco y del cliente, y la forma de liquidar los saldos que resulten a favor de uno u otro. En todo caso, la anulación por error vicio de los contratos que entran en la órbita de aplicación del CMOF no es una cuestión regulada en las estipulaciones de este, como no podía ser de otro modo, ni tiene relación directa con las cláusulas de tal contrato, pues deriva de la falta de información sobre los riesgos específicos de los diversos contratos que pueden celebrarse en el marco del CMOF. La anulación de los contratos de swap y put por error que vicia el consentimiento no puede ser considerado propiamente una controversia o conflicto que derive del contrato marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución. Por tal razón, no puede entenderse comprendida entre las materias sometidas a **arbitraje** en el convenio arbitral contenido en dicha condición general. **10.-** La invocación del *art. 1284 del Código Civil* no puede servir para sustentar la impugnación formulada en el recurso. La interpretación que la sentencia recurrida ha hecho de la cláusula compromisoria no le priva de eficacia, sino que circunscribe sus efectos a su ámbito correcto, que es el de las controversias o conflictos que deriven del CMOF, su interpretación, cumplimiento y ejecución, pero no otras cuestiones ajenas a este ámbito, como es la nulidad por error vicio de otros contratos celebrados en el marco del CMOF. **11.-** Tampoco puede estimarse el último argumento expuesto en el recurso. La existencia de una cláusula de sumisión expresa a determinados juzgados, prevista para el caso de que no exista sumisión a **arbitraje**, no es significativa de que el convenio arbitral sea omnicompreensivo en el sentido pretendido por Banco Popular, que incluiría como cuestión sometida a **arbitraje** el conocimiento de las acciones de nulidad de los contratos de swap y put. En primer lugar, porque esa cláusula de sumisión expresa, contenida en una condición general de un contrato de adhesión, carece de validez conforme al *art. 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. En segundo lugar, porque lo que en ella se establece, con independencia de su validez, no es incompatible con que el convenio arbitral comprenda algunos aspectos de la relación negocial y otros queden fuera de su ámbito. **12.-** Como consecuencia de lo expuesto, el motivo debe desestimarse. La interpretación *contra proferentem* realizada por la Audiencia Provincial, circunscribiendo el ámbito de las cuestiones sujetas a **arbitraje** a las relacionadas con la interpretación, cumplimiento y ejecución del contrato marco exclusivamente, es correcta no solo porque se ajusta a lo previsto en el *art. 9.2 de la Ley de Arbitraje* y a las normas sobre reglas de interpretación de contratos de adhesión a la que este precepto se remite, entre las que se encuentra la regla de interpretación *contra proferentem*, sino también porque responde al propio fundamento de la institución arbitral, anclada en la voluntad de las partes, que debe estar expresada de forma clara e inequívoca en el caso de la parte que se ha limitado a adherirse a una cláusula predispuesta por la otra parte. **13.-** La cuestión a decidir no es, por tanto, si Banco Popular, cuando predispuso la cláusula, tuvo la intención de que las acciones de nulidad de los contratos de swap o put concertados mediante confirmaciones del CMOF se sometieran a **arbitraje**. Lo decisivo es, a la vista de la redacción que se dio a la cláusula y de las cuestiones a las que se hacía expresa referencia en la misma, si puede considerarse que el adherente ha aceptado de manera clara e inequívoca la sumisión de determinadas cuestiones a **arbitraje** y la correlativa renuncia a que las controversias que puedan surgir sobre las mismas sean decididas por un tribunal de justicia. Y, como razona correctamente la Audiencia Provincial, no puede aceptarse que en este caso Agrumexport, al prestar su consentimiento al contrato de adhesión que le fue propuesto por Banco Popular, hubiera aceptado clara e inequívocamente someter a **arbitraje** cuestiones que distintas de la interpretación, cumplimiento y ejecución de las cláusulas del CMOF y, en concreto, la anulación por error vicio del contrato swap y del contrato put concertados en el ámbito de dicho contrato marco."



En definitiva, el TS razona que no puede extenderse los efectos de la sumisión a convenio arbitral voluntariamente aceptada en un contrato a un contrato diferente por más que exista una cercana o indirecta relación entre los mismos.

SEGUNDO: Esta Sala ha dictado el A. de 31 de octubre de 2018 que contempla una situación semejante a la aquí discutida. Tal y como allí se dice y debe ser ahora reiterado: "La indicada cláusula (sumisión expresa a **arbitraje**) prescindiendo del intrascendente error constatable al fijar la competencia para el conocimiento del recurso contra el laudo- cumple las prescripciones del art. 9.2 la Ley de **arbitraje**- que se cita como infringido- en el que se dice: "Si el convenio arbitral está contenida en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a este tipo de contratos".

El hecho de que nos encontremos ante un contrato de adhesión no puede conllevar la ineficacia de la cláusula, considerando su evidente y claro significado gramatical (art. 1.281, párrafo primero, del CC), de manera tal que no plantea duda interpretativa que haya de ser resuelta con aplicación del art. 1.288 del CC, al que igualmente se refiere el recurrente.

Por lo mismo, cabe afirmar que formalmente la citada cláusula cumple las condiciones de incorporación y transparencia a las que se refiere el art. 6 de la Ley 7/1.988 de las condiciones generales de la contratación.

No puede suscitarse un control de oficio sobre la abusividad de la condición general consistente en el pacto de sumisión a **arbitraje**, teniendo en cuenta que se trata de un contrato celebrado entre comerciantes, siendo irrelevante que la parte actora no ejerza el comercio en la actualidad a consecuencia de la previa resolución del contrato litigioso.

Se hace preciso distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación.

Como se establece en la Exposición de Motivos de la Ley 7/1.998: "Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas".

El concepto de cláusula contractual abusiva- controlable de oficio- sólo tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. La ineficacia de la condición general que no constituye cláusula abusiva ha de ser impetrada por la parte interesada en el procedimiento que corresponda.

Por último, en cuanto a la invocada infracción del art. 54.2 de la LEC, únicamente procede señalar que dicha disposición legal se refiere al pacto sobre fuero jurisdiccional, que no arbitral, territorial, no siendo aplicable al caso."

En el supuesto que nos ocupa nos encontramos en presencia de dos comerciantes que libre y voluntariamente pactan la sumisión a **arbitraje** de la cámara de Comercio de Torrelavega por lo que no existe dificultad alguna para que la indicada cláusula despliegue sus efectos.

Procede en consecuencia la desestimación del recurso.

TERCERO: La desestimación del recurso conduce a la imposición a la recurrente de las costas de esta alzada.

Por cuanto antecede,

LA SALA ACUERDA

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Anfe Distribución 2011 SL contra el Auto de referencia debemos confirmar y confirmamos el mismo con imposición al recurrente de las costas de esta alzada.

Contra este Auto no cabe interponer recurso alguno.

Así por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados.



DILIGENCIA.- Seguidamente la extiendo yo el Secretario, para hacer constar que la anterior resolución la han dictado los Magistrados que la firman, para su unión a los autos, notificación a las partes y dar cumplimiento a lo acordado. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ