

Jurisprudencia

Jurisprudencia española

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera) nº 26/2013, de 4 abril 2013

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio.

Partes: *Coyanza Sport, S.L. / Caixabank, S.A. (antes, Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona, "La Caixa").*

Fuente: RJ\2013\6382.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º y 5º, 14.3º, 26.1º y 41.1º. a) y f) LA; art. 54.2º LEC; arts. 7 y 8 LCGC; art. 111.2º, aps. a) y d) Ley 22/2010, del Código de Consumo de Catalunya.

Acción de anulación: procedencia.– Convenio arbitral.– Cláusula abusiva: carácter de consumidor del demandante.– Sociedad profesional.– Cláusula que no establece con la necesaria claridad cuál debe ser el lugar del arbitraje.– Determinación del lugar del arbitraje.– Determinación atendiendo a las circunstancias del caso y a la conveniencia de las partes.– Reglamento del Tribunal Arbitral de Barcelona.– Ausencia de motivación del laudo: orden público.

Es razonable exigir que la validez de la cláusula compromisoria integrada en un contrato de adhesión que, en perjuicio del adherente, fije expresamente como lugar del arbitraje –o someta la cuestión a la decisión de un tercero– uno diferente del de su domicilio o del lugar de cumplimiento del contrato principal, dependa de que dicha determinación –o delegación– resulte claramente de la propia cláusula, o de que, de cualquier otra forma, el adherente hubiera tenido oportunidad real de conocerla de manera completa y de aceptarla libremente al tiempo de la celebración del contrato (art. 7 LCGC).

De todas formas, la decisión del árbitro al respecto –al igual que la de la Institución arbitral, puesto que su reglamento no podrá desconocer lo dispuesto en la LA– deberá tomar en consideración “ las circunstancias del caso “ y “ la

conveniencia de las partes “, lo que indudablemente hace referencia –aparte de otros factores–, por lo que se refiere al primer criterio y sin perjuicio de la facultad prevista en el art. 26.2º LA, al lugar de residencia o de establecimiento de las partes y de localización de las pruebas –especialmente las testificales–, y por lo que atañe al segundo, a los costes que se vieran obligadas a atender las partes para desplazarse desde dicha localización al lugar del arbitraje, en general, a la mayor facilidad para que estas puedan acceder en condiciones de igualdad al proceso arbitral.

Con carácter específico, tratándose de un convenio arbitral incorporado a un contrato de adhesión como condición general –como es el caso del supuesto analizado–, aun del concertado con un no consumidor, la remisión contenida en el art. 9.2º LA a la LCGC impone que, dadas las implicaciones y consecuencias que tiene la determinación del lugar del arbitraje, se respeten las previsiones contenidas en los arts. 5 y 7 LCGC, con las consecuencias en cuanto a su complitud y claridad. Resulta del art. 9.2º LA en relación con los arts. 5 y 7 LCGC, que debe considerarse ineficaz y nula la cláusula compromisoria (18ª) integrada en el contrato de SWAP concertado entre la demandante y la demandada, en la medida en que, tratándose de una condición general y de un contrato de adhesión, respectivamente, aquélla no establece con la necesaria claridad cuál debía ser el lugar del arbitraje, ni tampoco integra en su defecto una indiscutible delegación para que dicha determinación la efectuase la institución arbitral, ni consta que dicha información le hubiera sido facilitada en su día por la proponente a la adherente de cualquier otra forma, de manera que ésta no tuvo la oportunidad real de conocerla de forma completa ni de aceptarla libremente al tiempo de la celebración del contrato.

PRIMERO: *Motivos de nulidad del Laudo.* Coyanza Sport ejercita una acción de nulidad del Laudo arbitral dictado en Barcelona el 21 diciembre 2011 por el árbitro en Derecho Sr. D. Luis Costa Ran, designado por el TAB.

Se invocan como motivos de nulidad del Laudo:

Con carácter principal, la invalidez del convenio arbitral (art. 41.1º.a LA), por considerar que la cláusula 18ª incorporada al contrato de permuta financiera de intereses (en adelante SWAP) firmado por las partes, que implica el sometimiento a un arbitraje que debía celebrarse en Barcelona, con el consiguiente perjuicio para la actora –ésta tiene su domicilio en una localidad de la provincia de León–, no fue negociada con separación al resto del contrato, ni tampoco fue objeto de información previa, de atención específica o de aceptación expresa por las partes, sino que se trata de “ una condición general “ incorporada a un contrato de adhesión y, por ello, se encuentra afectada por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) de 1998, cuyo art. 8.1º establece la nulidad de pleno derecho de aquellas condiciones que contradigan, en perjuicio del adherente, lo dispuesto en la propia ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, teniendo en cuenta que, además, el art. 54.2º LEC considera inválida “la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios “; y con carácter subsidiario, la infracción del orden público (art. 41.1º.f LA), por carecer el Laudo impugnado de la necesaria motivación respecto de algunos de los puntos esenciales del litigio, o, en todo caso, por poseer una motivación “más aparente que real”, omitiendo toda valoración de los “ únicos elementos objetivos que analizan el perfil del cliente y que están redactados por La Caixa “, de forma que abocan al Laudo a “ unas conclusiones arbitrarias e inmotivadas “ respecto a la cuestión

capital, relativa a la capacidad del cliente para contratar el SWAP y a la adecuación de este producto financiero a aquel.

SEGUNDO: *La cláusula arbitral y las cuestiones controvertidas*. 1. Como hemos dicho, la demandante afirma en primer lugar que la cláusula arbitral (18ª) titulada "Ley aplicable y cláusula compromisoria", contenida en el contrato de SWAP firmado por las partes en 26 septiembre 2008, es inválida o ineficaz.

Su tenor literal es el siguiente:

"El presente contrato se regirá e interpretará de acuerdo con la legislación española. Para la solución de cualquier cuestión litigiosa derivada de este contrato, las partes y los otros obligados se someterán al arbitraje institucional de derecho del Tribunal Arbitral de Barcelona, de la Asociación Catalana para el Arbitraje, a quien se le encomienda la designación del árbitro o árbitros y la administración del arbitraje".

2. Previamente a decidir sobre lo que se nos pide, es preciso analizar y resolver las siguientes cuestiones:

- si la demandante alegó o no en el procedimiento arbitral, para oponerse a la celebración del mismo en Barcelona, los motivos en que ahora sustenta su demanda de anulación del Laudo;
- si a la demandante de la nulidad del Laudo e instada en el procedimiento arbitral puede reconocérsele o no la condición legal de usuaria o consumidora;
- si el contrato de SWAP firmado por las partes tiene o no el carácter de contrato de adhesión y si la cláusula arbitral a él incorporada constituye o no una condición general de la contratación a los efectos previstos en el art. 9.2º LA en relación con Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de contratación (en adelante LCGC);
- más específicamente, si dicha cláusula fue objeto o no de aceptación expresa por la adherente, al margen del consentimiento expresado por esta respecto al objeto principal del contrato de SWAP; y
- en última instancia y en su caso, si dicha cláusula es o no abusiva o si infringe de cualquier otra forma la legislación propia de los contratos de adhesión y de las condiciones generales de contratación (LCGC), igualmente a los efectos previstos en el art. 9.2º LA en relación con el art. 41.1º.a LA.

TERCERO *Previa alegación en el procedimiento arbitral de los motivos que ahora se invocan para solicitar la nulidad del Laudo*. 1. Al contestar la demanda de nulidad del Laudo, la demandada, en su día instante del arbitraje, aduce –además de lo confuso de su redacción y de la ausencia de razonamientos precisos sobre las causas de nulidad alegadas– que la instada no alegó la falta de consentimiento "real y específico" al arbitraje en Barcelona "ni con ocasión del primer escrito de alegaciones a la instancia inicial [ante el TAB], ni al contestar la demanda formulando a la vez reconvencción [ante el árbitro]", por lo que, al amparo del art. 9.5º LA, considera que procede, sin más, la desestimación de este primer motivo de anulación.

2. Sin embargo, la lectura del escrito de alegaciones presentado ante el TAB (15 febrero 2011) por la instada, para invocar la excepción de incompetencia arbitral, permite comprobar que, entre otros motivos, adujo entonces que:

"La cláusula de arbitraje ha sido impuesta, como el resto del contrato, a nuestra sociedad e implica un abuso de la posición dominante del oferente pues supone que se tenga que litigar en un lugar alejado del ámbito territorial sin que exista una información previa ni una aceptación separada y patente del compromiso arbitral. Es obvio que se impone por la Caixa el litigio en un domicilio que le favorece, correspondiente a su domicilio social, con la consiguiente desproporción en los gastos y medios que representan dicho litigio".

El propio TAB, al sintetizar las alegaciones de la instada, recogió entre otras, aunque de forma imperfecta, las siguientes:

"...e) la nulidad del contrato que, siendo un contrato de adhesión, impone la cláusula de arbitraje con abuso de posición dominante; f) la condición de consumidor de la sociedad instada o, en caso de

no ser considerada consumidor, la aplicación de las disposiciones de la LGCC;... y, finalmente, h) también entra a considerarcuestiones relativas al fuero territorial”.

Por otra parte, en el escrito de contestación a la demanda arbitral y de reconvencción en el procedimiento de arbitraje, la instada reprodujo sus alegaciones para sustentar la incompetencia del organismo arbitral barcelonés, hasta el punto de que la instada del arbitraje, en su escrito de contestación a la demanda reconvenccional, comenzó denunciando que se reiteraban “los mismos argumentos”, por lo que en dicha ocasión se limitó a “dar por reproducido todo lo actuado hasta la fecha a este respecto”.

De hecho, en el aludido escrito de la instada podía leerse que:

“...no parece razonable creer que [existiera] unconsentimiento libre y conscientede mi representada, no teñido deerror sustancial, al aceptar someterse a un juicio en una sede alejada de su domicilio socialque por este simple hecho va a reportarleunos gastos importantes en proporción a la materia y objeto del contrato... Es evidente que una empresa radicada exclusivamente en León, de muy pequeña dimensión, no acepta librementeun arbitrajea celebrar en Barcelona, sede precisamente de la entidad que ha impuesto tal cláusula”.

En consecuencia, no es cierto que la demandante no alegara oportunamente, primero ante el TAB y luego ante el árbitro único, la invalidez de la cláusula arbitral por no haber sido objeto de consentimiento específico, especialmente por lo que se refiere a la alteración del fuero territorial del lugar del contrato y/o del domicilio de la instada.

CUARTO: *La pretendida condición de la demandante de la nulidad del Laudo como usuaria o consumidora*. 1. Se explica igualmente en la demanda de anulación el Laudo que, una vez promovido el arbitraje ante el TAB por La Caixa tras el incumplimiento del contrato de SWAP, la instada se opuso a la competencia de dicho organismo arbitral invocando desde el principio la invalidez de la cláusula compromisoria por entender, entre otros extremos, que, aun siendo una persona jurídica, tenía una posición “similar” a la que es propia de un consumidor –en la demanda de anulación del Laudo se acepta de manera expresa que “la demandante no es estrictamente un consumidor”–, a la vista de que el negocio contratado era ajeno a su objeto social.

En su Acuerdo de aceptación del arbitraje (8 marzo 2011), el TAB rechazó dicha objeción –entre otros motivos– por considerar que, aunque la cláusula en cuestión formara parte de un contrato de adhesión, no podía considerarse ineficaz por ese solo hecho, teniendo en cuenta que la adherente no tenía la consideración de consumidor al tratarse de “una sociedad profesional”.

En el Laudo, el árbitro único se limitó prácticamente a reproducir los razonamientos del Acuerdo inicial del TAB, rechazando que, conforme a lo dispuesto en el art. 9.2º LA, la misma pudiera considerarse “abusiva” por el único hecho de hallarse incorporada a un contrato de adhesión y que, conforme a los arts. 7 y 8 LCGC, pudiera calificarse de ineficaz, porque la entidad adherente, aunque de pequeñas dimensiones, no podía reputarse “consumidor” en los términos descritos por el art. 3 RDL 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 y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU), ya que el objeto del contrato de SWAP no era ajeno a su actividad empresarial.

2. Ciertamente, de los arts. 3 y 4 TRLGDCU y del art. 111.2º, aps. a) y d), de la Ley 22/2010, del Código de Consumo de Catalunya –aunque éste sea, ciertamente, de fecha posterior a la del contrato que integra la cláusula arbitral–, se infiere que Coyanza Sport no puede ser tenida por consumidora y, en consecuencia, no podrá ser de aplicación lo dispuesto en el TRLGDCU, en particular su art. 90 en materia de “cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable”, pero tampoco –como luego veremos– lo dispuesto para los consumidores en la LCGC, en concreto, lo previsto en su art. 8.2º sobre la nulidad de las condiciones generales abusivas, teniendo en cuenta la definición de éstas contenida en el art. 82 TRLGDCU, en la medida en que exige que el contrato se haya celebrado con un consumidor o usuario.

En efecto, de la normativa estatal resulta que son consumidores quienes “actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional” (art. 3 TRLGDCU), mientras que es empresario “toda

persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada” (art. 4 TRLGDCU).

De la normativa autonómica, sin perjuicio del mayor detalle de su definición, no se desprende nada distinto, en la medida en que para ella son consumidores o usuarios “las personas físicas o jurídicas que actúan en el marco de las relaciones de consumo en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional” (art. 111.2º.a Ley 22/2010); es “consumidor medio” aquel “que, de acuerdo con un criterio de diligencia ordinaria, debería estar normalmente informado y ser razonablemente cuidadoso en las relaciones de consumo, en función de los factores sociales, culturales y lingüísticos” (art. 111.2º.b Ley 22/2010); y es empresaria “cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que, en la realización de un negocio, un oficio o una profesión, comercializa bienes o servicios o, de cualquier otra forma, actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional” (art. 111.2º.d Ley 22/2010).

En el caso de autos, la demandante, aunque de capital social reducido (3006 €), es una persona jurídica que ha concertado la cláusula arbitral en el ámbito de un contrato de SWAP cuyo objetivo económico último –al margen de cuál fuera el resultado final del producto especulativo escogido para ello– era mejorar el coste de la financiación de su actividad empresarial, relacionada con la explotación de un negocio deportivo y, en cierto modo, con la intermediación inmobiliaria precisa para ello.

Téngase en cuenta que 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 cuya finalidad es propiciar tales actos, ya sea para establecerse, para aprovisionarse, para contratar personal o para financiarse (SSTS 1ª 963/2005 de 15 diciembre FD2 y 1319/2007 de 20 diciembre).

3. No interfiere en la cuestión el que la demandante aparezca calificada como “minorista” en la documentación anexa al contrato de SWAP –“Adenda sobre instrumentos financieros”–, de acuerdo con lo establecido en la normativa MIFID – contenida en la Directiva 2004/39/CE (*Markets in Financial Instruments Directive*) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, modificada por la Directiva 2008/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 marzo 2008, transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores–, porque dicha condición se limita a calificar el alcance de las obligaciones de información de la entidad financiera para con su cliente inversor no profesional y el consecuente grado de protección de éste, pero sin atribuirle por esa sola circunstancia la condición de consumidor –para ello seguiría siendo necesario que hubiera actuado en un marco ajeno a su actividad empresarial–, sin perjuicio de las consecuencias que pudieran reconocérsele al incumplimiento de aquellas obligaciones en orden a la formación del consentimiento contractual, lo cual se refiere a la cuestión de fondo y, por tanto, no puede ser revisado en este procedimiento de anulación del Laudo, conforme a lo que resulta de los arts. 40 ss LA.

QUINTO: *Consideración del contrato de SAWP como contrato de adhesión y de la cláusula arbitral como una condición general de contratación.* 1. El contrato en el que se encuentra incluida la cláusula arbitral como una cláusula más es, evidentemente, un contrato de adhesión, entendiéndose por tal el que se halla integrado, en todo o en parte, por condiciones generales, es decir, por “cláusulas predispuestas” cuya incorporación al contrato hubiere sido impuesta por una de las partes –en este caso por LA CAIXA–, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactada con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos (art. 1.1º LCGC), sin perjuicio de que una o varias cláusulas aisladas se hubieren podido negociar individualmente, siempre que en este caso la “apreciación global” permita mantener la calificación de contrato de adhesión (art. 1.2º LCGC).

En el presente caso, tanto el Acuerdo del TAB de aceptación del arbitraje como el propio Laudo, aunque no hayan dado la razón a la demandante, han admitido la condición del contrato de SWAP como contrato de adhesión e, implícitamente, la de la cláusula compromisoria como una condición general de contratación.

Tampoco la demandada, que se limita a alegar –como veremos– que la cláusula arbitral fue expresamente aceptada, afirma cosa distinta.

2. Por lo tanto, la validez del convenio arbitral deberá determinarse *ex art. 9.2º LA* con arreglo a la LCGC, puesto que como hemos dicho en alguna otra ocasión (STSJC 29/2012 de 10 mayo), el hecho de que la demandante no tenga la condición de consumidora no significa que no pueda denunciar al amparo de la LCGC la validez de la cláusula arbitral incorporada como “condición general” a un contrato de adhesión.

Es cierto que el mayor grado de protección se reserva a los consumidores, a fin de ponerlos a salvo de las cláusulas “abusivas”, entendiéndose por tales “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato” (art. 82.1º TRLGDCU) y, en particular –entre otras–, las que “contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable” (art. 82.4º.f TRLGDCU), tales como “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. 90.1º TRLGDCU); o “la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble” (art. 90.2 TRLGDCU).

Pero también es cierto que la situación de desigualdad, mediante un abuso de posición dominante, puede darse igualmente entre no consumidores (profesionales y empresas). A este respecto, la Exposición de Motivos de la LCGC de 1998 establece la protección de la igualdad de los contratantes es “presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y... uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica”, por lo que no se dispensa solo a los consumidores y usuarios, sino también a “cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual”.

En última instancia, tampoco es necesario que el adherente sea consumidor para que pueda declararse a su instancia la nulidad de aquellas condiciones generales que no hubiere tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (art. 7.a LCGC), o cuando las mismas no se adecúen a los criterios de “transparencia, claridad, concreción y sencillez” (art. 5.5º LCGC), es decir, cuando sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (art. 7.b LCGC).

SEXTO: La presunta aceptación expresa de la cláusula arbitral por la adherente, especialmente por lo que se refiere al lugar de celebración de arbitraje. 1. Como ya hemos adelantado, Caixabank alega en su escrito de contestación y oposición a la demanda de nulidad del Laudo que el representante de Coyanza Sport “conoció la existencia de la cláusula arbitral y, con la suscripción del contrato, la aceptó de forma expresa”.

En este sentido, aduce que el documento en que se plasmó el contrato consta de cinco páginas, todas ellas firmadas, y que finaliza, precisamente, con la cláusula arbitral, de forma que la misma no podría pasar “desapercibida” en el momento de firmar la última de ellas, teniendo en cuenta que es la única cláusula que consta en esa página postrera, “por lo que al firmarse [dicha página], el único texto que se tiene a la vista es justa y precisamente la cláusula arbitral”.

2. Sin embargo, aunque esto último sea cierto, no significa que la adherente hubiera sido informada expresamente de las consecuencias derivadas de la aceptación de dicha cláusula, especialmente, por lo que se refiere al lugar de celebración del arbitraje, ni tampoco que la misma hubiera sido aceptada de manera expresa como pretende la demandada.

En efecto, según obra en el ejemplar del contrato de SWAP testimoniado por el TAB, la última cláusula del mismo, titulada “Ley aplicable y cláusula compromisoria”, solo va subseguida, a modo de antefirma, de la expresión de la conformidad de las partes con la totalidad del contrato seguida de cuatro rúbricas –dos por “El Cliente” y dos por “La Caixa”–, empleando la siguiente fórmula literal:

“Y, en prueba de conformidad, las Partes y los Otros Obligados firman el presente contrato a un solo efecto en la fecha indicada como Fecha de Operación y en el Lugar de Celebración indicado en las

condiciones particulares, reconociendo expresamente el Cliente haberle sido entregado uno de los originales, así como cada uno de los Otros Obligados (en caso de haberlos, quedando otro original en poder de 'La Caixa'".

Al pie de cada una de las precedentes cuatro hojas, la primera de las cuales recoge las "condiciones particulares" y las restantes tres, las "condiciones generales", consta igualmente la firma en el apartado "El Cliente" —en las impares obran dos rúbricas y en las pares una sola, sin que se advierta ninguna explicación de ello—, aunque sin ninguna leyenda añadida que permita otorgar a la plasmación de dichas firmas alguna significación específica, más allá de la que aparentemente cumplen, relacionada con la diligencia final y con la garantía de integridad y autenticidad del documento en su totalidad.

3. Téngase en cuenta que, desde su STC 176/1996, de 11 de noviembre (FJ4), el TC viene considerando el arbitraje como "un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1º CE)", de forma que, tal y como declara el ATC 301/2005, de 5 de julio (FJ5), "el Laudo arbitral es el resultado de un procedimiento cuya legitimidad se ancla en el convenio arbitral", con exclusión de su derecho fundamental a impetrar la tutela judicial efectiva del art. 24.1º CE.

En este sentido, el TC ha precisado que la renuncia al derecho a que la cuestión litigiosa sea resuelta por los tribunales de justicia competentes —lo que implica el derecho al juez predeterminado territorialmente— "debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe,... puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho", en cualquier caso, "no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar (por todas, STC 65/2009 de 9 marzo, FJ4)" (STC 136/2010 de 2 diciembre, FJ2).

Por lo mismo, al constituir la autonomía de la voluntad la esencia y el fundamento de la institución arbitral, resultaría contraria al art. 24.1º CE la imposición legal del arbitraje con exclusión de la vía jurisdiccional (STC 174/1995 de 23 noviembre, FJ3). Con mayor razón aún, si la imposición se efectuase por una de las partes.

Es cierto que de la LCGC no se desprende en absoluto la inadmisibilidad del arbitraje en los contratos de adhesión, ni siquiera en los celebrados con consumidores —aunque en este caso habrá que atender a las restricciones previstas en el art. 90 TRLGDCU—, porque no hay ninguna norma prohibitiva al respecto, aunque ello supusiera la renuncia al fuero territorial —el lugar del domicilio del adherente, de celebración del contrato principal o de la parte instada en el arbitraje—, a la vista de que la prohibición contenida en el art. 54.2º LEC se refiere solo a la determinación indisponible de la competencia territorial de los tribunales ordinarios y no tiene ningún precepto correlativo en la LA.

Pero es igualmente cierto que la advertencia contenida en el art. 9.2º LA respecto del convenio arbitral incorporado a un contrato de adhesión, en especial cuando pueda ser considerado una condición general de la contratación, exige para su validez —con independencia de la condición de consumidor o de empresario o profesional del adherente— que su redacción integre de manera "completa" todos los elementos esenciales que el adherente deba conocer (art. 7.a LCGC), y que lo haga ajustándose a "los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" (art. 5.5º LCGC) y, por tanto, que no pueda ser tildada de ilegible, ambigua, oscura o incomprensible (art. 7.b LCGC).

Y en este sentido, según se expondrá seguidamente, de la redacción literal de la cláusula en cuestión no se desprende con la claridad exigida que el arbitrajese hubiera de celebrar en Barcelona, ni consta que la adherente hubiera sido informada de ningún otro modo de que dicha importante circunstancia, por lo que tampoco pudo haberla aceptado de manera expresa.

SÉPTIMO: Validez de la cláusula arbitral conforme a lo previsto en el art. 9.2º LA en relación con el art. 7 LCGC. 1. Ya hemos adelantado que no existe ningún impedimento para que un contrato de adhesión suscrito por quienes no ostenten la condición de consumidores o usuarios integre válidamente una cláusula arbitral con alteración del fuero territorial del lugar de cumplimiento del contrato o del domicilio del adherente o de la parte instada en el procedimiento arbitral.

Ahora bien, no cabe ignorar que la determinación del lugar del arbitraje, es decir, el emplazamiento donde se tramitará el procedimiento arbitral y donde deberá dictarse el Laudo, tiene importantes implicaciones y consecuencias para las partes –no solo por lo que se refiere al arbitraje internacional (ley territorial del arbitraje)–, en la medida en que, por un lado, puede conllevar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, dificultando el acceso al proceso arbitral e incrementando los costes económicos para la perjudicada por la lejanía geográfica –como se desprende de los arts. 82 y 90 TRLGDCU en relación con el art. 8.2º LCGC y, *mutatis mutando*, de la propia regulación del fuero jurisdiccional (art. 54.2º LEC) y de la jurisprudencia que lo ha interpretado (cf. STS 1ª 763/1999 de 15 septiembre)–, y, por otro lado, implica la subsiguiente alteración de la competencia jurisdiccional vinculada al propio arbitraje (nombramiento de árbitros, asistencia judicial para la práctica de la prueba, ejecución forzosa, anulación del laudo), conforme a lo previsto en el art. 8 LA.

A fin de cuentas, como mecanismo de resolución de conflictos sustitutivo del jurisdiccional que es, el arbitraje se encuentra sometido a las mínimas garantías constitucionales del proceso debido, incluidas en el art. 24 CE y a los mismos límites en el ejercicio de los derechos explicitados en los arts. 7 Cc, 11 LOPJ y 247 LEC, en relación con el abuso del derecho, el fraude de ley y la mala fe.

Por ello, es razonable exigir que la validez de la cláusula compromisoria integrada en un contrato de adhesión que, en perjuicio del adherente, fije expresamente como lugar del arbitraje –o someta la cuestión a la decisión de un tercero– uno diferente del de su domicilio o del lugar de cumplimiento del contrato principal, dependa de que dicha determinación –o delegación– resulte claramente de la propia cláusula, o de que, de cualquier otra forma, el adherente hubiera tenido oportunidad real de conocerla de manera completa y de aceptarla libremente al tiempo de la celebración del contrato (art. 7 LCGC).

2. Respecto del lugar del arbitraje el art. 26.1º LA dispone que:

“Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, lo determinarán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes”.

Con carácter general, por tanto, no es necesario que su determinación se afronte por las partes en el convenio arbitral, pudiendo llevarse a cabo con posterioridad, bien por acuerdo entre ellas mismas, bien de forma supletoria por el árbitro o por la Institución designados por ellas, en este último caso conforme a lo que resulte del reglamento de la Corporación, Entidad, Asociación o Institución elegida (art. 14.3º LA).

De todas formas, la decisión del árbitro al respecto –al igual que la de la Institución arbitral, puesto que su reglamento no podrá desconocer lo dispuesto en la LA– deberá tomar en consideración “ las circunstancias del caso ” y “ la conveniencia de las partes ”, lo que indudablemente hace referencia –aparte de otros factores–, por lo que se refiere al primer criterio y sin perjuicio de la facultad prevista en el art. 26.2º LA, al lugar de residencia o de establecimiento de las partes y de localización de las pruebas –especialmente las testificales–, y por lo que atañe al segundo, a los costes que se vieran obligadas a atender las partes para desplazarse desde dicha localización al lugar del arbitraje, en general, a la mayor facilidad para que estas puedan acceder en condiciones de igualdad al proceso arbitral.

Con carácter específico, tratándose de un convenio arbitral incorporado a un contrato de adhesión como condición general –como es el caso del supuesto analizado–, aun del concertado con un no consumidor, la remisión contenida en el art. 9.2º LA a la LCGC impone que, dadas las implicaciones y consecuencias que tiene la determinación del lugar del arbitraje –a las que nos hemos referido en el párrafo anterior–, se respeten las previsiones contenidas en los arts. 5 y 7 LCGC, con las consecuencias ya analizadas en cuanto a su complitud y claridad.

3. Por lo que respecta al presente supuesto, resulta evidente que el lugar del arbitraje no se halla determinado expresamente en la cláusula arbitral, según puede advertirse de su tenor literal –vid. §1 FD2–, si bien todo parece indicar que tanto la instante del arbitraje, como el TAB, como, finalmente, el árbitro entendieron que se hallaba designado implícitamente el lugar de la sede de dicha Institución, al tratarse de la escogida para la elección del árbitro y la administración del arbitraje.

En efecto, la instancia del arbitraje dirigida por Caixabank al TAB no daba lugar a opción alternativa alguna y señalaba como lugar de celebración del arbitraje Barcelona. Por otra parte, ya hemos adelantado que el TAB se limitó a rechazar la objeción de la adherente respecto a la posibilidad de fuera aplicable el art. 54.2º LEC y, en el Acuerdo inicial de aceptación del arbitraje, no se planteó ninguna otra posibilidad. Dijimos también que el árbitro, en la misma línea, rechazó el planteamiento de la instada y desechó la existencia de indefensión material con un argumento tan tautológico como inaceptable –“la lejanía manifestada por la Instada no ha sido óbice para comparecer puntualmente en el Acto de inicio y práctica de la prueba”–, sin plantearse tampoco ninguna alternativa ni tomar en consideración “las circunstancias del caso” ni “la conveniencia de las partes”.

Pues bien, del Reglamento del TAB de 26 julio 2004 resulta, sin embargo, que si bien la sumisión a dicha Institución implica que el lugar del arbitraje será Barcelona (art. 18.1º), ello solo se producirá en defecto de acuerdo de las partes al respecto –“...en tot allò no previst per les parts...” (art. 1.1º)–, y, a falta de acuerdo, “si el TAB no decidís altra cosa” (art. 18.1º) al tiempo de integrar el convenio arbitral –“tenint en compte les circumstàncies del cas...” (art. 10)–, lo que implica que la simple designación del TAB en el convenio arbitral no suponga una clara determinación del lugar del arbitraje, ni tampoco una indiscutible delegación a dicha Institución para que la lleve a cabo sin tener en cuenta las especialidades propias de los contratos de adhesión y de las condiciones generales de contratación, puesto que cualquier decisión al respecto deberá adoptarla con pleno respeto a lo establecido en la LA –“...llevat d'allò que s'estableix a la Llei d'Arbitratge de 23 de desembre de 2003” (art. 1.1º)– y, por tanto, teniendo en cuenta lo que resulta del art. 9.2º LA.

4. En consecuencia con todo lo expuesto y conforme a lo que resulta del art. 9.2º LA en relación con los arts. 5 y 7 LCGC, debe considerarse ineficaz y nula la cláusula compromisoria (18ª) integrada en el contrato de SWAP concertado entre la demandante y la demandada, en la medida en que, tratándose de una condición general y de un contrato de adhesión, respectivamente, aquélla no establece con la necesaria claridad cuál debía ser el lugar del arbitraje, ni tampoco integra en su defecto una indiscutible delegación para que dicha determinación la efectuase el TAB, ni consta que dicha información le hubiera sido facilitada en su día por la proponente a la adherente de cualquier otra forma, de manera que ésta no tuvo la oportunidad real de conocerla de forma completa ni de aceptarla libremente al tiempo de la celebración del contrato.

Es por todo ello que debe declararse la nulidad del Laudo impugnado, sin necesidad de entrar a considerar el segundo motivo de impugnación, dado su carácter subsidiario.

OCTAVO: *Costas procesales*. Las costas del presente procedimiento han de ser impuestas a la parte que se ha opuesto a la anulación del Laudo arbitral, por aplicación del art. 394 LEC.

NOTA

1. Hegel lanzó el reto –tened el valor de equivocaros– y los componentes de la Sala lo aceptaron convencidos, dictando una Sentencia cuyo fallo –en el sentido lato del término– dispone la nulidad del laudo dictado ante la ineficacia del acuerdo arbitral válido del que deriva. Un despropósito cuya comprensión implica una detallada exegesis del contenido de la Sentencia que comentamos.

2. Nos encontramos ante un arbitraje comercial, celebrado entre una empresa leonesa y una entidad financiera barcelonesa para la determinación de una controversia derivada de la ejecución de un contrato de *swap* o permuta financiera suscrito entre ambas, cuya procedencia sustantiva se abstiene de valorar la Sala; único aspecto de la Sentencia correctamente resuelto (cf. Fundamento Cuarto, *in fine*). Hasta aquí, nada especial o destacable.

3. El arbitraje instado se desarrolló al amparo de las disposiciones del Reglamento de Procedimiento de la institución administradora a las que las partes, libremente, se habían sometido: el Tribunal Arbitral de Barcelona. Y es aquí donde se plantea uno de los motivos que, a la larga, justificarán la nulidad del laudo impugnado, por razones –cuando menos– inescrutables para cualquier especialista en la materia arbitral. En opinión de la Sala, la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado, aun siendo formalmente válida, adolecería de oscuridad en sus términos, toda vez que no determina la sede del arbitraje y tampoco consta que a la empresa instante de la nulidad del laudo se le hubiese conferido la oportunidad de negociar sus términos o conocer el alcance de su decisión, antes de aceptarla.

4. La reacción inmediata ante la gravedad de esta conclusión de la Sala es leer –con atención– la cláusula invocada como origen del procedimiento arbitral afectado. Una cláusula transcrita literalmente en el cuerpo de la Sentencia, de la que podemos obtener una conclusión indiscutible: nos encontramos ante una cláusula arbitral tipo del Tribunal Arbitral de Barcelona, que dispone el sometimiento a su Reglamento. Una cláusula clara y explícita en sus términos, de correcta y completa redacción, ajustada a los requisitos legalmente exigidos (*cf.* art. 9.1º y 2º LA). Nada obsta a esta conclusión la calificación jurídica del contrato afectado como de adhesión (*cf.* FJ 7º, punto I, primer párrafo). Nacida la controversia contractual, las partes contendientes han acudido al arbitraje acordado, en prueba de su voluntad inequívoca de resolver de esta forma pautada sus eventuales diferencias (*cf.* SAP Madrid 14ª 29 julio de 2005, SAP Madrid 13ª 30 octubre 2007 y AAP Madrid 11ª 21 diciembre 2013).

5. Despejada la incógnita inicial en el sentido expuesto, se impone, por tanto, indagar en el verdadero motivo en el que la Sala fundamenta, pese a todo, la supuesta invalidez de la cláusula arbitral tipo analizada. El razonamiento de la Sentencia comentada confirma que la Sala no aprecia defecto alguno en la determinación de la sede arbitral que afecte a la validez del acuerdo arbitral invocado. Desde una perspectiva arbitral, la Sala ratifica la importancia de su fijación por las partes, dadas su implicaciones en la correcta determinación competencial de las funciones de apoyo y control del arbitraje, necesarias para dotar a esta institución de la eficacia requerida por las partes contendientes (*cf.* SAP Valencia 19 febrero 2003; arts. 8 y 26 LA). Fijación que, asimismo, la Sala radica acertadamente en la la esfera de libertad contractual de las partes; principio de autonomía de la voluntad, cuyo ejercicio responsable les permite su instrumentación bien en el acuerdo arbitral (si así lo desean), bien mediante remisión a las disposiciones del reglamento a cuya institución arbitral hayan decidido encomendar el arbitraje. En este caso, dicha institución –según consta claramente reflejado en la cláusula arbitral– es el Tribunal Arbitral de Barcelona, cuyas disposiciones sobre la determinación de la sede del arbitraje en ausencia de acuerdo de las partes son claras, públicas y conocidas (*cf.* art. 18.1º Reglamento); disposiciones, por lo demás, aplicadas por esta institución arbitral, según se infiere del con-

tenido de la Sentencia, para determinar la sede del arbitraje en el supuesto que nos ocupa.

6. Sin embargo y pese a declarar correcta la cláusula arbitral, conforme a Derecho su inserción en un contrato de adhesión y adecuada la elección de la sede efectuada por las partes contendientes mediante la remisión al Reglamento aplicable, la Sentencia –para sorpresa del lector– aun aísla el motivo de la anulación del laudo impugnado en la falta de claridad –o, mejor dicho, de información– de dicha cláusula y en la supuesta situación de desigualdad procedimental que tal ausencia implica en la parte demandante, sin aclarar si dicha desigualdad fue invocada por la parte afectada durante el procedimiento arbitral (*cf.* art. 6 LA). Pese a sus razonamientos precedentes y pese a concluir en la imposibilidad de considerar a la parte impugnante como un mero consumidor necesitado de protección jurídica en este tipo de contratos, la Sala aún entiende que la determinación de la sede arbitral en Barcelona supone una actuación arbitraria del decisor –el árbitro– ya que no ha considerado, ni ponderado las circunstancias y costes que le podrían haber supuesto a la parte demandante su eventual traslado de León a Barcelona para la tramitación del arbitraje, ni la parte impugnante tenía obligación de conocer las consecuencias de su decisión –consistente en no determinar la sede del arbitraje en el acuerdo arbitral– pese a haber firmado la cláusula arbitral, expresando su conformidad con los términos en los que la misma está recogida, pese a que el Reglamento de Arbitraje es accesible –sin dificultad– en su página web, pese a haberse servido de asesores legales para, por lo menos y según se desprende del encabezamiento de la Sentencia, haber sido representado en el procedimiento arbitral y pese a haber acudido al arbitraje acordado para resolver sus diferencias contractuales con la entidad financiera barcelonesa.

7. La Sentencia es, por tanto, desafortunada.

Frente a dos motivos de anulación opta por escoger el más sencillo técnicamente (el relativo al análisis de la validez del acuerdo arbitral), exponiendo –sin embargo– un razonamiento estrecho, localista, municipalizador y, en definitiva, incorrecto sobre la elección de la sede del arbitraje. No sólo por intentar fundamentarse en preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil –que, en este caso, sí resultan claramente inaplicables– y en normas de la Ley General de Consumidores y Usuarios que ha declarado previamente inaplicables, sino por obviar frontalmente la evolución del debate doctrinal existente en torno a la diferenciación de los conceptos de lugar físico –en cuanto que ubicación o celebración– y de lugar jurídico –sede– del arbitraje y la posibilidad, legalmente reconocida, de que se permita “...la celebración de audiencias y de deliberaciones en sede distinta de la del arbitraje. La determinación del lugar o sede del arbitraje es jurídicamente relevante en muchos aspectos, pero su fijación no debe suponer rigidez para el desarrollo del procedimiento...” (*cf.* Ley de Arbitraje, Exposición de Motivos VI y art. 26.2º). Posibilidad cuya única y simple invocación por la Sala hubiese desmontado –sin demasiada extensión en sus razonamientos– la argumentación de la impugnante,

que trasluce en los párrafos que articulan las confusas consideraciones de la Sentencia sobre este particular. De hecho, nada se recoge en su cuerpo acerca de la propuesta de la impugnante de que tales pruebas o audiencias se practicasen o su denegación arbitraria por el árbitro.

Afortunadamente, la Sentencia omite valorar el segundo motivo de anulación invocado, relativo a la supuesta vulneración por el laudo del orden público procedimental, al carecer aparentemente de motivación (*cf.* art. 37.4º LA). Y decimos afortunadamente, porque a la vista de los antecedentes, como advertía Federico II de Prusia, “...ninguna situación es tan grave que no sea susceptible de empeorar...”.

Gonzalo STAMPA

Socio fundador de Stampa Abogados

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera) nº. 37/2014, de 24 julio 2014

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Sande García.

Partes: *Ageco Contratas, S.L. / Construcciones Vila–Rio Miño, S.A..*

Fuente: RJ\2014\4335.

Preceptos aplicados: Arts. 13, 14, 15, 22, 4º.1º LA y 63 Cc.

Convenio arbitral: nulidad.– Procedencia.– Voluntad de las partes.– Sometimiento no a arbitraje sino a un único y concreto árbitro.– Referencia “al arbitraje del Banco Popular Español, S.A.”.– Árbitro impedido por causa de su notoria incapacidad para ser designado.– Ejercicio de acciones por el concursado.– Concursada en fase de liquidación.

La Sala coincide la nulidad del convenio arbitral en cuya virtud (estipulación octava del contrato de ejecución de obra concertado el 9 de noviembre de 2011) las partes litigantes acordaron someterse para dirimir cuantas cuestiones pudieran surgir en relación al mencionado contrato “al arbitraje del Banco Popular Español, S.A.” claramente incapacitado para poder ser designado árbitro ex arts. 13 y 14 LA; y si bien este Tribunal únicamente puede rechazar el nombramiento de árbitro cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de convenio es indudable que la notoria nulidad –siempre apreciable de oficio– del convenio arbitral en cuestión equivale en puridad a su inexistencia como categoría jurídico civil (art. 6.3º Cc). Resulta de lo convenido

contractualmente por las partes, que su voluntad fue la de someterse no a arbitraje sino a un único y concreto árbitro, impedido por causa de su notoria incapacidad para ser designado

PRIMERO: 1. La parte demandada, con apoyo en el art. 443.2º LEC, alega la falta de legitimación activa de la empresa demandante por encontrarse en la fase común del concurso en la que los administradores tienen sus facultades intervenidas necesitando autorización o conformidad de la administración concursal, pero cuya voluntad no consta en autos respecto a la interposición de la demanda, no obstante residir en los mismos (en los administradores) la capacidad para actuar en juicio (art. 54.1º LC), por lo que en definitiva sería clara la falta de legitimación activa del administrador concursal para interponer la demanda.

No podemos coincidir con la demandada a poco que reparemos en que en realidad la concursada Ageco Contratas, S.L. se encuentra en fase de liquidación, según resulta del auto dictado el 28 de enero de 2014 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, lo que conlleva el cese del administrador de las concursadas, sustituido por la administración concursal, que como se ha dicho es quien interpone la demanda (argumento ex art. 145.3º LC).

2. La Sala coincide, por el contrario, con la segunda de las alegaciones de la demandada. A saber, la nulidad del convenio arbitral en cuya virtud (estipulación octava del contrato de ejecución de obra concertado el 9 de noviembre de 2011) las partes litigantes acordaron someterse para dirimir cuantas cuestiones pudieran surgir en relación al mencionado contrato “al arbitraje del Banco Popular Español, S.A.” claramente incapacitado para poder ser designado árbitro ex arts. 13 y 14 LA; y si bien este Tribunal únicamente puede rechazar la petición formulada (nombramiento de árbitro ante la no aceptación del cargo por el designado) “cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de convenio” (art. 15.5º LA), es indudable que la notoria nulidad –siempre apreciable de oficio– del convenio arbitral en cuestión equivale en puridad a su inexistencia como categoría jurídico civil (art. 6.3º Cc). Nulidad a la que como es natural no empece el art. 22 LA que faculta a los árbitros para decidir su propia competencia, y no empece al tratarse de una cuestión previa y de orden público. Añádase a ello que razones de economía procesal así lo aconsejarían sin tener necesidad de acudir posteriormente a instar ex art. 41. 1ª LA la nulidad del laudo arbitral que pudiese decidir la controversia.

En último término es de señalar, como con claridad resulta de lo convenido contractualmente por las partes, que su voluntad fue la de someterse no a arbitraje sino a un único y concreto árbitro, impedido –como dijimos– por causa de su notoria incapacidad para ser designado (argumento ex art. 1281.1º Cc).

SEGUNDO: La Sala resuelve no imponer costas porque así lo consiente el párrafo segundo del art. 394.1º LEC al no existir jurisprudencia de la Sala en torno a un caso como el enjuiciado.

En atención a lo expuesto y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Desestimar la demanda formulada por la representación procesal de AGECO CONTRATAS, S.L. frente a CONSTRUCCIONES VILA–RIO MIÑO, S.A.; sin costas.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Notifíquese esta resolución a las partes

Así por esta nuestra sentencia, de la que se deducirá testimonio para su unión al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.