

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064967

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Sentencia 29/2019, de 12 de septiembre de 2019

Sala de lo Civil y Penal

Rec. n.º 64/2018

SUMARIO:

Laudo arbitral. Causas de nulidad. Motivación. Convenio arbitral.

El TSJ de Madrid nos recuerde que las alegaciones para la nulidad del laudo por la comunidad de Propietarios deben circunscribirse necesariamente a los supuestos de contravención grave del propio contrato de arbitraje, limitándose a los supuestos de contravención grave del propio contrato de arbitraje, sin extenderse a los supuestos de infracción del Derecho material aplicable al caso.

La acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. Las causas de anulación por tanto solo se centran a la falta de garantías procesales, a si el laudo se ajusta a los límites marcados en el convenio arbitral, y si ese laudo sobrepasó las cuestiones o los límites no sujetos al arbitraje por las partes.

Formulada la demanda reconvenzional, se entiende que en ese momento se acepta la controversia y expresamente consiente el convenio, sin que se detecte desequilibrio alguno en perjuicio del consumidor, debiendo entenderse que la controversia es posterior y ha sido consentida.

Posibilidad de establecer convenios de sumisión a arbitrajes distintos del de consumo siempre que se pacten una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato.

El TSJ de Madrid reconoce la suficiencia argumental del laudo, en él se responden todas las cuestiones, y cita expresamente algunas páginas del mismo, sin que el presente supuesto adolezca de falta de motivación; por ello, declara que no es contrario al orden público y desestima el recurso. Voto particular

PRECEPTOS:

Ley de Enjuiciamiento Criminal 1882.

Ley 60/2003 (Arbitraje), arts. 41, 43 y 45.

Constitución Española, art. 24.

RDLeg. 1/2007 (TRLGDCU) arts. 57 y 82.

Código civil, arts. 6.3 y 1.261

PONENTE:

Don Celso Rodríguez Padrón.

Magistrados:

Don CELSO RODRIGUEZ PADRON

Don FRANCISCO JOSE GOYENA SALGADO

Don JESUS MARIA SANTOS VIJANDE

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2018/0198316



Procedimiento Nulidad laudo arbitral 64/2018

Materia: Arbitraje

Demandante: CP CALLE000 NÚM. NUM000

PROCURADOR D./Dña. ANTONIO ORTEGA FUENTES

Demandado: APLICACIONES Y PROYECTOS ENERGIA SOLAR SLL

PROCURADOR D./Dña. JAIME QUIÑONES BUENO

SENTENCIA Nº 29/2019

Excmo. Sr. Presidente:

D. Celso Rodríguez Padrón

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Francisco José Goyena Salgado

D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a doce de septiembre de dos mil diecinueve.

Ha sido visto por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el presente proceso, seguido sobre Nulidad del Laudo Arbitral de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid de fecha 11 de julio de 2018, aclarado por nuevo Laudo de 19 de septiembre de 2018, en virtud de demanda interpuesta por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes actuando en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000, Núm. NUM000, de Madrid, contra la sociedad mercantil "Aplicaciones y Proyectos de Energía Solar S.L.", representada por el Procurador D. Jaime Quiñones Bueno, y en atención a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Ante esta Sala de lo civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid interpuso en fecha 20 de noviembre de 2018 demanda de nulidad de laudo arbitral el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación de Comunidad de Propietarios de la CALLE000, Núm. NUM000, de Madrid contra la sociedad mercantil "Aplicaciones y Proyectos de Energía Solar S.L." (Aprosol), que basaba, sustancialmente, en los siguientes hechos: ambas partes suscribieron un contrato de obra para la instalación de un sistema de agua fría y caliente el 5 de abril de 2016 y un contrato de mantenimiento preventivo. Ambos contratos fueron redactados por Aprosol. En la cláusula novena del segundo de ellos se incluyó el acuerdo de sumisión a arbitraje de todo litigio o discrepancia que pudiera surgir entre las partes, y añadiendo que sería arbitraje de equidad, administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid. Aprosol presentó el 12 de diciembre de 2016 solicitud de arbitraje ante la secretaría de la Corte, en demanda de resolución de los contratos y de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. La Corte aceptó indebidamente la solicitud dada la condición de empresario de la demandante y de consumidor de la Comunidad. La Comunidad de propietarios trató de defenderse en el procedimiento arbitral "pero sin poder desplegar todos los medios de defensa a su alcance". En un momento ya avanzado del procedimiento advierte que se estaban conculcando sus derechos, y tras un cambio de dirección letrado alegó que los convenios arbitrales eran nulos al tratarse de un arbitraje de consumo, que dice no consentido. El árbitro, no obstante, dictó su Laudo final en el que asume la competencia, y condena a



la Comunidad al abono de indemnización por perjuicios a la empresa. Tras la invocación de los fundamentos de derecho que considera aplicables al caso, concluye la demanda suplicando la declaración de nulidad tanto del Laudo final como de su Laudo aclaratorio, con expresa imposición a la parte contraria de las costas que se causen si no se allanare.

Segundo.

Mediante Decreto de fecha 13 de febrero de 2019 (Tomo II) fue admitida la demanda a trámite, confiriéndose traslado con sus documentos a la parte demandada por plazo de veinte días a fin de que procediese a su contestación en forma, con eventual proposición de prueba, cosa que hizo mediante escrito de 18 de marzo de 2019, en el que formula su oposición, fundándose -en síntesis- en las consideraciones que reflejamos a continuación. Tras una síntesis de los motivos de la acción (1) articula las razones de fondo: 2.- El arbitraje que fue objeto de resolución por la Corte de la Cámara de Comercio es un arbitraje comercial por contraposición al de consumo. No puede invocarse el artículo 90 del TRLGDCU sin ponerlo en relación con el artículo 57.4 que sostiene la validez de los pactos arbitrales que no sean de consumo entre consumidores y usurarios siempre que se pacten una vez surgido el conflicto. Esto es cuanto sucedió en el momento en que la Comunidad de Propietarios ejerció la acción reconvenzional, consintiendo con ello la sumisión a arbitraje y renunciando al ejercicio de sus pretensiones ante los tribunales de Justicia. La Comunidad, tras el anuncio de su demanda de reconvencción, fue requerida para el pago de las distintas tasas y para la fijación de la cuantía del litigio. En todas estas actuaciones, estuvo además asistida de un despacho de abogados con experiencia en el mundo arbitral. Todo ello así se recoge en los apartados 49 y ss del Laudo. Añade la contestación a la demanda que no nos encontramos ante un contrato de adhesión, sino ante un contrato negociado individualmente, y así se razona en el Laudo (epígrafe 54). Tampoco puede la actora alegar error de consentimiento pues resulta innegable que contó con el asesoramiento de letrados "suficientemente instruidos". 3.- No cabe duda acerca de la capacidad de la Corte de la Cámara de Comercio para resolver un arbitraje de consumo en virtud de lo dispuesto en el artículo 57.4 del TRLGDCU. 4.- Por último, no puede sostenerse contrariedad alguna al orden público por falta de motivación, ya que a través de la prolija argumentación da respuesta a todas las cuestiones debatidas. Por todo ello concluye suplicando la desestimación de la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora.

Tercero.

Previo traslado a la parte demandante de la contestación presentada a los efectos previstos en el artículo 42.1.b) de la Ley de Arbitraje se dictó por el Magistrado Ponente Auto de fecha 25 de abril de 2019 en el que se acuerda recibir el pleito a prueba sin que haya lugar a la celebración de vista, señalándose la oportuna deliberación, que se inició el día 5 de junio, concluyendo en sesión del 2 de julio de 2019.

Cuarto.

Es Ponente de la Sentencia el Presidente de la Sala, Excmo. Sr. D. Celso Rodríguez Padrón, al asumirla con objeto de expresar el parecer mayoritario del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La exposición que resulta plasmada en los Antecedentes primero y segundo de la presente resolución acota, en términos suficientemente expresivos, el objeto de la controversia que se somete a esta Sala con la intención de alcanzar la declaración de nulidad del Laudo arbitral. Además del sustento fáctico al que nos referimos, desde el punto de vista jurídico, la demanda articula en tres pilares su pretensión: 1.- Inexistencia o falta de validez del convenio arbitral (artículo 41.1.a LA). 2.- Falta de capacidad subjetiva de la Corte arbitral de la Cámara de Comercio de Madrid para conocer de este arbitraje (artículo 41.1 d y e LA). 3.- Contrariedad del Laudo al orden público por defecto de motivación (artículo 41.1.f LA).



Segundo.

Ha de darse inicio a la fundamentación de la decisión que nos corresponde adoptar recordando algunas consideraciones generales en torno a la naturaleza del procedimiento establecido en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, para encauzar la impugnación por nulidad de los laudos arbitrales.

No solo la doctrina, sino asimismo la Jurisprudencia -ordinaria y constitucional- han venido dedicando a esta cuestión abundantes reflexiones, que a modo de resumen, pueden condensarse en cuanto expresó el Tribunal Constitucional, por ejemplo en su Auto 231/1994, de 18 de julio, cuyo FJ 3 señalaba que: "las causas de anulación judicial de un Laudo, las cuales, en atención a la naturaleza propia del instituto del arbitraje, necesariamente deben limitarse a los supuestos de contravención grave del propio contrato de arbitraje (apartados 1 a 4 del art. 45) o de las garantías esenciales de procedimiento que a todos asegura el art. 24 de la Constitución (art. 45.5), sin extenderse a los supuestos de infracción del Derecho material aplicable al caso. Y ello porque, de lo contrario, la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo".

Siguiendo esta misma línea -como no podía ser de otro modo- la STSJ M 14/2015, de 3 de febrero de 2015 (ROJ: STSJ M 845/2015) señalaba en su FJ 2º que: " la tutela que esta Sala está llamada a dispensar tiene lugar a través de un cauce procesal, la acción de anulación, que dista mucho de ser una segunda instancia. Así, como ha puesto de manifiesto esta Sala desde la sentencia de 3 de febrero de 2012, la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 de esa Ley de Arbitraje, restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje. Así lo indica con claridad la exposición de motivos de la Ley 60/2003 cuando precisa que "los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros". Nunca podría, por tanto, este Tribunal pronunciarse sobre las cuestiones que se debatieron en el procedimiento arbitral. La esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del Poder Judicial, determinan -como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de del 22 de Junio del 2009 (ROJ: STS 5722/2009)- que "la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005) y, según la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988, 28 de noviembre de 1988, 7 de junio de 1990)".

No por conocido deja de ser importante la plasmación de este planteamiento de arranque. En determinados supuestos, la pretensión que formalmente se ampara en la invocación de una causa de nulidad, cuanto pretende en realidad es abordar la revisión de la decisión de fondo, rebasando de tal modo lo que debe ser el correcto entendimiento del proceso de anulación del laudo arbitral.

Tercero.

Por cuanto se refiere a la primera alegación de nulidad, que se basa en la inexistencia o falta de validez del convenio arbitral, hemos de reparar ya inicialmente en las alegaciones que se nos presentan en el escrito de demanda. Entendemos que resultan capitales en la forma de planteamiento de la litis, y que responden a un enfoque inadecuado de argumentos, encaminados -resulta evidente- a obviar elementos que, no obstante, esta Sala ha considerado nucleares para la resolución del procedimiento que se nos somete a sentencia.

Se nos dice que la Comunidad de Propietarios se incorpora al procedimiento arbitral y trató de defenderse pero " sin poder desplegar todos los medios de defensa a su alcance" (página 4 de la demanda). Es difícil comprender el aserto, que además, de concurrir, plantearía más que serias objeciones a la hora de mantener la validez de la decisión arbitral, al incurrir en uno de los vicios más graves que puede suscitarse en cualquier procedimiento jurídico.



Se nos está presentando lisa y llanamente un supuesto de indefensión (la imposibilidad de defensa) que carece de la más sencilla acreditación.

Uno de los pilares sobre los que se sustenta la validez del cauce arbitral para la resolución de conflictos sobre materias disponibles al margen del sistema judicial, es el respeto a los derechos fundamentales proclamados en la Constitución. Evidentemente, en el seno de un Estado de Derecho no se puede consentir un sistema alternativo de "justicia" que por sus peculiaridades subjetivas, impusiera soluciones sin la mínima observancia de las garantías elementales que constituyen la columna vertebral de la Jurisdicción a la que imita.

Precisamente por ello, cuando se alega indefensión (y no es otra cosa que lo que se alega como arranque de la presente demanda) ha de acreditarse, concretarse, individualizarse suficientemente en qué han consistido los vicios que de forma explícita se dice que impidieron a la parte defenderse con los medios a su alcance. De lo contrario, se estará distorsionando el debate en términos inasumibles.

En el procedimiento arbitral cuya resolución se pretende ahora declarar nula, la Comunidad de Propietarios compareció al ser llamada por el árbitro de la Corte de la Cámara de Comercio, asistida y defendida por un despacho de abogados, que aparece perfectamente identificado en el texto del Laudo final, donde se afirma también (apartado V, párrafo 12) que las partes han propuesto las pruebas que han convenido a su derecho, y las han practicado con amplitud de criterio.

Resulta esencial resaltar (tal como recoge el Laudo y no ha sido negado en ningún momento) que la Comunidad de Propietarios, al recibir la demanda arbitral, presentó el 30 de diciembre de 2016 su respuesta anunciando reconvencción, anticipando incluso que para cuantificar la indemnización que reclamarían en dicho trámite, contarían con un informe pericial determinante (es completa la transcripción que se contiene al folio 10 del Laudo final).

Se notificó a las partes el 9 de febrero de 2017 el borrador de Primera Orden Procesal sin que ninguna formulase alegaciones a la misma.

Se formalizó la demanda. Se contestó por medio de reconvencción detallada (folio 21 del Laudo final).

Se abrió plazo de prueba mediante la Segunda Orden Procesal, y ambas partes propusieron todos los medios que estimaron pertinentes, que fueron admitidas en su totalidad mediante la Tercera Orden Procesal, de 22 de junio de 2017, señalándose fecha para la celebración de vista el día 15 de enero de 2018 a las 9 horas.

Practicadas todas las pruebas que figuran relacionadas en el epígrafe 29 del Laudo final (página 31), se concedió a las partes a través de la Cuarta Orden procesal (de 16 de enero de 2018) un plazo común de 15 días para presentar los respectivos escritos de alegaciones.

Es entonces, ya prácticamente concluido el procedimiento arbitral, cuando la Comunidad de Propietarios decide cambiar de dirección letrada y presenta (el 26 de enero de 2018) un escrito en el que alega que los convenios arbitrales incluidos en los contratos de instalación y mantenimiento eran nulos por abusivos; que la Corte carecía de capacidad para administrar un arbitraje de consumo; y que la Comunidad no había consentido resolver las disputas surgidas mediante arbitraje.

No podemos compartir en modo alguno el planteamiento de la demanda en cuanto aduce que no pudo defenderse la Comunidad hoy demandante con los medios a su alcance. En dicho escrito se omite de cara a este punto toda referencia al comportamiento procesal de dicha parte, comenzando por la importantísima evidencia de la formulación reconvenccional.

Como señala, entre otras muchas, la STC 16/2011, de 28 de febrero (FJ 4): "la indefensión es la situación en la que, normalmente con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando su capacidad de ejercitar bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (SSTC 89/1986, 145/1990), siempre que la indefensión tenga un carácter material, expresión con la que se quiere subrayar su relevancia o trascendencia, es decir, que produzca un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (SSTC 48/1984, 155/1988, 145/1990, 188/1993, 185/1994, / 1996,89/1997, 186/1998)". Por ello, tal como hemos venido reiterando, el contenido de la indefensión con relevancia constitucional queda circunscrito a los casos en que la misma sea imputable a actos u omisiones de los órganos judiciales y que tenga su origen inmediato y directo en tales actos u omisiones; esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan (por todas, SSTC 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2; 141/2005, de 6 de junio, FJ 2; o 160/2009, de 29 de junio)".

La cita de resoluciones en torno al concepto analizado sería interminable. Bajo ningún prisma podemos entender la alegación de indefensión hecha por quien, bajo dirección letrada (no podemos de ninguna manera



aludir siquiera a la presunción de capacidad técnica de un despacho de abogados que se dice por la parte demandada que tiene experiencia en materia arbitral) intervino en el procedimiento de arbitraje desde una posición activa, alegó cuanto estimó procedente en defensa de sus pretensiones e intereses, planteó reconvencción, propuso toda la prueba que consideró oportuna y la llevó a la práctica, y ya tan solo en el momento final cambia -desconocemos por qué razón- de criterio y alega no solo que el procedimiento aceptado, participado y activamente seguido es nulo, sino que nunca lo consintió.

Es completamente inasumible tan variable actitud. Pero ni por asomo puede alegarse ahora esa indefensión que da comienzo a la demanda como motivo (huérfano de referencias sólidas) de queja.

Cuarto.

Pero además, resuelta en los términos anteriores la infundada alegación de indefensión, tampoco podemos asumir la inexistencia o invalidez del convenio arbitral que se plantea como causa de nulidad al amparo de lo establecido en el artículo 41.1.a de la Ley de Arbitraje.

El convenio arbitral no deja de ser el acuerdo alcanzado entre las partes para someter sus controversias a ese cauce alternativo a la jurisdicción, que por lo tanto para afirmar su propia existencia ha de reunir los requisitos generales del concierto de contratos. Ninguna duda cabe en el supuesto que nos ocupa acerca de la existencia de ese compromiso arbitral entre la Comunidad de Propietarios y la empresa instaladora Asprosol desde el momento en que ambas partes suscriben los dos contratos (de instalación y mantenimiento) y plasman con respectiva capacidad para obligarse su clara y expresa voluntad de someter a la institución arbitral las discrepancias que se deriven de su relación jurídica (última cláusula). No puede sostener la demandante -como hace en el apartado g) de la página 7 de su demanda- que " no consintió someterse a arbitraje en ningún momento". La negación es inviable.

Cuestión distinta -y es aquí donde radica la esencia del supuesto analizado- es la que afecta a la validez.

La vigente Ley de Arbitraje, superando la redacción del texto anterior de 1998, introdujo en torno a la causa de nulidad que estamos analizando una redacción más concreta, pues mientras en el texto derogado se mencionaba solamente la condición de nulo del convenio, ahora se contempla la inexistencia o la invalidez. Un convenio arbitral ha de reputarse como no válido cuando contraviene las normas esenciales que disciplinan la validez de los contratos (artículo 1261 del Código Civil), versa sobre materias que resultan indisponibles para las partes (artículo 2 de la Ley de Arbitraje), o contraviene normas imperativas o prohibitivas (artículo 6.3 del Código Civil).

Se sostiene por la misma parte que el contrato es nulo en virtud de lo dispuesto en el artículo 57.4 del Texto Refundido de la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios, dada la condición de consumidora de la Comunidad de Propietarios. No ponemos en duda dicha condición. Pero aún desde la posición más respetuosa con el carácter tuitivo de las normas de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, presididas por la trasposición a nuestro Derecho interno de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, no podemos aceptar el planteamiento de la comunidad demandante.

Asiste en este punto la razón a la empresa demandada en cuanto invoca la interpretación que esta misma Sala otorga a la proyección de los artículos 57.4 de la ya citada Ley, en relación con el artículo 90, en su Sentencia 83/2015, de 17 de noviembre, reiterada en la STSJM de 14 de noviembre de 2018 (ROJ: STSJ M 11440/2018) donde se pronuncia en torno a la posibilidad de establecer convenios de sumisión a arbitrajes distintos del de consumo siempre que se pacten una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico, sancionando con nulidad los convenios de arbitraje pactados contraviniendo esa disposición. En el bien entendido de que ese pacto de arbitraje distinto del de consumo, una vez surgida la controversia, había de ser negociado individualmente y/o consentido expresamente y no entrañar un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor ex art. 82.1 LGDCU.

En el supuesto que nos ocupa, una vez surgido el conflicto, tenemos que resaltar una vez más que ambas partes establecen una relación indiscutiblemente arbitral que supera cualquier duda desde el momento en el que la Comunidad de propietarios se erige en demandante a través de su demanda reconvenccional. Lleva a cabo de tal modo mucho más que una aceptación expresa -y posterior al surgimiento del conflicto- del nuevo escenario arbitral y no padece situación alguna de desequilibrio respecto a la empresa con la que había contratado las obras de reforma de sus instalaciones de agua caliente y su posterior mantenimiento. No puede hablarse de una relación no negociada, ni de posición abusiva de ningún género por parte de la empresa contratista. Por el contrario, asistimos a una más que equilibrada relación litigiosa, aceptada sin matices por ambas partes, explotada en



igualdad de condiciones e intensidad por ambas partes (la reconversión es la esencia), y que ya en un momento tardío del procedimiento, después de su completo recorrido, pretende anularse por uno de los litigantes incurriendo en una palmaria contradicción de sus actos propios, y tratando de acogerse interesadamente a una interpretación rigorista, inflexible y en cierto modo victimista, de las normas que regulan no el arbitraje, sino el derecho de consumo.

No cabe aceptar una lectura tan interesada y parcial, un planteamiento de conveniencia, como es el que se nos propone para anular el Laudo, obviando por completo la esencia original del arbitraje que reside en la libertad contractual, cuando además -y resulta imprescindible este complemento- no advertimos que se haya padecido indefensión alguna por la parte que ahora tacha de nulidad radical todo aquello que ella misma construyó en gran medida.

No puede invocarse válidamente tampoco el error. A título de ejemplo, la STS, Civil sección 1 del 28 de mayo del 2012 (ROJ: STS 5064/2012) con cita de otras muchas precedentes, niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que le era exigible en las circunstancias concurrentes, había conocido lo que al contratar ignoraba. Y, en la situación de conflicto producida, concede tal protección a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida. La concurrencia al procedimiento arbitral por la Comunidad de Propietarios debidamente asesorada por despacho de abogados, y no solo tal aceptación, sino el aprovechamiento -insistimos- del propio cauce arbitral para convertirse en reclamante reconvenicional, no puede tacharse al final de todo, y con pretensiones de nulidad radical, como un simple error tardíamente detectado.

Quinto.

Se sustenta la demanda también en la denuncia de la falta de capacidad subjetiva de la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio de Madrid para conocer de este arbitraje, con lo que se incurre en las causas establecidas en el artículo 41.1, letras d) y e) de la Ley de Arbitraje.

La cuestión aparece ya resuelta en el parágrafo 47 del Laudo final, y a nuestro juicio con acierto, al expresar que "si bien es cierto que una Corte como es la Corte de Arbitraje de Madrid no puede sustanciar un arbitraje de consumo de los instituidos, a estos efectos, por las leyes específicas, lo que no puede afirmarse, a diferencia de lo defendido por la parte demandada en sus escritos de alegaciones, es que la Corte de Arbitraje de Madrid no esté legitimada para arbitrar un arbitraje entre un empresario y un consumidor cuando éste último ha decidido someterse voluntariamente una vez iniciado el conflicto, tal y como permite expresamente el artículo 57.2 del TRLGDCU.

Dando por reproducidas las consideraciones que ya hemos expuesto en el FJ anterior, el motivo ha de verse desestimado, otorgando la razón íntegramente a la parte demandada en el presente procedimiento sobre los argumentos que expone en el apartado Tercero de su escrito de oposición, que asumimos en su integridad.

Sexto.

El argumento final que pretende sustentar la nulidad del laudo objeto del presente recurso se apoya en la previsión del artículo 41.1.f) de La Ley de Arbitraje en cuanto contempla como una de las causas tasadas de impugnación por nulidad del laudo arbitral la contrariedad al orden público.

Son numerosos ya los pronunciamientos emitidos en torno a la delimitación que debe otorgarse a la causa alegada.

Una Jurisprudencia constante, nacida ya en el seno de las Audiencias Provinciales cuando detentaban la competencia para conocer de cuestiones como la que hoy nos ocupa, y aquilatada por el Tribunal Supremo en sucesivas sentencias, vino ocupándose del desarrollo del concepto jurídico indeterminado en que consiste el orden público, tanto en su vertiente material como desde el enfoque procesal.

Si la primera vertiente se relaciona directamente con la infracción de los derechos y libertades fundamentales contemplados en la Constitución, el orden público procesal se centra en los derechos que proyecta el artículo 24 del texto fundamental y la tutela efectiva. El arbitraje, no por su condición de institución sustitutiva del proceso judicial puede obviar el cumplimiento de las garantías esenciales que la Constitución reconoce en el ámbito citado. El carácter flexible del procedimiento arbitral no puede desligarse, por ejemplo, de la consecuencia de cosa juzgada que resulta inherente al laudo que le pone fin de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje.



Desarrollando estos conceptos, esta misma Sala de lo Civil y Penal, entre otras muchas en la Sentencia antes citada, vino a resumir cuanto dijo ya en pronunciamientos anteriores (por ejemplo SS de 6 de noviembre de 2013 -Recurso de anulación nº 5/2013; 13 febrero de 2.013 - Recurso de anulación nº 31/2012; y 23 mayo de 2.012 - Recurso nº 12/2011), en los siguientes términos: "por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (STC 54/1989, de 23-2), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3 de la Constitución, y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión".

La demanda concreta su crítica al respeto al orden público en dos puntos: 1. Nuevamente incide en que el Laudo ha vulnerado normas protectoras de los consumidores. 2.- Además le achaca falta de motivación dado que no se ha pronunciado sobre varios de los principales argumentos expuestos por la Comunidad de Propietarios en sus escritos de impugnación.

En lo referente al primero de los aspectos enunciados, no tenemos más que remitirnos, de nuevo, a lo expuesto con anterioridad. No puede esgrimirse de manera tan contradictoria con los propios actos la protección derivada de las normas tuitivas de los derechos de los consumidores. Cuanto se refiere al segundo argumento -la motivación- adolece de una falta de consistencia superior a las anteriores alegaciones de la demanda de nulidad.

En jurisprudencia ya tan lejana en el tiempo como por ejemplo la contenida en la STC 66/1996, de 16 de abril, tuvo ocasión de expresar el Tribunal Constitucional que: "El derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 C.E. se satisface con una resolución fundada en Derecho que aparezca suficientemente motivada. La exigencia de la motivación, que ya podría considerarse implícita en el sentido propio del citado art. 24.1, aparece terminantemente clara en una interpretación sistemática que contemple dicho precepto en su relación con el art. 120.3 C.E. (SSTC 14/1991 , 28/1994 , entre otras).

Y esta exigencia constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales aparece plenamente justificada sin más que subrayar los fines a cuyo logro tiende aquélla (SSTC 55/1987 , 131/1990 , 22/1994 , 13/1995 , entre otras): a) Ante todo aspira a hacer patente el sometimiento del Juez al imperio de la ley (art. 117.1 C.E.) o, más ampliamente, al ordenamiento jurídico (art. 9.1 C.E.), lo que ha de redundar en beneficio de la confianza en los órganos jurisdiccionales; b) Más concretamente la motivación contribuye a "lograr la convicción de las partes en el proceso sobre la justicia y corrección de una decisión judicial", con lo que puede evitarse la formulación de recursos; c) Y para el caso de que éstos lleguen a interponerse, la motivación facilita "el control de la Sentencia por los Tribunales superiores, incluido este Tribunal a través del recurso de amparo". En último término, si la motivación opera como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad (SSTC 159/1989 , 109/1992 , 22/1994 , 28/1994 , entre otras), queda claramente justificada la inclusión de aquélla dentro del contenido constitucionalmente protegido por el art. 24.1 C.E.

Pero ha de advertirse que la amplitud de la motivación de las Sentencias ha sido matizada por la doctrina constitucional indicando que "no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión" (STC 14/1991), es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla (SSTC 28/1994 , 153/1995 y 32/1996). Y es que "la motivación no está necesariamente reñida con el laconismo" (STC 154/1995).

En pronunciamientos más recientes se completa esta doctrina, pudiendo citar -entre las innumerables resoluciones en las que se aborda- la De acuerdo con la STC 222/2015, de 2 de noviembre, "Es obligado recordar que aun cuando los derechos y garantías previstos en el artículo 24 CE ni garantizan la justicia de la decisión o la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes, pues no existe un derecho al acierto, ni tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso, lo que en todo caso sí aseguran es el derecho a que las pretensiones se desenvuelvan y conozcan en el proceso establecido al efecto, con observancia de las garantías constitucionales que permitan el derecho de defensa, y a que finalice con una resolución fundada en Derecho, la cual podrá ser favorable o adversa a las pretensiones ejercitadas (STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 8). El art. 24 CE impone a los órganos judiciales la obligación de dictar resoluciones fundadas en Derecho, no pudiendo considerarse cumplida esta exigencia con la



mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad. No basta, pues, con obtener una respuesta motivada, sino que, además, ésta ha tener contenido jurídico y no resultar arbitraria. Y una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no es expresión de la administración de justicia sino simple apariencia de la misma por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4 ; 244/1994, de 15 de septiembre, FJ 2; 54/1997, de 17 de marzo, FJ 3; 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7, y 173/2002 , de 9 de octubre, FJ 6").

En el seno del procedimiento extraordinario de nulidad de laudos arbitrales cuyo conocimiento viene atribuido a los Tribunales Superiores de Justicia puede hablarse de una posición similar a la que corresponde al Tribunal Constitucional respecto de la misión de protección de los derechos fundamentales cuando debe valorar si un laudo incurre por su motivación en violación del derecho a la tutela judicial efectiva: velará por el respeto a las exigencias de la motivación, pero no puede ni debe entrar en la corrección de cualesquiera errores de apreciación fáctica o desviaciones de la legalidad ordinaria en los que pudiera haber incurrido el laudo arbitral, ni ejerce funciones de tribunal de segunda instancia.

La discrepancia sobre el fondo, o sobre la interpretación que el árbitro ha dado al marco legal que le resulta aplicable, no puede plantearse por medio de la crítica a la motivación, siempre que ésta no resulte arbitraria. Es doctrina del Tribunal Constitucional que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución (STC número 186/92, de 16 de noviembre). El concepto de arbitrariedad se asocia a la motivación que resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable. Las sentencias del Tribunal Constitucional nº 164/2002 y 247/2006 de 24 julio abundan en la misma idea al decir esta última que "la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión, pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad del hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental , se comprueban que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas" (SSTC 164/2002, de 17 de septiembre, F. 4; 186/2002, de 14 de octubre, F. 5; 224/2003, de 15 de diciembre, F. 4 ; y 29/2005, de 14 de febrero, F. 4).

Desde esta perspectiva, la suficiencia argumental del laudo (no olvidemos además que inicialmente de equidad) cuya nulidad ahora se pretende, es incuestionable. Da respuesta argumentada y minuciosa a todas las cuestiones planteadas que la Comunidad demandante recibe, eso sí, desde la discrepancia, pero sin que podamos asumir que ha carecido de una respuesta fundada, y además fundada en Derecho. No de otro modo podemos juzgar la exposición argumental que se contiene, por ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, en los parágrafos 46 (sobre la condición de consumidora de la Comunidad de Propietarios); 47 (analizando la viabilidad del arbitraje en este caso sobre la interpretación de la doctrina europea y las STSJM de 17 de noviembre de 2015 y la STSJC de 8 de junio de 2017 en relación con el artículo 82.1 de la LGDCU); 48 (con resumen de opiniones de la doctrina científica); 51 (sobre el resultado de la interpretación de los artículos 57.4 y 90 de la TRLGDCU); 52 (con expresa y variada cita de jurisprudencia sobre supuestos parecidos al que se suscita); y los siguientes a cuyo contenido hemos de remitirnos íntegramente.

Hasta donde puede llegar la función de control de este órgano jurisdiccional en su competencia para conocer del recurso de nulidad de los laudos arbitrales, solo podemos afirmar que el Laudo cuestionado en el presente procedimiento se construye sobre una motivación minuciosa y exhaustiva, jurídicamente fundada, y en absoluto irrazonable, por lo cual, con absoluta independencia de que satisfaga o no las expectativas de vencimiento de la litis que pudiera haber albergado la parte que ahora lo cuestiona, hemos de declarar que no es contrario al orden público. El motivo de nulidad examinado, en consecuencia, no puede resultar acogido.

**Sexto.**

Por todo ello, la demanda ha de ser desestimada, procediéndose asimismo a la imposición a la parte actora de las costas causadas en esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En virtud de todo lo expuesto, vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos, la demanda interpuesta por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes actuando en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000, Núm. NUM000, de Madrid, y por lo tanto declaramos no haber lugar a la declaración de nulidad del laudo arbitral dictado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid de fecha 11 de julio de 2018, aclarado por nuevo Laudo de 19 de septiembre de 2018.

Todo ello con imposición a la parte actora de las costas causadas en el presente proceso.

Así, por esta nuestra Sentencia, que deberá notificarse a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso, y de la que se unirá Certificación al Rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA.- Con fecha doce de septiembre de dos mil diecinueve, firmada la anterior resolución es entregada en esta secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma y se expide certificación de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

Procedimiento: Nulidad laudo arbitral 64/2018.

Demandante: COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CALLE000 Nº NUM000 -hoy c/ DIRECCION000.

Demandada: APLICACIONES Y PROYECTOS DE ENERGÍA SOLAR, S.L. (APROSOL)

D. Jesús María Santos Vijande

Con total respeto a la opinión mayoritaria, debo, no obstante, dejar constancia de mi discrepancia con la fundamentación y con el fallo de la Sentencia, a través de la formulación de este voto particular, ex art. 260 LOPJ, que sustento en un doble orden de consideraciones: de un lado, consignaré las razones que expuse a la Sala con todo detalle en respuesta a los alegatos de las partes y que, a mi juicio, fundan el deber de anular el Laudo por invalidez del convenio arbitral -art. 41.1.a) LA-, y por contener el Laudo un discurso que infringe reglas imperativas que inequívocamente son normas de orden público -art. 41.1.f) LA-, en tanto que reguladoras de un sector especialmente dispensado de protección, resultando que tal tutela "es indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión Europea" -en palabras de la STJUE en el asunto Mostaza Caro-, y máxime estando implicado en el caso un derecho irrenunciable del consumidor. De otro lado, muy brevemente, expondré mi discrepancia con aquella otra parte de la fundamentación de la Sentencia mayoritaria, que, con el máximo respeto lo digo, entiendo justifica su decisión en una concepción de la sumisión tácita que no puedo compartir en términos procesales, y en una razón de índole constitucional, la falta de indefensión material en el seno del procedimiento arbitral, que estimo inane para el análisis y correcta decisión del asunto que nos ha sido planteado.

Las razones de mi discrepancia con la motivación y fallo de la Sentencia y que debieron llevar a declarar la nulidad del Laudo se expresan en los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Reseña de hechos incontrovertidos sobre el devenir del procedimiento arbitral y del objeto de la acción de anulación ejercitada.

La Comunidad, en calidad de consumidora -extremo no cuestionable y admitido en el Laudo-, suscribe dos contratos con APROSOL -mercantil cuyo objeto social es la realización de obras y reformas de viviendas, locales y edificios-: el Contrato de obra 1/2016, firmado el 5.04. 2016, para la instalación de un sistema de agua fría, caliente y retorno -doc. nº 1 de la demanda; y el Contrato de mantenimiento preventivo de la instalación de producción de calefacción y agua caliente sanitaria, firmado el 1.04.2016 -doc. nº 2-.

Los referidos contratos contienen, respectivamente, los siguientes convenios de sumisión a arbitraje:

Pacto 22º: " Para la resolución de cualquier conflicto que se plantee en cuanto a la interpretación, desarrollo o ejecución del presente contrato..., las partes acuerdan que todo litigio o discrepancia que se deriven de esta relación jurídica se resolverá definitivamente en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, a la que encomiendan la administración del arbitraje y la designación de Árbitro(s), según su reglamento y estatutos. El arbitraje será de equidad".



Artículo 9º: " Todas las disputas y diferencias que puedan surgir de esta relación mercantil, será liquidado (sic), en la medida de lo posible, por medio de negociaciones entre el contratista y el subcontratista... Las partes acuerdan que todo litigio o discrepancia que se derive de esta relación jurídica se resolverá definitivamente en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, a la que encomiendan la administración del arbitraje y la designación del Árbitro (s), según su Reglamento y Estatutos. El arbitraje será de equidad".

El 12.12.2016 APROSOL presentó solicitud de arbitraje ante la Secretaría de la Corte frente a La Comunidad impetrando la resolución de los Contratos de Instalación y de Mantenimiento, la reclamación de las cantidades adeudadas, con indemnización de daños y perjuicios. Tal y como constata el Laudo pormenorizadamente, el 22 de diciembre siguiente La Comunidad contestó a la solicitud y anunció reconvencción en la que exigiría daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones contractuales, dando cuenta de sus escritos de 22.09.2016 y 28.12.2016 -uno de ellos previo a la solicitud de arbitraje- en que procedía a la rescisión unilateral de los Contratos de mantenimiento y de obra, respectivamente, por razón de los incumplimientos de APROSOL. El 17.01.2017 APROSOL responde al anuncio de reconvencción. Nombrado el Árbitro y emitida la Primera Orden Procesal el 15.02.2017 aprobando el Acta de Misión, se evacuan los escritos de demanda - 16.03.2017-, contestación con reconvencción -14.04.2017- y de contestación a la demanda reconvenccional - 12.05.2017-. Otorgado plazo de proposición de prueba adicional y celebrada audiencia en relación con los medios de prueba y su práctica -21.06.2017-, la Tercera Orden Procesal -22.06.2017- admite todas las pruebas propuestas y emplaza para la celebración de vista el 15.01.2018 a fin de practicar las testificales y periciales admitidas. El 16.01.2018 el Árbitro dicta la Cuarta Orden Procesal concediendo a las partes un plazo común de 15 días para presentar sus escritos de conclusiones.

El 25.01.2018 la representación de La Comunidad comunica al Árbitro, a la Corte y a APROSOL el cambio de representación letrada.

El 26.1.2018 la defensa de La Comunidad presenta escrito de alegaciones ante el Árbitro -doc. 6-, del que da cuenta cumplida el § 32 del Laudo, interesando la suspensión del arbitraje con otorgamiento a las partes de trámite de alegaciones para pronunciarse sobre la nulidad de las cláusulas arbitrales, por abusivas dada la condición de consumidora de La Comunidad - art. 90 TRLGDCU-, por inhabilidad de la Corte para administrar el arbitraje - ex art. 57.4 TRLGDCU y art. 15 Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo- y por no ser admisible la renuncia tácita del consumidor a su acceso a la Jurisdicción; suplica el dictado de Laudo parcial.

El Laudo califica de sorpresiva y extemporánea la petición realizada (§ 33), sin detrimento de que el Árbitro ha salvaguardado el derecho de defensa otorgando plazos de alegaciones al respecto -llegando a ser éstos convenidos por las partes. La Comunidad abunda en sus alegatos en escrito de 2 de marzo de 2018. APROSOL se opuso en escritos de 12 de febrero y 16 de marzo de 2018, en los que, en síntesis -cfr. § 45 Laudo-, aboga en pro de la validez de las cláusulas de sumisión en tanto que individualmente negociadas y no causantes de un desequilibrio importante entre las partes; postula que habría transcurrido el plazo para alegar la incompetencia del árbitro por invalidez del convenio - arts. 6 LA y 22 Reglamento CAM; que La Comunidad habría realizado actos inequívocos de sumisión al Tribunal arbitral como formular reconvencción, seguir el procedimiento hasta el trámite de conclusiones y hacer provisiones de fondos...; y que la Ley 7/2017 no resulta de aplicación con carácter retroactivo. En conclusiones -escritos de 3 y 4 de abril de 2018- APROSOL solicitó la estimación íntegra de la demanda y la desestimación de la reconvencción; por su parte, La Comunidad, congruente con sus alegatos a partir del 26.01.2018, interesó del Árbitro único que: (i) Declare su falta de competencia para decidir la presente controversia; (ii) Ordene a la Demandante el pago de las costas...

El Laudo final, en lo que será motivo de anulación y concierne a la presente causa, literalmente acuerda - sin modificación en los posteriores Laudos de rectificación, aclaración y complemento:

" Desestimar la objeción jurisdiccional planteada por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CALLE000 Nº NUM000 y declarar la competencia del Árbitro Único y, por consiguiente, de la Corte de Arbitraje de Madrid en este arbitraje "

El resto de la parte dispositiva del Laudo declara resueltos los contratos litigiosos, determina las cantidades que condena a pagar a la demandada, desestima la demanda reconvenccional e impone las costas del procedimiento a La Comunidad.

Formalmente, la demanda plantea tres cuestiones que subsume en los motivos de anulación de los apartados a), d), e) y f), del art. 41 LA, a saber: de un lado, se aduce la invalidez de los convenios arbitrales insertos en los Contratos litigiosos -de instalación y de mantenimiento- con invocación de los arts. 57.4, 82.4 y 90 del TRLGDCU; de otro lado, aun en la hipótesis, no admitida, de que las cláusulas de arbitraje tuvieran algún



efecto vinculante para las partes, la Corte de Arbitraje de Madrid no tendría capacidad subjetiva para administrar un arbitraje de consumo: la designación de árbitro y el mismo procedimiento arbitral serían contrarios a normas imperativas de orden público; por último, se atribuye al Laudo final -FJ 5º de la demanda- varios defectos de motivación -al no reparar mínimamente en alegatos esenciales de la aquí actora aun cuando fuera para descartarlos-, lo que integraría la infracción del orden público. Tales déficits de motivación serían no haber fundamentado que el art. 90 TRLGDCU no constituye per se y de forma automática un supuesto de 'abusividad'; no explicar las razones por las que el Árbitro considera que los convenios arbitrales fueron negociados de forma individual; y no dar cuenta de por qué la CORTE DE ARBITRAJE DE MADRID (en adelante, CAM) puede administrar un arbitraje de consumo. También se reprocha al Laudo incluir doctrina y jurisprudencia no alegado por las partes.

En su virtud, interesa el dictado de resolución por la que " se acuerde anular el Laudo Final de fecha 11 de julio de 2018 y el Laudo aclaratorio de fecha 19 de septiembre de 2018, emitidos por el Árbitro D. Juan Pablo Correa Delcasso en el procedimiento arbitral 2786, administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid, con expresa condena en costas a la parte demandada".

La demandada replica la íntegra desestimación de la demanda -con la consiguiente imposición de costas- y se muestra sustancialmente coincidente con los alegatos contenidos en el Laudo para denegar la pretensión de La Comunidad, que pasamos a reseñar.

El Laudo, con cita de la Sentencia de esta Sala83/2015, de 17 de noviembre -invocada por la demandada en el arbitraje- parte de la base " a todas luces irrefutable" de que " La Comunidad ostenta la condición de consumidora". Entiende aplicables los arts. 57.4 y 90 TRLGDCU y acepta -con mención, además de la precitada Sentencia de esta Sala, de la Sentencia del TSJ de Cataluña de 8 de junio de 2017- " la inequívoca conclusión de que la sumisión de un consumidor a un arbitraje distinto de uno de consumo tan solo será válida si, una vez iniciado el conflicto, cumple con las previsiones del art. 82.1 TRLGDCU, es decir, que el convenio en cuestión sea negociado individualmente, consentido expresamente por la parte y no entrañe un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes ...".

Una primera acotación sobre la que habré de volver: la inequívoca conclusión que menciona el Árbitro olvida que las Sentencias que cita -expresamente la de esta Sala- aplicaban el art. 57.4 TRLGDCU en su redacción anterior a la actualmente vigente, dada por la Ley 3/2014, que transpone a nuestro Derecho nacional la Directiva 2011/83/UE; nueva redacción que ya generaliza, en total sintonía a su vez con el art. 10 de la Directiva 2013/11/UE -transpuesta por la Ley 7/2017-, la no vinculación para los consumidores de los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes del surgimiento de la controversia, sin discriminar que el arbitraje sea de consumo o no, lo que suscita a su vez una considerable dificultad exegética -en puridad, no insalvable-, para mantener el tradicional entendimiento limitado del ámbito de aplicación del art. 90.1 TRLGDCU, a saber: aquel en cuya virtud se aceptaba la sumisión del consumidor a un arbitraje que no sea de consumo -o a órganos institucionales creados por normas legales para un sector o supuesto específico- si fuera posterior al surgimiento de la controversia.

En todo caso, continúa el Laudo admitiendo esa posibilidad de convenio entre empresario y consumidor al margen del arbitraje de consumo con posterioridad al surgimiento del conflicto y atiende a lo que califica como un hecho inequívoco: reconoce, sí, la irrelevancia de que el convenio arbitral incluido en los Contratos se negociara en su día -entiende que no hubo un contrato de adhesión-, dada su radical ineficacia; ahora bien, el nudo gordiano de su argumentación consiste en estimar (§ 51) que, si bien los arbitrajes en que intervenga un consumidor " deben sustanciarse con carácter general ante un Tribunal de consumo, en méritos de lo establecido en los arts. 57.4 y 90 TRLGDCU, se exceptúa esta regla desde el momento en que la propia parte considerada consumidora formula reconvencción en sede arbitral, decidiendo así voluntariamente someterse a un arbitraje institucional una vez iniciado el conflicto"; para añadir (§ 54) que " si la reconvencción constituye un acto inequívoco de sumisión a arbitraje una vez surgido el conflicto, implícitamente ha de entenderse cumplido también, en dicho momento procesal en que se reconviene el requisito de la negociación individual que exige el art. 82.1 TRLGDCU ". Y máxime, abunda el Laudo, cuando la Comunidad estuvo asesorada profesionalmente en todo momento durante el arbitraje, lo que excusaría el alegato subsidiario vertido en el arbitraje de error vicio en el consentimiento (§§ 56-58).

Anticipo de nuevo dos observaciones: la primera que la jurisprudencia que se cita en el § 52 sobre la sumisión que entraña la reconvencción claramente no es aplicable al caso: parte de ella se refiere a la sumisión tácita de la LEC en el ámbito jurisdiccional; y la última concierne a lo acaecido en un arbitraje entre franquiciador y franquiciado, ámbito ajeno, pues, al propio de la relación de consumo y de sus especificidades singularmente tuitivas; la segunda precisión tiene que ver con la necesidad de no hacer supuesto de la cuestión: lo que se debate



aquí, en esencia, es si la aceptación de una cláusula de sumisión por el consumidor, al margen incluso del arbitraje de consumo -con un entendimiento máximamente pro arbitraje del art. 90.1 TRLGDCU- ha de ser fruto de una negociación expresa con un determinado contenido, o puede derivarse de la mera aceptación de la voluntad que prefigura el empresario sobre la índole y rasgos del arbitraje -institucional o no, de Derecho o de equidad, con uno o varios árbitros, su forma de designación, el procedimiento del arbitraje mismo, los gastos que comporte...-. En este sentido, no puede menos el Laudo de hablar de aceptación implícita entendiendo por negociación individual la tácita aceptación por el actuar en el seno de un proceso, pero sin confrontar ni conectar ese término, por ejemplo -dicho sea ahora sin ánimo exhaustivo- con la literal referencia del art. 82.1 TRLGDCU a " las prácticas no consentidas expresamente".

El Laudo se plantea, acto seguido, la concurrencia de algunas circunstancias que "tampoco resultan baladíes": la primera consiste en " considerar -no sin cierta inconsecuencia-, plenamente acreditado que no nos hallamos ante un contrato de adhesión": hablo de inconsecuencia porque la radical ineficacia de las cláusulas de sumisión contractuales no es discutida por el Laudo ni resulta discutible ope legis; la segunda atiende -desde una perspectiva, la del error vicio, ajena a la de si estamos o no ante una práctica abusiva prohibida por la ley- " a que no nos hallamos ante un consumidor cualquiera, sino ante una Comunidad de Propietarios muy importante cuya Presidenta reconoció ser ingeniera agrónoma"; la tercera repara en el sentido de la Sentencia del TJUE en el " asunto Mostaza Caro" -a la que luego nos referiremos- para inferir de ella que " tan solo si la cláusula es abusiva no vinculará al consumidor": ser consumidor, añade, no siempre equivale a ser parte débil de la contratación; por último, en lo que ahora importa, reprocha el Laudo a la Comunidad el momento procesal en que ha decidido invocar la nulidad del convenio: en el plazo otorgado para evacuar conclusiones, violando así el art. 22 LA y el art. 34 Reglamento CAM; y reitera los que reputa ser " actos inequívocos de sumisión al presente arbitraje" -supra reseñados.

El Laudo de aclaración y complemento de 19 de septiembre de 2018 repite cuanto antecede, enfatiza el estricto cumplimiento de la doctrina jurisprudencial sentada por la STSJ Cataluña de 8 de junio de 2017 -roj STSJ CAT 4302/2017- y la STSJ Madrid 83/2015, de 17 de noviembre -roj STSJ M 15473/2015-, e insiste en la trascendencia de la reconvencción " una vez surgido el conflicto, como exige el art. 57.4 TRLGDCU". Reconoce el Laudo de 19.09.2018 que " lo decisivo no es lo que aconteció en su día cuando se negoció la cláusula y, por tanto, antes de surgir el conflicto (por irrelevante), sino lo que aconteció una vez surgido este último" (§ 20 in fine y § 26) -de ahí que todo lo argüido en relación con la negociación de las cláusulas de sumisión sea razonamiento "a mayor abundamiento" -como también reconoce con reiteración el Laudo aclaratorio. Y añade estas decisivas palabras (§ 21):

" ... considera este Árbitro... que sí ostenta jurisdicción la Corte para resolver la controversia resuelta en el Laudo. Y es que, efectivamente, ya no estamos hablando de aplicar un convenio nulo per se (como acontecería de no haber formulado reconvencción la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS), sino de un nuevo convenio arbitral que surge cuando ésta última, una vez surgido el conflicto, decide voluntariamente otorgarlo en los términos que permiten los arts. 57.4 y 90 TRLGDCU, el cual, de no estimarse válido atentaría no solo contra lo dispuesto en la Ley de Arbitraje , sino, en términos mucho más generales y amplios, contra la libertad contractual".

Ideas, las contenidas en el párrafo transcrito del § 21, que se reiteran en el § 24, ambos del Laudo aclaratorio de 19 de septiembre de 2018.

SEGUNDO.- A la luz de lo que antecede es indudable que lo verdaderamente esencial en esta causa no consiste en determinar si las cláusulas de sumisión a arbitraje incorporadas a los Contratos son abusivas -extremo por demás evidente que reconoce el propio Laudo-, sino si el comportamiento procesal de La Comunidad en el seno del arbitraje, con particular énfasis en el hecho de haber formulado reconvencción, permite entender, al amparo de la Ley de Arbitraje -es de suponer que del art. 9.5, pues no se menciona de forma explícita-, que se ha producido, con posterioridad al surgimiento de la controversia, una negociación individualizada y expresa -por actos concluyentes- del convenio arbitral, que lo habilita en cuanto tal. Se trata, en definitiva, de determinar si el art. 9.5 LA es idóneo para que un consumidor, implicado ya en el devenir de un arbitraje suscitado al amparo de una cláusula abusiva -que no le vincula y que respecto de él se ha de tener por no puesta-, puede expresar su consentimiento de sumisión a arbitraje válidamente al no invocar la nulidad de la cláusula arbitral hasta un momento avanzado del procedimiento habiendo formulado alegatos defensivos y, más aún, habiendo reconvenido. Se ha de establecer, pues, si un entendimiento tal del art. 9.5 LA es conciliable con el propio art. 9.2 de la propia Ley de Arbitraje, y con la normativa especialmente tuitiva del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como de las Directivas 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 , sobre los derechos de los consumidores, esta última



transpuesta por la Ley 3/2014. Y ello sin olvidar, pues serán elementos de interpretación nada desdeñables, lo que dispone la vigente redacción del art. 57.4 TRLGDCU y lo que a su vez establece la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, incorporada al ordenamiento jurídico español por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre.

Ante todo, cumple dejar constancia de algunos criterios jurisprudenciales ya sentados que, sin abordar directamente el problema que ahora nos ocupa, sientan criterios claros que abocan a lo que, estimo, debió producirse: la decisión anulatoria del Laudo. Y ello partiendo de la indiscutible premisa de la plena competencia de esta Sala para juzgar, sin restricciones, la validez o la nulidad del convenio arbitral.

Parámetros de enjuiciamiento .

La STS 511/2017, de 20 de septiembre -roj STS 3324/2017 -, dice en su FJ 1º, apartados 1 y 2:

1. La Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, no contenía un listado de cláusulas que se considerasen en todo caso abusivas, sino que en un anexo, al que se remite el art. 3.3, recogía una lista, indicativa y no exhaustiva, de cláusulas que podían ser declaradas abusivas. A su vez, aunque la Propuesta de Directiva relativa a los derechos de los consumidores, de la Comisión Europea, de 8 de octubre de 2008, sí estableció dos anexos [Anexo II: Cláusulas contractuales que se consideran abusivas en cualquier circunstancia (que se conoció doctrinalmente como lista negra); y Anexo III: Cláusulas contractuales presuntamente abusivas (que se divulgó como lista gris)], el texto definitivo de la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de Octubre de 2011, no incorporó tales anexos, sino que se limitó a modificar la Directiva 93/13/CEE y mantuvo el sistema de lista enunciativa, delegando en los Estados miembros la posibilidad de imponer un mayor rigor en el control de las cláusulas abusivas.

En nuestro derecho interno, el legislador optó por un sistema de lista única, pero no cerrada (llamado vulgarmente de lista negra), contenido en los arts. 85 a 90 TRLGDCU, que establece que las cláusulas contenidas en tales preceptos tienen la consideración de abusivas en todo caso (art. 82.4). Este mayor rigor en el control de las cláusulas abusivas es conforme a la Directiva 93/13/CEE, por su carácter de norma de mínimos, como se desprende de su art. 8, y ha sido afirmado por la STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08.

2.- El mencionado art. 82.4 a) TRLGDCU establece que serán abusivas en todo caso las cláusulas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario...

Ya dijimos en las sentencias 214/2014, de 15 de abril, y 1/2016, de 21 de enero, que es más adecuado metodológicamente analizar si la cláusula se encuadra en alguno de los supuestos tipificados como abusivos en todo caso y solo examinar su abusividad con carácter general de manera subsidiaria".

A su vez, la STS 409/2017, de 27 de junio -roj STS 2500/2017 -, proclama (FJ 5º.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 exceptiona 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 TRLGDCU), que son nulas de pleno derecho, por ser abusivas".

Esta Sala en la ya citada Sentencia 83/2015, de 17 de noviembre, ha sentado algunos criterios -más recientemente reiterados en la Sentencia 41/2018, de 14 de noviembre, roj STSJ M 11440/2018 -, que, en sintonía con la doctrina jurisprudencial precitada, conviene traer a colación para la decisión del caso presente. Indicábamos entonces (FJ 2º):

"Esta Sala tiene reiteradamente dicho -v.gr., S. 64/2015, de 16/09 ROJ STSJ M 10502/2015-, en supuestos análogos al presente, que si una de las partes tuviera la cualidad de consumidor y la otra fuera un profesional sería abusiva la cláusula arbitral, por ministerio de la Ley -dado el carácter irrenunciable de los derechos atribuidos a los consumidores (art. 10 de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, en adelante LGDCU)-, en aplicación del artículo 90.1 de la misma LGDCU, en relación al artículo 9.2 de la Ley de Arbitraje, si bien la normativa de protección de los consumidores es específica, respecto de la



prevista en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, dado el ámbito subjetivo de esta última -el adherente puede ser también un profesional (art. 3 LCGC).

En efecto, el artículo 90.1 de la LGDCU, al regular como norma especial -respecto de la cláusula general del art. 82.1 LGDCU - las cláusulas abusivas sobre competencia, considera así, como abusivas, las cláusulas contractuales 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: un pacto semejante de sumisión que no sea de consumo o institucional para un sector o supuesto específico es 'en todo caso', ope legis, una cláusula abusiva, sin que ello dependa, en aplicación inexcusable de la Ley, de que el contrato sea o no de adhesión -art. 82.4.f) TRLGDCU.

El recto entendimiento de este art. 90.1 LGDCU pasa por la consideración de lo que dispone el artículo 57.4 de la misma Ley -en su redacción vigente hasta la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo-, que limita la posibilidad de establecer convenios de sumisión a arbitrajes distintos del de consumo a que se pacten una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico, sancionando con nulidad los convenios de arbitraje pactados contraviniendo esa disposición. En el bien entendido de que ese pacto de arbitraje distinto del de consumo, una vez surgida la controversia, había de ser negociado individualmente y/o consentido expresamente y no entrañar un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor ex art. 82.1 LGDCU.

En el momento presente, vigente en los términos expuestos el art. 90.1 LGDCU, el referido art. 57.4 -en vigor desde el 29 de marzo de 2014- proclama, con carácter más general que en su precedente redacción -sin diferenciar tipos de convenio arbitral-, que "no serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto". Este artículo 57.4, cuando prevé como efecto la no vinculación del convenio a voluntad del consumidor - pero permitiendo la sumisión antes del surgimiento de la controversia- ha de entenderse conciliable con el efecto de nulidad radical que establece el art. 83 LGDCU para el caso de que la sumisión a arbitraje resulte ser una cláusula abusiva (art. 90.1 LGDCU). El carácter más tuitivo de esta norma es coherente con el hecho de que, a través de esta Ley 3/2014, y de las modificaciones legislativas que supone, se transpone a nuestro Derecho nacional la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la cual se busca impulsar la protección del consumidor y usuario a nivel europeo y consolidar un mercado interior común europeo reforzando la seguridad jurídica de empresarios y consumidores, armonizando las legislaciones de consumidores de los Estados miembros de la UE. Esta Ley 3/2014 entró en vigor el día 29 de marzo (DF 13ª); ahora bien, de conformidad con lo previsto en su DT única, sus disposiciones serán de aplicación a los contratos con consumidores y usuarios que se celebren a partir del 13 de junio de 2014. Dicho sea a mayor abundamiento, por tanto, lo que respecta a la redacción vigente del art. 57.4, pues no es aplicable al contrato que da pie a las presentes actuaciones".

Cfr., en la misma línea, el FJ 3º de la mencionada STSJ Cataluña de 8 de junio de 2017.

Y añadíamos en el FJ 3º de la Sentencia 83/2015 las siguientes consideraciones, que estimamos de especial relevancia para la solución del presente caso:

"...el art. 82,2, 2º inciso TRLGDCU claramente establece que ' el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba'. No está de más, en este punto, traer a colación las siguientes palabras de la STS, 1ª, 265/2015, de 22 de abril (roj STS 1723/2015 -FJ 2):

'Para que una cláusula de un contrato concertado con un consumidor pueda considerarse 'no negociada' y por tanto le sea aplicable la Directiva 1993/13/CEE y la normativa nacional que la desarrolla (en particular, la Ley y posteriormente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), basta con que esté predispuesta e impuesta, en el sentido de que su incorporación al contrato sea atribuible al profesional o empresario. Tales requisitos se recogen en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CE cuando establece que ' se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión '.

(...)

Y es que, como señala la precitada STS 265/2015, no se puede confundir la libre emisión del consentimiento con la previa existencia de negociación individualizada del contenido del contrato (FJ 2 in fine). Si a quien asiste la carga de probar la negociación no subviene adecuadamente a ella, ' la alegación de que ha existido negociación es solo una fórmula retórica carente de contenido real, y supone identificar contratación voluntaria y prestación de consentimiento libre... con negociación contractual. Tal ecuación no es correcta ' (FJ 3 STS 265/2015)". Los énfasis son nuestros.



Tal es, exactamente, la incorrección que comete el Laudo en el presente caso, pues, como reconoce expresamente, " si la reconvencción constituye un acto inequívoco de sumisión a arbitraje una vez surgido el conflicto, implícitamente ha de entenderse cumplido también, en dicho momento procesal en que se reconviene el requisito de la negociación individual que exige el art. 82.1 TRLGDCU ". La emisión de voluntad de aceptación de un convenio arbitral puede derivar, cierto es, de actos de concluyentes emitidos en el seno del procedimiento arbitral -así lo admite, con carácter general, el art. 9.5 LA-, pero semejante eventualidad no puede confundirse con o asimilarse a la existencia de una negociación contractual, y máxime cuando la Ley y las Directivas de la Unión imperativamente la demandan; y lo hacen recabando el debido control de transparencia y exigiendo que el consumidor pueda influir en el contenido de una cláusula arbitral que puede condicionar plenamente los rasgos esenciales y procedimentales del arbitraje in fieri.

TERCERO.- 1. Incuestionado que La Comunidad contrató en su condición de consumidora -cfr. FJ 3º de nuestra Sentencia 83/2015- y que, por tanto, las cláusulas de arbitraje pactadas con anterioridad al surgimiento de la controversia no le son oponibles ni tienen, per se, eficacia alguna, el Laudo no pretende que el comportamiento en el seno del arbitraje de La Comunidad entrañe una suerte de confirmación de las cláusulas claramente abusivas -por la conjunción de dos factores: pacto anterior al surgimiento de la controversia y a arbitraje que no es de consumo-; tal supondría una suerte de exégesis integradora de la cláusula abusiva abiertamente reprobada por el TJUE (v.gr., Sentencia de 14.06.2012, asunto C- 618/10); práctica que, en su día, dio lugar a la modificación del art. 83 TRLGDCU.

Sin embargo, lo que el Laudo sí pretende y la Sentencia de la que discrepo avala es que la conducta procesal del consumidor implícitamente puede expresar un pacto de sumisión admisible en Derecho en tanto que expresivo de una negociación individualizada. En otras palabras: la sumisión tácita del consumidor, una vez surgida la controversia, integraría un convenio arbitral válido en tanto que " implícitamente" negociado.

Juzgo insostenible esta conclusión en el estado actual de nuestro Ordenamiento y del Derecho de la Unión que en él se integra.

Ya lo he dicho en el Fundamento precedente: cierto que el art. 9.5 de la vigente Ley de Arbitraje -una de sus novedades- establece que " se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra"; y que, en referencia al antiformalismo que inspira el precepto, la Exposición de Motivos de la Ley habla de que " la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma".

Ahora bien; esta realidad, tantas veces reconocida por esta Sala en el ámbito general de la válida conformación del convenio arbitral, no es predicable respecto de aquellos casos, como los concernidos por la normativa tuitiva de consumidores y usuarios, en que no se trata solo de entender emitida una libre declaración de voluntad, sino que se requiere una negociación expresa del contenido del contrato: la mera adhesión a lo predispuesto por otro no es, a todas luces, una negociación individualizada donde se haya podido influir en el contenido de lo pactado . Por eso, la jurisprudencia supra reseñada ha vinculado la recta interpretación del art. 9.5 LA con la remisión a la normativa específica que hace el art. 9.2 LA, y desde luego con la propia de la defensa de irrenunciabiles derechos de los consumidores y usuarios. No se puede negar que la sumisión tácita -sea en el seno de la Jurisdicción o del Arbitraje- expresa, por definición, una voluntad adhesiva, en la que nada se negocia individualmente, ni la competencia, ni el procedimiento a seguir, ni la designación de Árbitros, ni se determina la naturaleza en Derecho o en equidad del arbitraje...

Definitivamente, no se puede conformar un convenio arbitral entre un consumidor y un empresario, una vez surgido el litigio, mediante la adhesión implícita del consumidor a un arbitraje en curso: el convenio ha de ser aceptado expresamente por el consumidor quien ha de tener la debida información previa sobre su carácter vinculante, ha de poder influir sobre su contenido y éste no ha de entrañar un desequilibrio importante en su perjuicio...

Y ello con mayor razón, a fortiori, cuando, como sucede en el presente caso, no nos hallamos ante un arbitraje de consumo, ni, como reconoce el propio Laudo, sustanciado ante un órgano -la Corte de Arbitraje de Madrid- creado por una norma legal para sustanciar arbitrajes en un sector o supuesto específicos... Digo esto porque, como ya he apuntado, la vigente redacción del art. 57.4 TRLGDCU exige que, incluso en los arbitrajes de consumo, el consentimiento del consumidor lo sea con posterioridad al surgimiento del litigio...

2. La anterior conclusión, que se sustenta en el TRLDCU, en el art. 3 de la Directiva 1993/13/CEE y en la doctrina jurisprudencial precitada, se ve también corroborada por la tantas veces mencionada Sentencia del TJUE de 26 de octubre de 2006 -asunto C-168/05, Mostaza Caro, ECLI: EU:C:2006:675-

Como esta Sala ha dicho en la Sentencia 83/2015, basta considerar el criterio, clara y expresamente formulado por el TJUE, de que incluso aunque el consumidor - in casu, la Comunidad actora- no hubiera



denunciado en el propio procedimiento arbitral la nulidad, por abusiva, de la cláusula arbitral -alegato que La Comunidad sí ha efectuado durante el arbitraje en tres escritos-, dicha nulidad sería apreciable por el Tribunal al resolver la demanda de anulación. En los propios términos de la declaración final de la STJUE de 26 de octubre de 2006:

" La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación ".

Declaración final que trae causa, de reflexiones previas, entre las que cabe destacar las siguientes:

25 El sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de 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 (sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941, apartado 25).

26 Esta situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 27).

27 A la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha considerado que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 28, y de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C- 473/00, Rec. p. I-10875, apartado 32).

28 Esta facultad reconocida al juez se ha considerado necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva, habida cuenta en particular del riesgo no desdeñable de que éste ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos (sentencias, antes citadas, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, apartado 26, y Cofidis, apartado 33).

29 De esta forma, la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos (sentencia Cofidis, antes citada, apartado 34).

30 En estas circunstancias, el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva que, como se ha recordado en el apartado 27 de la presente sentencia, exige a los Estados miembros establecer que los consumidores no queden vinculados por las cláusulas abusivas, no podría alcanzarse si el órgano jurisdiccional que conoce de un recurso de anulación dirigido contra un laudo arbitral no estuviera facultado para apreciar la nulidad de dicho laudo, debido únicamente a que el consumidor no ha invocado la nulidad del convenio arbitral en el marco del procedimiento de arbitraje.

31 De ese modo, tal omisión por parte del consumidor no podría, en ningún caso, quedar compensada mediante la acción de sujetos que son terceros en relación con el contrato. En definitiva, resultaría menoscabado el sistema de protección especial establecido por la Directiva.

32 La normativa española ha evolucionado precisamente en este sentido. En efecto, aunque no sea aplicable al litigio principal, no carece de interés señalar que la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE nº 309, de 26 de diciembre de 2003), ya no exige que la oposición al arbitraje basada, en particular, en la nulidad del convenio arbitral se formule simultáneamente a la presentación por las partes de sus respectivas pretensiones iniciales.

(...)

35 El Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de las normas comunitarias de este tipo (véase, en este sentido, la sentencia Eco Swiss, antes citada, apartado 37).



36 La importancia de la protección de los consumidores ha conducido en particular al legislador comunitario a establecer, en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional "no vincularán al consumidor". Se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

37 Por otra parte, la Directiva, que tiene por objeto fortalecer la protección de los consumidores, constituye, conforme al artículo 3 CE, apartado 1, letra t), una disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (véase, por analogía, en relación con el artículo 81 CE, la sentencia Eco Swiss, antes citada, apartado 36).

38 Además, la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifican que el juez nacional deba apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

Es criterio conteste del TJUE aquel que obliga a que el Juez nacional -aun sin alegación de las partes- realice los controles de inclusión, transparencia y abusividad, al margen del procedimiento o fase en que se suscite, siempre y cuando se respeten los principios de audiencia y contradicción (SSTJUE de 9 de noviembre de 2010 - VB Pénzügyi Lízing - apartado 56; de 14 de junio 2012 - Banco Español de Crédito S.A. - apartado 44; de 21 de febrero de 2013 - Banif Plus Bank Zrt - apartado 24; y de 14 marzo 2013 - Mohamed Aziz - apartado 4).

Cierto que corresponde al Juez nacional determinar si una cláusula es abusiva. El propio Laudo ha partido de la base de que las cláusulas predispuestas en los Contratos de Obra y de Mantenimiento ostentan tal vicio.

Pues bien, cabe la siguiente reflexión: es claro que el TJUE no atribuye la menor relevancia "confirmatoria" de un convenio abusivo al comportamiento del consumidor en el seno del arbitraje -sea por ignorancia, sea incluso por evitar los gastos de un proceso judicial: si éste no se opone a la validez del convenio y se defiende en cuanto al fondo o incluso contraataca - nuestro Ordenamiento no atribuye dispar eficacia a una conducta o a otra en lo que toca a la existencia de sumisión tácita, cfr. v.gr., arts. 36.2.3^a y 56.2^o LEC -, ello no es óbice para que el Tribunal que conoce de la acción de anulación haya de apreciar la nulidad del convenio arbitral, por abusivo. En lógica consecuencia, no puedo compartir aquel postulado de la Sentencia -en verdad ratio nuclear de su decisión- que dice que " la reconvención significa llevar a cabo mucho más que una aceptación expresa"; la reconvención, en puridad, pudiera asimilarse a una sumisión tácita al arbitraje, no a una aceptación expresa del convenio arbitral y menos aún entraña negociación individualizada de ninguna clase.

En esta línea de pensamiento y con apoyo en doctrina expresa del TJUE, entiendo que si la conducta del consumidor en el seno del expediente arbitral no opuesta al convenio abusivo es irrelevante para impedir -mucho después- que un Tribunal de Justicia anule el laudo ex art. 41.1.a) LA, sería contradictorio admitir, como la Sentencia admite, que sí pueda tener dicha conducta tácita del consumidor virtualidad integradora de una nueva cláusula, ésta no abusiva, por mor de una voluntad implícita que no entraña negociación alguna, sino aceptación lisa y llana del arbitraje iniciado por el empresario. Y ello en virtud de una labor interpretativa que, con apoyo más genérico que concreto en el principio de libertad contractual, se sustenta en una norma de la Ley de Arbitraje -el art. 22, sin citar el art. 9.5-, que se limita a establecer un plazo preclusivo de alegación de la excepción, pero cuya exégesis no ha sido objeto de la debida contraposición con las normas -Directivas y TRLGDCU- y la jurisprudencia que demandan una negociación expresa del convenio arbitral entre el consumidor y el profesional, en este caso prestador de servicios...

Con apoyo en lo que antecede, que a mi juicio se acomoda a doctrina clara e inequívoca del TJUE, esta Sala debió negar la aplicabilidad al caso del art. 22 LA y del art. 34 del Reglamento de la CAM que invoca el Laudo.

3. También corrobora la conclusión que estoy defendiendo la nueva redacción del art. 57.4 TRLGDCU y su interpretación contextual con el Derecho de la Unión, y de modo particular, con el art. 10 de la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, incorporada al ordenamiento español por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre.

El art. 57.4 TRLGDCU, en su texto original anterior a la Ley 3/2014, decía:

Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico.

Los convenios arbitrales pactados contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente serán nulos.



Su redacción vigente, en transposición de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 , sobre los derechos de los consumidores, se limita a decir:

No serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto . La suscripción de dicho convenio, tendrá para el empresario la consideración de aceptación del arbitraje para la solución de las controversias derivadas de la relación jurídica a la que se refiera, siempre que el acuerdo de sometimiento reúna los requisitos exigidos por las normas aplicables.

El vigente art. 57.4 tiene un sentido inequívoco: privar de cualquier eficacia obligatoria para el consumidor su sumisión a arbitraje antes de surgir el conflicto, incluso aunque la aceptación del arbitraje lo fuera a un arbitraje de consumo o institucional legalmente autorizado. Criterio que no hace sino corroborar, de forma inequívoca, la necesidad de que la emisión válida de voluntad de sumisión a arbitraje se produzca con posterioridad al surgimiento del litigio.

Pues bien, llama poderosamente la atención cómo la Ley 3/2014, al dar nueva redacción al art. 57.4 TRLGDCU, utiliza una expresión prácticamente idéntica a la del art. 10 de la Directiva 2013/11/UE , de 21 de mayo , que dice:

1. Los Estados miembros velarán por que un acuerdo entre el consumidor y el comerciante de someter una reclamación a la apreciación de una entidad de resolución alternativa no sea vinculante para el consumidor cuando se haya celebrado antes de que surgiera el litigio y cuando tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales competentes para la resolución judicial del litigio.

2. Los Estados miembros velarán por que, en los procedimientos de resolución alternativa que tengan por objeto resolver el litigio mediante la imposición de una solución, únicamente se dé a la solución carácter vinculante para las partes cuando estas hayan sido informadas con antelación de dicho carácter vinculante y lo hayan aceptado expresamente . Si las soluciones son vinculantes para el comerciante con arreglo a la normativa nacional, no se exigirá la aceptación del comerciante para cada caso concreto.

No ignoro que esta Directiva se transpone por la Ley 7/2017, cuya entrada en vigor es posterior al surgimiento del arbitraje que está en el origen de estas actuaciones, y cuyo art. 15 proclama:

1. No serán vinculantes para el consumidor los acuerdos suscritos antes del surgimiento de un litigio entre un consumidor y un empresario con objeto de someterse a un procedimiento con resultado vinculante.

2. Para el empresario el acuerdo celebrado antes del surgimiento del litigio será vinculante si reúne las condiciones de validez exigidas por la normativa aplicable a dicho acuerdo. Este acuerdo no será necesario cuando el empresario se encuentre obligado, por ley o por su adhesión previa, a participar en dicho procedimiento.

3. El sometimiento del consumidor y del empresario al procedimiento ante una entidad de resolución alternativa de litigios de consumo cuya decisión sea vinculante requerirá, junto a la existencia de un acuerdo posterior al surgimiento del litigio, que en el momento de la prestación del consentimiento las partes sean informadas de que la decisión tendrá carácter vinculante, y de si la misma les impide acudir a la vía judicial, debiendo constar por escrito, o por otro medio equivalente, su aceptación expresa. Esta garantía de consentimiento informado no será de aplicación al empresario cuando se encuentre obligado, por ley o por su adhesión previa, a participar en dicho procedimiento.

Pero es innegable la virtualidad de esa Directiva de 2013, como un elemento más de interpretación del nuevo art. 57.4 añadido a la dicción expresa, v.gr., de los arts. 82 y 90 TRLGDCU y de los arts. 3 y 6 de la Directiva 1993/13/CEE : el consentimiento ex ante del consumidor nunca es posible, aun a arbitraje de consumo, requiriéndose con posterioridad al surgimiento del litigio una aceptación expresa del propio consumidor. Y esa aceptación expresa, incompatible con la tácita sumisión, ha de ser, además, negociación individualizada cuando estamos en presencia de un arbitraje que no es de consumo.

He de insistir: la tesis mantenida por el Laudo y asumida por la Sentencia conduce a un resultado que no puedo compartir: eliminar la aceptación y la negociación expresas del convenio si el consumidor pacta un arbitraje que no es de consumo, que pudiera reputarse per se como abusivo ex art. 90.1 TRLGDCU -a lo que enseguida me referiré-, frente a las garantías y requisitos que ostenta cuando la sumisión es a arbitraje de consumo o a " entidad alternativa", bien integrada en el sistema arbitral de consumo, bien autorizada al amparo de la Directiva 2013/11/UE , de 21 de mayo y de la ley 7/2017...

En el caso presente he de concluir en la nulidad del Laudo por radical invalidez del convenio arbitral -art. 41.1.a) LA-, y por sustentarse el Laudo en un discurso que infringe reglas imperativas que inequívocamente son normas de orden público - art. 41.1.f) LA-, en tanto que reguladoras de un sector especialmente dispensado de protección, resultando que tal tutela "es indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión Europea " -en palabras de la STJUE en el asunto Mostaza Caro-, estando implicado en el caso un derecho irrenunciable del consumidor -art. 10 TRLGDCU .



CUARTO. Una reflexión final añadida: se advierte sin dificultad que cuanto antecede se ha dicho partiendo de la premisa, a título de hipótesis aceptada aun cuando hoy resulta más difícilmente defendible, de que es posible que el consumidor, siempre surgida la controversia, acepte someterse a un arbitraje que no sea de consumo, institucional creado por ley para un sector o un supuesto específico, o a "una entidad de resolución alternativa" de las previstas en la Directiva de 2013, ya transpuesta. Hablo de reflexión a mayor abundamiento, porque, ante todo y sobre todo, he tratado de dar respuesta a la razón que funda la decisión del Laudo: apreciar la existencia de convenio conformado por la anuencia tácita del consumidor en el seno del procedimiento arbitral.

Ya hemos visto cómo el antiguo art. 57.4 TRLGDCU, al autorizar ex profeso los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo pactados con posterioridad al surgimiento del conflicto, permitía, en recta interpretación por el contexto, atemperar la categórica aplicación literal del art. 90.1 TRLGDCU. La nueva redacción del art. 57.4, aparentemente al menos, deja sin engarce lógico la exégesis conjunta de ambos preceptos, de modo que pudiera cabalmente sostenerse la aplicación del art. 90.1 en su estricta literalidad. Y máxime con la generalización del sistema arbitral de consumo, lato sensu concebido, que entraña la Directiva 2013/11/UE y su transposición por Ley 7/2017...

Sin embargo, cabe un entendimiento que, considerando los antecedentes legislativos y la finalidad de la reforma, lleve a una conclusión distinta sin desprever de sentido ni reducir a la inanidad el alcance de dicha reforma

Esta reforma del art. 57.4 no parece haber pretendido excluir la posibilidad de los pactos de sumisión a arbitraje del consumidor con el profesional o empresario a arbitraje distinto de consumo; lo que ha querido es garantizar que ninguna cláusula de sumisión a arbitraje ex ante puede vincular al consumidor, ni siquiera aunque la cláusula lo fuera a arbitraje de consumo. En este sentido, en una exégesis pro libertate, se puede interpretar que la cláusula ex ante a arbitraje de consumo no es en sí radicalmente nula, ni ha de tenerse por no puesta, porque cabe la posibilidad de que mediante una aceptación expresa - art. 10 Directiva y art. 15 Ley 7/2017, con posterioridad al surgimiento de la controversia, el consumidor pueda obligar al empresario al arbitraje de consumo incluido o predispuesto en un contrato con anterioridad al nacimiento del conflicto. Resta así un margen interpretativo para sostener que el art. 90.1 TRLGDCU, atendida la finalidad de la reforma perseguida por el art. 57.4 TRLGDCU, tiene que ver con la radical prohibición y declaración como abusivo de la sumisión a arbitraje que no sea de consumo con carácter previo al surgimiento de la controversia; convenio ajeno al ámbito especialmente tuitivo del arbitraje de consumo -v.gr., inspirado en la gratuidad y en la representación de sus intereses en la composición de las Juntas Arbitrales-, que requerirá de una negociación individualizada en los términos supra expuestos -a que se refiere in genere el art. 82 TRLGDCU-, de forma que el consumidor pueda realmente influir en la conformación del arbitraje...

QUINTO.- Por último, decir que convengo con el parecer mayoritario en que, en efecto, durante el arbitraje La Comunidad no ha padecido indefensión material: pudo alegar y probar en pro de su derecho sin restricciones indebidas. Ahora bien; he de insistir en la irrelevancia de tal extremo cuando la anulación del Laudo trae causa de motivos totalmente ajenos a la efectividad o ineffectividad de la defensa: en el caso, como queda dicho, este Tribunal debió anular el Laudo para evitar la conculcación de un derecho irrenunciable del consumidor, que se produce al dar por bueno, en contra de normas imperativas indisponibles para el propio consumidor, un convenio arbitral pretendidamente perfeccionado por el consentimiento tácito de La Comunidad y en ausencia de cualquier negociación individualizada; negociación individualizada que ni siquiera puede entenderse existente por la mera emisión de un consentimiento expreso -que aquí no se da-, según doctrina conteste de la Sala Primera supra citada.

En conclusión: con el máximo respeto a la opinión mayoritaria que se plasma en la Sentencia, ésta debió haber tenido la siguiente parte dispositiva:

FALLAMOS

ESTIMAR la demanda de anulación del Laudo de 11 de julio de 2018 -corregido por Laudo de 7 de septiembre siguiente- y del Laudo de aclaración y complemento de 19 de septiembre de 2018, dictados por D. Juan Pablo Correa Delcasso en el Procedimiento Arbitral nº 2.786 de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid, formulada por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000, Nº NUM000, DE MADRID, contra APLICACIONES Y PROYECTOS DE ENERGÍA SOLAR, S.L. (APROSOL); con expresa imposición a la demandada de las costas causadas en este procedimiento.



Madrid, a 12 de septiembre de 2019
Fdo. Jesús María Santos Vijande.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.