



Roj: **STSJ M 11440/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:11440**

Id Cendoj: **28079310012018100201**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2018**

Nº de Recurso: **18/2018**

Nº de Resolución: **41/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOAQUIN DELGADO MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2018/0052593

**Procedimiento** Nulidad laudo arbitral 18/2018

**Materia:** **Arbitraje**

**Demandante:** COMUNIDAD DE PROPIETARIOS " DIRECCION000 NUM000 " DE LA CALLE000 , NUM001 - NUM002 Y NUM002 DE TORREJÓN DE ARDOZ

PROCURADOR D. JAVIER HUIDOBRO SÁNCHEZ-TOSCANO

**Demandado:** Matías

PROCURADOR D. JAVIER GARCÍA GUILLÉN

**SENTENCIA N° 41 /2018**

**Excmo. Sr. Presidente:**

**D. Francisco Javier Vieira Morante**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**Ilmo. Sr. Magistrado Don Joaquín Delgado Martín**

**Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande**

En Madrid, a 14 de noviembre de 2018.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 28 de marzo de 2018 tuvo entrada en este Tribunal Superior de Justicia la demanda formulada por COMUNIDAD DE PROPIETARIOS " DIRECCION000 NUM000 " DE LA CALLE000 , NUM001 - NUM002 Y NUM002 DE TORREJÓN DE ARDOZ (en adelante, *La Comunidad*), ejercitando contra Matías acción de anulación del laudo arbitral de 29 de enero de 2018, dictado por D. Pedro de Blas Martínez en el procedimiento de **arbitraje** de Derecho nº 10/2017, administrado por ASOCIACIÓN DE **ARBITRAJE** INMOBILIARIO (ARBIN).

**SEGUNDO.-** Se admite a trámite la demanda por Decreto del día 19-4-2018 y, realizado el emplazamiento de la demandada, ésta presentó contestación a la demanda

**TERCERO.-** Por Auto de fecha 20 de julio de 2018, la Sala acordó:



- 1º. Haber lugar al recibimiento del pleito a prueba.
- 2º. Admitir y tener por aportada la documental acompañada por la demandante y por la demandada
- 3º. No haber lugar a la celebración de vista pública.
- 4º. Señalar para deliberación y fallo el día 13 de noviembre de 2018, fecha en que tuvieron lugar.

**CUARTO.**- Por Diligencia de Ordenación de 4 de octubre de 2018 se acordó el cambio de ponente, designándose a D. Joaquín Delgado Martín.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Joaquín Delgado Martín, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- La parte impugnante considera que el laudo arbitral es nulo por infracción de la letra a) del artículo 41.1 de la Ley de **Arbitraje**: "que el convenio arbitral no existe o no es válido". Alega la recurrente que la cláusula de sumisión a **arbitraje** se inserta dentro de un contrato de adhesión como es el de arrendamiento de servicios suscrito entre el Administrador de Fincas y la Comunidad de Propietarios. Explica que la otra parte ha tenido una situación de claro privilegio, sin que la Comunidad de Propietarios haya podido cambiar dicha cláusula ni participar en el procedimiento de designación del árbitro.

Efectivamente, en la Cláusula K) del contrato suscrito entre las partes de fecha 13 de agosto de 2001 se afirma lo siguiente: " Las partes acuerdan, con renuncia expresa a cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiera corresponderles, someter todas las cuestiones que se deriven sobre el cumplimiento ejecución o interpretación de este contrato al **arbitraje** del Tribunal Arbitral "ARBIN" quien actuará con sujeción a la normativa prevista en el propio Reglamento de la Asociación y a la Ley de **Arbitraje** de 5 de diciembre de 1988"

**SEGUNDO.**- Como se viene indicando esta Sala (Sentencias 64/2015 y 83/2015), si una de las partes tiene la cualidad de consumidor y la otra es 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).

Procede reproducir aquí los argumentos de la sentencia de esta Sala 83/2015, de 17 de noviembre:

*"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 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 13/2014, 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.

Sin embargo, como también hemos dicho con reiteración, para que rijan las limitaciones expresadas al establecimiento de un convenio arbitral, dirigidas a proteger a los consumidores y usuarios, es necesario que se trate de relaciones jurídicas entre alguno de éstos y un empresario, considerado como tal a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada, según el artículo 4 de la misma Ley. Esto es, lo relevante para este concepto de empresario es que la relación jurídica con el consumidor o usuario se desarrolle como una de las actividades propias del negocio, industria o profesión desempeñado por la persona física o jurídica que contrata con el consumidor o usuario, quedando, a sensu contrario, excluidas de esa especial protección otras relaciones jurídicas que no sean producto de la actividad comercial o industrial propia de uno de los contratantes o realizadas en el marco de su profesión (entre muchas, FJ 3, SS. de esta Sala 52/2014, de 23 de septiembre; ROJ STSJ M 12922/2014 ; y 64/2105, de 16 de septiembre, FJ 4, ROJ STSJ M 10502/2015).

Y, desde la perspectiva del consumidor, confirma recientemente esta doctrina la STS, 1ª, Pleno, de 30 de junio de 2015 (ROJ STS 3002/2015), cuando señala que "los demandantes no ostentaron, en esta relación jurídica, la condición de consumidores, pues no actuaban 'en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional', como exige el art. 3 TRLGDCU. No basta, por tanto, ser persona física para quedar incluido en el ámbito subjetivo de aplicación del TRLGDCU".

**TERCERO.**- En el caso presente, Matías es un profesional, dado que es Administrador de Fincas Colegiado, como se afirma expresamente en el encabezamiento del contrato suscrito entre las partes de fecha 13 de agosto de 2001, pactándose en el mismo el pago de una retribución en concepto de honorarios (cláusula G), a los que además se suma el IVA (cláusula H).

Por otra parte, la Comunidad de Propietarios a estos efectos el carácter de consumidor, como viene sosteniendo esta Sala. Como afirma la citada la sentencia 83/2015, de 17 de noviembre:

*La pregunta que hemos de plantearnos, en virtud del iura novit Curia, es si a la Comunidad puede conferírsele, en su relación con el administrador -que es, ope legis ( art. 13 LPH ), un órgano de la propia Comunidad-, la condición de consumidor, tal y como la concibe el art. 3 TRLGDCU en su redacción anterior a la Ley 13/2014, a saber: "son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".*

Es muy clarificador, al respecto, lo que señala el apdo. III de la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 1/2007, cuando dice:

*"El consumidor o usuario, definido en la Ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros" (el resaltado es nuestro).*

O, como indica la STS 406/2012, de 6 de junio -roj STS 5966/2012 -, en su FJ 3.3:

*"hay que señalar, en términos generales, que la normativa de consumo de transposición de las Directivas europeas, ahora integradas en el citado Real Decreto -LGDUC-, de 16 de noviembre de 2007, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de consumidor, como cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, adoptó la remisión, ya expresa, o bien implícita, al concepto desarrollado por la Ley General de 1984 (artículos 1, 2 y 3); combinándose de esta forma un criterio positivo de consumidor como 'destinatario final', con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios 'para integrarlos en procesos relacionados con el mercado'. En este contexto, si bien la ley de condiciones generales ha tratado de armonizar ambos conceptos (parágrafo IX del preámbulo), el texto refundido de 2007, en su Exposición de Motivos, ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de 'destinatario final', en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder 'a fines privados'. Esta indicación delimitativa de los fines del acto de consumo ya se ha producido en la jurisprudencia comunitaria, inclusive de manera más restrictiva haciendo referencia a 'las necesidades familiares o personales', o 'a las propias necesidades del consumo privado de un individuo' ( SSTJ CE de 17 de marzo 1998, 11 de julio de 2002*



y 20 de enero de 2005). En esta línea, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de "destinatario final" antes del texto refundido del 2007, en un sentido también restrictivo y relacionado con "el consumo familiar o doméstico" o con "el mero uso personal o particular" ( SSTS 18 de julio de 1999 , 16 de octubre de 2000, nº 992, 2000 , y 15 de diciembre 8 de 2005 , nº 963, 2005)".

Hoy es pacífico -en su día fue cuestión controvertida- que las Comunidades de Propietarios son consumidoras cuando contratan bienes y servicios como destinatarias finales (v.gr., contratos de mantenimiento de instalaciones comunes, SSTS, 1ª, 1/3/1999 -roj STS 1357/1999 -y 152/2014, de 11 de marzo -roj STS 1484/2014 ). La cuestión puede representarse más problemática, al menos aparentemente, a la hora de resolver si les es atribuible tal condición en la contratación de los servicios profesionales de un administrador de fincas, que, como queda dicho, es un órgano de la misma Comunidad.

Al respecto, se ha de tener presente que, como señala con reiteración la jurisprudencia, las previsiones sobre el administrador del art. 13 LPH , en particular en sus apartados 1, 6 y 7, "se refieren única y exclusivamente a la organización interna de la comunidad de propietarios y en ella agotan su eficacia jurídica"; de suerte que "en el caso del Secretario- Administrador que no sea uno de los propietarios de alguno de los pisos o locales de la casa y ejerza la profesión de administrador de fincas urbanas, concurre, junto a la organización interna de la comunidad de propietarios..., una relación jurídica nacida de un contrato celebrado entre la comunidad de propietarios y la persona que ostenta el cargo de Secretario-Administrador, cuyas vicisitudes jurídicas, así su resolución y las consecuencias derivadas de la misma, quedan sometidas a la regulación de las obligaciones y contratos del Código Civil" (por todas, SAP Madrid, Sec. 21ª, 394/2014, de 9 de septiembre, FFJJ 1 y 2, roj SAP M 13278/2014 ).

De ahí que la Sala entienda que el pertenecer orgánicamente a la Comunidad no empieza para que el administrador que se dedica profesionalmente a ese cometido, esto es, de forma habitual y retribuida, actúe como verdadero empresario frente a la Comunidad, que es destinataria final de sus servicios, quedando integrada así la relación de consumo, que ha de ser contemplada unitariamente y que existe cuando se dan los dos términos del binomio empresario/consumidor (en tal sentido, art. 2 TRLGDCUM y FJ 2 de la Sentencia de esta Sala 1/2013, de 3 de enero -roj STSJ M 8130/2013 -; cfr., por todas, asimismo, FJ 6, STSJ Asturias 1/2015, de 30 de enero, roj STSJ AS 224/2015 ).

Piénsese que la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre la comunidad de propietarios y el administrador es la de un contrato de mandato -postura por la que se ha decantado la jurisprudencia en los últimos años, v.gr., SAP Alicante, 9ª, 376/2014 (roj 2334/2014); SSAP Madrid, 21ª, 180/2011 ( roj 3811/2011 ) y 394/2014 ( roj 13278/2014 ); SPA Madrid, 10ª, 257/2011 ( roj 6876/2011 ); SAP Navarra, 1ª, 4/2013 (roj 342/2013); SAP Navarra, 3ª, 365/2014 (roj 1232/2014); y SAP Pontevedra, 6ª, 786/2012 (roj 2688/2012)-. En virtud de ese contrato, el administrador desempeña sus funciones de gestión y asesoramiento - art. 20 LPH - en interés de la Comunidad, y no de los propietarios singularmente considerados, estableciendo la propia LPH -art. 13.6, segundo inciso- que cuando la Comunidad decida contratar a un administrador éste ha de tener "cualificación profesional suficiente y legalmente reconocida". Esto ratifica el hecho de que la Comunidad, cuando contrata a un administrador profesional, lo hace con fines estrictamente privados: lo hace por y para la Comunidad, que es la destinataria final de la actividad profesional que presta el administrador; actividad profesional no orientada ni incorporada al servicio a terceros -siendo incluso muy dudoso que pudieran reputarse como tales los propietarios individualmente considerados-, sino al servicio de la Comunidad en cuanto tal.

Lo que señalamos ha tenido incluso algún refrendo legal que da por sentada la condición de "consumidor" que ostenta la Comunidad en este tipo de relaciones: tal es el caso, por ejemplo, del art. 54, apartados 1 y 6, de la Ley del Parlamento de Cataluña 18/2007, de 18 de diciembre , del derecho a la vivienda, que dicen:

1. A efectos de la presente ley y de las actividades que regula, son administradores de fincas las personas físicas que se dedican de forma habitual y retribuida a prestar servicios de administración y asesoramiento a los titulares de bienes inmuebles y a las comunidades de propietarios de viviendas.

(...)

6. Para garantizar los derechos de los consumidores, los administradores de fincas deben suscribir un seguro de responsabilidad civil, que pueden constituir por medio del correspondiente colegio o asociación profesional.

Evidentemente, lo que antecede no se puede predicar de aquellos supuestos en que el administrador de la Comunidad sea el propio Presidente - art. 13.5 LPH - o asuma tal función un propietario - art. 13.6 LPH -, que no se dedican profesionalmente a esa actividad: ninguna relación de consumo hay en tales casos, pues quien desempeña el cargo de administración no lo está haciendo en calidad de empresario, limitándose dicha actuación -como antes señalábamos- al ámbito interno de la comunidad, en el que agota su eficacia jurídica.





Atendiendo a las anteriores consideraciones, en aplicación del art. 90.1 TRLGCU y, a fortiori, del art. 57.4 del mismo cuerpo legal, cabe concluir que la cláusula K), que contiene el convenio arbitral, es nula de pleno Derecho, y debe tenerse por no puesta, en tanto que prevé la sumisión a un **arbitraje** distinto del **arbitraje** de consumo y con carácter previo al surgimiento de la controversia. Asimismo hay que tener presente -no es discutido, por su evidencia- que la entidad administradora del **arbitraje**, ARBIN, es una entidad privada, no una institución creada por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico, como requiere el artículo 57.4 de la LGDCU.

Por todo ello, procede la estimación del recurso por radical nulidad del convenio arbitral incorporado al contrato de 13 de agosto de 2001 (apartado K), dado que constituye una cláusula abusiva en una relación de consumo, que debe entenderse por no puesta -art. 83 TRLGDCU.

Por lo demás, no obsta a la precedente conclusión, como pretende la demandada, el hecho de que la Comunidad en ningún momento haya cuestionado, *durante la prestación del servicio como administrador*, la cláusula de sumisión a **arbitraje**, por lo que estima que hacerlo ahora contraviene los propios actos... Basta para replicar a esta apreciación el criterio, expresamente formulado por el TJUE, de que incluso aunque la Comunidad actora no hubiera denunciado en el propio procedimiento arbitral la nulidad, por abusiva, de la cláusula arbitral -alegato que sí efectuó-, dicha nulidad sería apreciable por el Tribunal al resolver la demanda de anulación. En los propios términos de la STJCE de 26 de octubre de 2006 -asunto C 168/05:

*" 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 "*.

En la contestación a la demanda de nulidad se alega que la Comunidad de Propietarios negoció todas las cláusulas y aceptó la designación de ARBIN. Pero no hay que olvidar que 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/CEE 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, en el caso presente, aunque la cláusula arbitral es abusiva *ope legis*, según las razones ya expuestas, ni siquiera consta su firma por separado, sin que la parte demandada haya aportado el menor indicio de la negociación individualizada que pretende. 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).

En conclusión, el motivo de anulación esgrimido al amparo del art. 41.1.a) LA es estimado, con la consiguiente estimación del recurso.

**CUARTO.**- Aun estimada la pretensión anulatoria de la actora, no procede imponer a la demandada las costas causadas en este procedimiento ex art. 394.1 LEC, pues la Sala entiende que pueden apreciarse dudas de Derecho en el asunto planteado.

Vistos los artículos de aplicación,

## FALLAMOS

**ESTIMAMOS** la demanda de anulación del Laudo de 29 de enero de 2018, dictado por D. Pedro de Blas Martínez en el procedimiento de **arbitraje** de Derecho nº 10/2017, administrado por ASOCIACIÓN DE **ARBITRAJE**



INMOBILIARIO (ARBIN), formulada por COMUNIDAD DE PROPIETARIOS " DIRECCION000 NUM000 " DE LA CALLE000, NUM001 - NUM002 Y NUM002 DE TORREJÓN DE ARDOZ, contra Matías ; sin expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento.

Frente a esta sentencia no cabe recurso alguno ( art. 42.2 Ley de Arbitraje).

Lo acuerdan, mandan y firman los Sres. Magistrados que figuran al margen.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ