



Roj: **AAP O 1121/2018 - ECLI: ES:APO:2018:1121A**

Id Cendoj: **33044370062018200078**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **20/11/2018**

Nº de Recurso: **421/2018**

Nº de Resolución: **115/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARTA MARIA GUTIERREZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION SEXTA

OVIEDO

AUTO: 00115/2018

Modelo: N10300

C/ CONCEPCION ARENAL, 3 - 4ª PLANTA

Tfno.: 985968754 Fax: 985968757

N.I.G. 33004 41 1 2018 0001979

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000421 /2018

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.6 de AVILES

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000287 /2018

Recurrente: COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CALLE000 NUM000 DE AVILES

Procurador: RAQUEL PABLOS LOPEZ

Abogado: JOSE FELIX LOBATO GONZALEZ

Recurrido: SUBCOMUNIDAD E, MINISTERIO FISCAL

Procurador: BEGOÑA FLORES PICHARDO,

Abogado: ESTEBAN INTRIAGO GUTIERREZ,

RECURSO DE APELACION 421/18(LECN)

En OVIEDO, a veinte de Noviembre de dos mil dieciocho La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por los Ilmos. Srs. Dª María Elena Rodríguez Vígil Rubio, Presidenta, D. Jaime Rianza García y Dª Marta María Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado el siguiente:

AUTO N° 115/18

En el Rollo de apelación núm. 421/18, dimanante de los autos de juicio civil Ordinario, que con el número 287/18 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Oviedo, siendo apelante la **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CALLE000 NUM000 DE AVILÉS**, demandante en primera instancia, representada por la Procuradora Sra. RAQUEL PABLOS LÓPEZ y asistida por el Letrado Sr. FELIX LOBATO GONZÁLEZ y siendo apelado **SUBCOMUNIDAD E.**, demandado en primera instancia, representada por la Procuradora Sra. BEGOÑA FLORES PICHARDO y asistida por el Letrado Sr. ESTEBAN INTRIAGO GUTIÉRREZ y el **MINISTERIO FISCAL**, en la representación que le es propia; **ha sido Ponente la Ilma. Sra. Dª Marta María Gutiérrez García.**

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Avilés dictó Auto en fecha 06.06.18 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*"Acuerdo que este órgano judicial se abstenga del conocimiento de la demanda presentada por C.P. DE C/ CALLE000 NUM000 DE AVILES, frente a SUBCOMUNIDAD E, al estimarse la declinatoria de jurisdicción planteada por hallarse sometido el asunto a **arbitraje**, debiendo acordar el sobreseimiento del proceso."*

SEGUNDO .- Contra el anterior Auto se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 12.11.18.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpuso por la Procuradora Sra. Pablos López en nombre y representación de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CALLE000 NUM000 DE AVILÉS contra SUBCOMUNIDAD E, demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad al haber venido desatendiendo pagos de la contribución a gastos de la comunidad de propietarios, habiéndose aprobado en Junta de propietarios de 7 de noviembre de 2017, la liquidación de la deuda pendiente, que previa notificación a los interesados, se facultaba al Presidente para su proceder a su reclamación judicial de persistir el impago.

Por la parte demandada propone declinatoria de jurisdicción por estar sometido el asunto a **arbitraje**, de conformidad con lo dispuesto en el art. 28 de los Estatutos

Por el juzgado de primera instancia nº 6 de Avilés, se dicta auto por el cual se abstiene del conocimiento de la demanda presentada por hallarse sometido el asunto a **arbitraje**.

Frente a dicha resolución se alza la parte demandante interponiendo recurso de apelación, pues sin desconocer el contenido del art. 28 de los estatutos, su redacción no ampara los casos de reclamación de cuotas comunitarias, no siendo admisible una interpretación extensiva. Las características de las pretensiones deducidas, por afectar a la obligación de todos los propietarios de contribuir a los gastos comunitarios, se trata de materia de derecho imperativo -ius cogens-, absolutamente indisponible y excluido de **arbitraje**. Además de ser una cláusula impuesta unilateralmente por la promotora, sometida, por tanto, al régimen de condiciones generales de la contratación.

SEGUNDO.- Lo que debe resolver la sala a la vista de la cuestión planteada donde frente a la demanda de ordinario en reclamación de cantidad por impago de cuotas comunitarias se ha planteado declinatoria de jurisdicción por encontrarse la materia sometida a **arbitraje** formulado ante el TJUA para la designación de árbitros, es determinar el alcance de la propia competencia y jurisdicción.

En esta tesitura la STS de 27 de junio de 2017 acoge la tesis según la cual el órgano judicial ante el que se planteara la declinatoria de jurisdicción por sumisión a **arbitraje** ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. De este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio. Y señala que: *" Cuando la Ley de **Arbitraje** ha querido limitar el alcance de la intervención del juez en el enjuiciamiento del convenio arbitral, lo ha hecho expresamente. Así, en el art. 15.5 Legislación citada que se interpreta Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje**. art. 15 (10/06/2011), al regular la formalización judicial del **arbitraje**, ha establecido un enjuiciamiento muy limitado al prever que "el tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral "*.

Al regular cómo puede alegarse la existencia de un convenio arbitral en un litigio judicial ya iniciado, el art. 11 de la Ley de **Arbitraje** y los arts. 39 Legislación citada LEC art. 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Legislación citada LEC art. 63.1 prevén que tal cuestión se decida mediante declinatoria jurisdicción. Estos preceptos no establecen limitación alguna del ámbito de enjuiciamiento por el juez de su propia jurisdicción y competencia que lo diferencie de otros supuestos en que ha de realizar tal enjuiciamiento en una declinatoria, como son los de falta de competencia internacional, falta de jurisdicción por causa distinta de la existencia de un convenio arbitral y falta de competencia objetiva o territorial.

Y la conclusión a la que llega el Alto Tribunal es es que si se ha iniciado un litigio judicial en el que se ha planteado, por medio de declinatoria, la falta de jurisdicción por existir un convenio arbitral, el enjuiciamiento que ha de realizar el órgano judicial sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre la inclusión de las cuestiones objeto de la demanda en el ámbito de la materia arbitrable, no está sometido a restricciones y no



debe limitarse a una comprobación superficial de la existencia de convenio arbitral para, en caso de que exista, declinar su jurisdicción sin examinar si el convenio es válido, eficaz y aplicable a la materia objeto del litigio.

Lo expuesto es compatible con el hecho de que si se ha iniciado un procedimiento arbitral, incluso en la fase previa de formalización del **arbitraje**, los árbitros, conforme a lo previsto en el art. 22 de la Ley de **Arbitraje**, son competentes para pronunciarse sobre su propia competencia, y su decisión sobre este punto solo puede ser revisada mediante la acción de anulación del laudo, con base en los motivos de impugnación previstos en los apartados a, c y e del art. 41.1 de la Ley de **Arbitraje**.

Por lo que acogiendo la sala esta tesis, lo que procede analizar a continuación es el contenido del acuerdo donde se somete a **arbitraje** las cuestiones derivadas de la interpretación de los Estatutos comunitarios.

TERCERO.- La Ley de Propiedad Horizontal, respecto a la contribución a los gastos comunes establece en su art. 9 la obligación de cada propietario de contribuir con arreglo a su cuota de participación; siendo competencia de la Junta de Propietarios la aprobación de los gastos y presupuestos comunitarios, art. 14 LPH; acuerdo vinculantes para todos los propietarios, art. 17. 9 LPH; y ejecutivos salvo suspensión por la autoridad judicial, art. 18 LPH.

El art. 28 de los Estatutos señala que: " *para todas las cuestiones derivadas de la interpretación de los presentes Estatutos y de las Normas, estatutos o Reglamentos de Régimen interior de las distintas comunidades particulares. Así como las cuestiones suscitadas entre los distintos copropietarios o entre éstos y la Comunidad, que afecten naturalmente al normal desarrollo de aquélla, es decir a motivos comunitarios, se someten por todos los propietarios afectados al **arbitraje** de equidad*"

Por parte de la subcomunidad E del sótano 1 de la calle CALLE000 nº NUM000 de Avilés se presentó demanda ante el TJUA para designación de árbitros a fin de que éste dicte Laudo sobre unas cuestiones que plantea frente a la comunidad general consistente en la impugnación de los acuerdos adoptados en la junta de propietarios, en concreto, los contenidos en el punto segundo del orden del día referidos a la aprobación de las cuentas de los ejercicios 2013 a 2016, la atribución de un déficit por arreglo a las mismas, y la no devolución ni regularización de los saldos negativos. Lo que conllevaría que no debe cantidad alguna, existiendo incluso superávit.

Los argumentos de la parte apelante es que el citado precepto de los estatutos no ampara la reclamación de cuotas comunitaria, ni es aplicable el **arbitraje** para cuestiones indisponibles por los particulares.

Lo planteado ante el árbitro es el modo correcto a entender de la parte promovente de la forma de distribuir los gastos comunes conforme a los estatutos.

El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 176/1996, de 11 de noviembre Jurisprudencia citada STC, Sala Segunda, 11-11-1996 (STC 176/1996) y 9/2005, de 17 de enero Jurisprudencia citada a favor STC, Sala Primera, 17/01/2005 (STC 9/2005) Consideración del **arbitraje** como un medio heterónomo de decisión de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados. El **arbitraje** constituye un sistema de heterocomposición de conflictos, en el que a diferencia del sistema jurisdiccional, la fuerza decisoria de los árbitros tiene su fundamento, no en el poder del Estado, sino en la voluntad de las partes contratantes, aunque el ordenamiento jurídico estatal reconoce y regula esa fuerza decisoria, ha considerado el **arbitraje** como un medio heterónomo de decisión de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados. El **arbitraje** constituye un sistema de heterocomposición de conflictos, en el que a diferencia del sistema jurisdiccional, la fuerza decisoria de los árbitros tiene su fundamento, no en el poder del Estado, sino en la voluntad de las partes contratantes, aunque el ordenamiento jurídico estatal reconoce y regula esa fuerza decisoria.

Por tal razón, la sentencia del Tribunal Constitucional 75/1996, de 30 de abril Jurisprudencia citada a favor STC, Sala Primera, 30/04/1996 (STC 75/1996) La autonomía de la voluntad de las partes, de todas las partes, constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el **arbitraje** conlleva la exclusión de la vía judicial. El Tribunal Constitucional declaró que, salvo que el litigante lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir que sea precisamente un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, pues de otra manera se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva, afirmó que la autonomía de la voluntad de las partes, de todas las partes, constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el **arbitraje** conlleva la exclusión de la vía judicial. El Tribunal Constitucional declaró que, salvo que el litigante lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir que sea precisamente un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, pues de otra manera se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva. La sentencia del Tribunal Constitucional 136/2010, de 2 de diciembre Jurisprudencia citada a favor STC, Sala Primera, 02/12/2010 (STC 136/2010) La renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al **arbitraje** debe



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

La anterior doctrina del Tribunal Constitucional explica que esta sala, en su sentencia 26/2010, de 11 de febrero , con cita de otras anteriores, haya declarado que la cláusula de sumisión a **arbitraje**, para ser tenida por eficaz, es necesario que manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros. 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 exceptúa el caso de las cláusulas no negociadas contenidas en contratos concertados con consumidores que establezcan la sumisión a **arbitrajes** distintos del **arbitraje** de consumo, salvo que se trate de órganos de **arbitraje** institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico (art. 90.1 en relación con el 57.4, ambos TRLCU), que son nulas de pleno derecho, por ser abusivas.

En el presente caso, visto el contenido de la norma estatutaria y lo que es objeto de planteamiento el proceso arbitral, la materia cae de lleno dentro de lo que resulta afectado por el convenio arbitral.

CUARTO.- En materia de disponibilidad de la norma hay que atender, como ha hecho el Tribunal Supremo - STS 28 de enero de 1994 - a la dualidad que presentan las normas imperativas que ha permitido distinguir entre la imperatividad plena y la atenuada.

Como dice la AAP Madrid, secc 10ª de 31 de mayo de 2005 , si bien que referido a normas societarias pero que resulta plenamente aplicable a las normas contenidas en la ley de Propiedad Horizontal " *En este sentido conviene precisar que la autonomía de la voluntad no es incompatible con el hecho de que la legislación societaria sea, en buena medida, de Derecho necesario. Y es que no debe confundirse -como precisamente ha ocurrido en el ámbito societario- el carácter de ius cogens de una norma con la disponibilidad o no de los derechos subjetivos reconocidos en ella: Lo que en su caso se somete a decisión arbitral, no es la aplicación o no de una norma imperativa, sino el pronunciamiento sobre si en el caso concreto esa norma se ha dejado de aplicar o se ha aplicado mal, dando lugar a la vulneración de un derecho subjetivo disponible. En este sentido, a propósito de la distinción entre normas de ius cogens y la inarbitrabilidad de los derechos subjetivos fue concluyente la STS 21 marzo 1985 en la que se declaró: "...no debe confundirse el carácter de las normas jurídicas con el ejercicio de los derechos privados -no públicos- de los que se puede disponer incluso en el máximo grado de disposición, que implica la renuncia, como ocurre con los beneficios y ganancias consiguientes a la cualidad de socio, que es, en definitiva, lo único que se decidió en este caso... procediendo por tanto, no contra ley sino de acuerdo con ella, utilizando los medios que la misma permite para resolver precisamente el conflicto creado, con una jurisdicción que las partes convinieron en el art. 20 de los propios estatutos, que la ley admite y regula expresamente y que el juez ratificó en la resolución con la que ordena la formalización del compromiso del que trajo causa el **arbitraje** ".*

Es decir, el carácter imperativo de las normas contenidas en la Ley de Propiedad Horizontal no impide someter las cuestiones que se susciten entre los comuneros y al Comunidad a **arbitraje**, porque solo obliga a resolver el conflicto de acuerdo con ellas pero no determina ni impide la arbitrabilidad de la materia (STS 18 abril de 1998), al señalar que el convenio arbitral no alcanza a las normas de ius cogens sino al cauce procesal al que se aplican.

Conforme al art. 2 L.A. son susceptibles de **arbitraje** las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, sin que por otra parte, pueda identificarse orden público con norma imperativa o de ius cogens, ni el concepto de materia indisponible con su regulación en norma imperativa.

QUINTO.- La desestimación de recurso de apelación conlleva, a tenor de lo establecido en el art. 398 apartado 1º de la Ley de enjuiciamiento civil , la condena al apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

PARTE DISPOSITIVA

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Pablos López en nombre y representación de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO DE LA CALLE CALLE000 N° NUM000 DE AVILÉS contra el auto dictado el 6 de junio de 2018 por el juzgado de Primera instancia nº 6 de Avilés en los



autos de juicio ordinario nº 287/2018, CONFIRMANDO esa resolución. Con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante

Así por este su auto, que es firme al no ser susceptible de recurso ordinario o extraordinario alguno, lo manda y firma el tribunal.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ