



Roj: STSJ AS 488/2019 - ECLI:ES:TSJAS:2019:488

Id Cendoj: 33044310012019100003

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

Sede: Oviedo

Sección: 1

Fecha: 19/02/2019

Nº de Recurso: 2/2018

Nº de Resolución: 1/2019

Procedimiento: Juicio verbal

Ponente: ANGEL AZNAREZ RUBIO

Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.ASTURIAS SALA CIV/PE

OVIEDO

SENTENCIA: 00001/2019

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

ASTURIAS

SALA CIVIL Y PENAL

C/San Juan s/n Oviedo

NOMBRAMIENTO DE ARBITRO 2/18 Y 4/18 (ACUMULADO)

SENTENCIA Nº 1/19

EXCMO. SR. PRESIDENTE

D. IGNACIO VIDAU ARGÜELLES

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. JOSÉ IGNACIO PÉREZ VILLAMIL

D. ÁNGEL AZNÁREZ RUBIO

En Oviedo, a diecinueve de febrero de dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Doña Ángeles Fuertes Pérez, Procuradora de los Tribunales en nombre y representación de la entidad demandante "OLIVARES Y FLORIDA, S.L.", actuando además en beneficio e interés de la entidad: "JULIAN RUS CAÑIBANO, S.L.", y de la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL CENTRO COMERCIAL "EL ATRIO", también llamada "Comunidad de la Finca, nº 4-5 U", formuló DEMANDA de "Nombramiento Judicial de Árbitro", siendo parte demandada la llamada "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO DE LA CALLE000 Nº NUM000 DE AVILÉS, sito entre las CALLE000, Cuba y Parque de Las Meanas de Avilés.

La entrada de la DEMANDA en esta Sala Civil y Penal lleva fecha de 20 de Abril de 2018.

En dicha DEMANDA consta el siguiente SUPPLICO:

"Que tenga por presentado este escrito y documentación que se acompaña, se sirva admitirlo, y en consecuencia, tenga por formulada petición de nombramiento de árbitro que tendrá por objeto resolver la controversia entre las partes sobre los siguientes extremos:



1.- Impugnación de los acuerdos segundo y tercero de la Junta General Ordinaria de 7 de noviembre de 2017 de la Comunidad de Propietarios del edificio sito en la CALLE000 , nº NUM000 de Avilés, en relación a las siguientes cuestiones:

- a) Criterio de distribución del gasto relativo a póliza de seguros (grupo A).
- b) Criterio de distribución de gastos de administración (grupo A).
- c) Criterio de distribución de gastos bancarios.
- d) Procedencia de aplicación del coste de mantenimiento de los ascensores generales (grupo A).
- e) Criterio de distribución de gastos correspondientes a la limpieza (grupo A).
- f) Criterio de distribución de gastos correspondientes al mantenimiento del edificio (grupo A).
- g) Criterio de distribución de gastos de mantenimiento de rampas (grupo E).

2. Improcedentes del cobro a la Comunidad del Centro comercial El Atrio de las cuotas de comunidad correspondientes a la entidad Julián Rus Cañibano, S.L.

3. Derecho de la entidad Olivares y Florida, S.L. a ser reembolsada por la Comunidad General del edificio de los gastos relativos al Impuesto de Bienes Inmuebles de la planta sótano - NUM001 del edificio que corresponden a la superficie que en dicha planta tiene la Comunidad general y que indebidamente ha venido soportando de forma íntegra hasta recientes fechas".

Por Decreto del Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala, con fecha 27/04/2018, se admitió la Demanda y se acordó dar traslado de la misma a la parte demandada a efectos de contestación en el plazo legal.

Doña Raquel Pablos López, Procuradora de los Tribunales en nombre y representación de la "Comunidad de Propietarios del edificio de la CI CALLE000 de Avilés", contestó a la demanda, suplicando por las razones alegadas, se dicte Sentencia desestimando la demanda.

SEGUNDO: Doña Margarita Riestra Barquín Procuradora de los Tribunales en nombre y representación de la *entidad demandante* "Subcomunidad E del Sótano NUM001 de la CALLE000 ", nº NUM000 de Avilés, formuló Demanda de designación de árbitro siendo *partes demandadas* las siguientes: "La Comunidad General de Propietarios de la CALLE000 , nº NUM000 , de Avilés"; la entidad: "OLIVARES Y FLORIDA, S.L." y la entidad "JULIAN RUS CAÑIBANO, S.L." en liquidación.

La entrada de la DEMANDA en esta Sala Civil y Penal lleva la fecha de 16 de Mayo del 2018.

En dicha DEMANDA consta el siguiente súplico:

"Que habiendo por presentada demanda, con los documentos que la acompañan, se sirva admitirla, y previstos los trámites legales oportunos y teniendo por impugnados los acuerdos comunitarios relacionados en el hecho cuarto, se dicte resolución en la que se nombre o acuerde nombrar un solo árbitro, que deberá ser abogado en ejercicio o subsidiariamente de la condición profesional que el Tribunal estime más adecuada, para que se pronuncie en equidad sobre las siguientes cuestiones:

1) Sobre la validez o nulidad de los acuerdos adoptados por la Comunidad General en Junta de 7 de noviembre de 2017, siguientes:

Aprobación de las cuentas de los ejercicios 2013 a 2016, ambos inclusive.

Acuerdo consistente en la atribución a mi representada de un déficit de 532,36 euros.

El acuerdo de ingresar tal supuesto déficit de 532,36 euros en 12 pagos mensuales de 44,36 euros cada uno.

El acuerdo de no devolver ni regularizar los saldos negativos, es decir con superávit.

El acuerdo por el que se aprueba el saldo deudor que se atribuye a mi representada de 21.511,47 euros.

2) Sobre los reintegros económicos que procedan en virtud de lo que resuelva respecto de los extremos citados en el apartado anterior.

3) Sobre la validez o nulidad del coeficiente de participación que ostenta mi representada del 3,3%, y en su caso la redistribución del exceso de que adolezca el mismo entre los predios y en los porcentajes que corresponda".



Por Decreto del Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala con fecha 29/05/2018, se admitió la demanda y se acordó dar traslado de la misma a las partes demandadas a efectos de contestación en el plazo legal.

TERCERO: El artículo 28 de los Estatutos del Régimen de Comunidad del edificio, sito en la Villa de Avilés, con frente a la calle del CALLE000 , Cuba y al Parque de DIRECCION000 , en el Polígono de Sabugo, Manzana número NUM002 , establece lo siguiente cláusula arbitral:

"ARTICULO 28.- Del arbitraje.- 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 para las cuestiones suscitadas entre los distintos copropietarios o entre estos y la Comunidad, que afecten naturalmente al normal desarrollo de aquélla, es decir, a motivos comunitarios, se someten todos los copropietarios afectados conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953, sobre Arbitraje de Derecho privado o disposiciones legales que la complementen o la sustituya".

CUARTO: El 27 de noviembre de 2018, a las 12,30 horas, se celebró la Vista pública correspondiente a los autos 2/2018. Las partes procesales comparecientes, de mutuo acuerdo, solicitaron de esta Sala, acordándolo así, la suspensión de la Vista, y ello a la espera de la acumulación de los Autos 2/2018 y 4/2018.

QUINTO: En el Auto de esta misma Sala, y al que se hará referencia más adelante, en su "Antecedente de Hecho Octavo y Noveno", en relación con la situación mercantil de la entidad "Julián Rus Cañibano S.L. y a los efectos de constituir adecuadamente la relación jurídica procesal, se hizo constar lo siguiente:

"OCTAVO.- Por escrito de 18 de Septiembre del 2018, que tuvo entrada en esta Sala Civil y Penal el 28 de Septiembre del 2018, que consta en los autos (4/18), por el Letrado de la Administración de Justicia de lo Mercantil número 3 de Gijón se hizo constar lo siguiente:

"Que por decreto de 9 de julio de 2018 se adjudicaron los lotes 1,2,3,4,5,6,7,8,10,11,12 y 13, a los mejores postores y rematantes, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., BANCO DE SABADELL S.A., BANCO SANTANDER S.A., BANCO PASTOR S.A. (BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.), CAIXABANK S.A. IBERCAJA BANCO, S.A., LIBERBANK S.A. Y ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A., que al igual que BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. había suscrito un contrato de financiación sindicada con la concursada, JULIÁN RUS CAÑIBANO S.L., actuando en nombre de BANDO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. D. MANUEL FOLE LÓPEZ, Procurador de los Tribunales, y también el lote 9, en favor de ASTURIANA DE EDIFICACIONES E INVERSIONES S.L., actuando en su representación D. ALEJANDRO ÁLVAREZ GARCÍA."

Previamente, por Decreto del mismo Letrado de la Administración de Justicia, esta vez de fecha 9 de Julio del 2018 se hizo constar que uno de los lotes -el número 13- correspondiente "al concurso voluntario ordinario 364/12, de Julián Rus Cañibano S.L., correspondía a la siguiente finca:

URBANA. Local comercial, Centro Comercial El Atrio de Avilés. Tiene una superficie de 393,55 metros cuadrados. Inscrito en el Registro de la Propiedad número 1 de Avilés, Tomo NUM003 , Libro NUM004 , Folio NUM005 , Finca NUM006 . CRU: NUM007 . Referencia Catastral: no consta. Valoración para la subasta, 1.097.046,55 EUR.

Según consta en el último Decreto indicado, el Lote número 13 fue adjudicado en la siguiente proporción a las siguientes entidades bancarias:

- 1)BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.....25,37%
- 2)BANCO DE SABADELL S.A.....8,39%
- 3)BANCO SANTANDER S.A.....12,18%
- 4)BANCO PASTOR S.A.(BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.)..9,13%
- 5)CAIXABANK S.A.....6,09%
- 6)IBERCAJA BANCO S.A.....6,09%
- 7)LIBERBANK S.A..... 12,18%
- 8)BANKIA S.A..... 8,39%
- 9)ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA S.A.....12,18%

NOVENO.- Don Luis Álvarez Fernández, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación del Banco Santander S.A. contestó en tiempo y forma a la demanda, tal como consta en los autos, interpuesta por la demandante Subcomunidad E del Sótano NUM008 de la CALLE000 nº NUM000 de Avilés (Procedimiento número 4/2018).



Por Diligencia de Ordenación de 19 de Diciembre de 2018 las entidades Banco Bilbao Vizcaya S.A., Banco de Sabadell S.A., Banco Popular S.A. como sucesor procesal de Banco Pastor S.A. Caixabank S.A., Ibercaja Banco s.A., Liberbank S.A., Bankia S.A. y Abanca Corporación S.A., fueron declarados en rebeldía de conformidad con lo prevenido en el artículo 438/1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con los efectos previstos, según se dice en tal diligencia, en el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiéndose efectuado las notificaciones correspondientes".

SEXTO: Por Auto de esta misma Sala, de 21 de enero de dos mil diecinueve, por las razones y alegaciones de las partes que en el mismo se indican, **acordó** lo siguiente:

"Acumular el procedimiento 4/2018, el más moderno, al 2/ 2018, el más antiguo, y ambos con un mismo objeto, que es la designación de árbitro, y con los efectos previstos en el artículo 84.1 de la LEC".

Dicho Auto también ordenó -una vez firme al no haberse interpuesto por las partes el Recurso de Reposición en el plazo legal (de todo lo cual fueron advertidos en el mismo Auto)- la citación por el Letrado de la Administración de Justicia a las partes para la celebración de la Vista pública.

SEPTIMO: Previamente citadas las partes, se celebró el día 14 de febrero de 2019, a las 10,30 horas, con arreglo a las normas procesales del juicio verbal, según dispone el artículo 15.4 de la Ley Arbitral, la Vista pública, compareciendo ante el Tribunal las representaciones letradas de la entidad "Olivares y Florida S.L.", el Banco de Santander y la Sub/comunidad E del sótano NUM001 de la CALLE000, NUM000 de Avilés. Dichas representaciones, la de aquella primera y esta última, ratificaron sus Demandas, por ello, la solicitud de nombramiento de árbitro, y la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO DE LA CALLE000 Nº NUM000 DE AVILÉS, sito entre las CALLE000, Cuba y Parque de Las Meanas de Avilés, se ratificó también en los términos de su contestación a las Demandas, es decir, contraria a dicho nombramiento arbitral, y por las razones que hicieron constar en las contestaciones.

En esa Vista, a preguntas del Presidente del Tribunal, las partes concurrentes manifestaron no haberse puesto de acuerdo sobre la designación de árbitro.

En el acto de la Vista, igualmente, y en el apartado o fase procesal de prueba, se aportaron, como documental, por parte de las representaciones de la Entidad "Olivares y Florida S.L." y la Sub/Comunidad E) del sótano NUM001 de la CALLE000, diversas resoluciones judiciales, las cuales, se refieren al edificio objeto de este procedimiento y pronunciándose a favor del nombramiento de árbitro -a esas resoluciones se hará indicación y análisis en un posterior "Fundamento de Derecho"-.

OCTAVO: En el acto de la Vista, el Presidente del Tribunal, manifestó que por economía procesal y **sin prejuzgar lo que se decida en la Sentencia a dictar**, se iba a proceder al sorteo para la designación de árbitro. A dicho efecto, de la lista numérica, unitaria, con nombres y apellidos de los Letrados del Colegio de Abogados de Oviedo y de Gijón, se celebró un sorteo del que resultaron los siguientes números: 78, 183 y 187, que corresponden a las siguientes personas:

- Petra
- Pura
- Pablo Jesús .

NOVENO : Es Ponente de la presente Sentencia, con arreglo al turno establecido, el Magistrado de esta Sala Civil y Penal, don ÁNGEL AZNÁREZ RUBIO, que expresa el parecer unánime de la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO :

La competencia de la Sala Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, viene determinada, en el presente caso, por estar situado el domicilio de las partes y del objeto del **arbitraje**, en el territorio del Principado de Asturias, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje**.

Y el artículo 7 de la Ley de **Arbitraje** expresamente señala: **"En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga"**. Son los artículos 8 y 15 de la Ley de **Arbitraje** los que establecen que, a falta de acuerdo entre las partes sobre designación de árbitro, la designación del mismo incumbe a este Tribunal.

Nuestra intervención, acorde con el principio de intervención mínima, tiene un ámbito limitado: constatada la existencia de la correspondiente cláusula arbitral, tendremos la obligación de acceder a la petición del

nombramiento de árbitro, pues el artículo 15.5 de la Ley de **Arbitraje** señala que lo único que justificaría el rechazo de la petición sería que, a través de la documentación aportada por las partes, no resultase cláusula alguna o constatación formal de la existencia de cláusula arbitral; también -añadimos- que la cuestión sometida a **arbitraje** sea sobre asunto indisponible para las partes.

En estos autos:

- a).- En el "Antecedente de Hecho Tercero" figura copiada la cláusula arbitral.
- b).- Las partes no se pusieron, previamente, de acuerdo para la designación de árbitro.

SEGUNDO :

El objeto de este Procedimiento, pues, tramitado con arreglo a las normas procesales del juicio verbal (artículo 15.4 de la Ley de **Arbitraje**) es sencillo:

Por una parte, "Olivares y Florida S.L.", tal como consta en la Demanda, y la Sub/Comunidad E del Sótano NUM001 de la CALLE000 NUM000 de Avilés solicitaron la designación de árbitro para resolver los conflictos que constan en los respectivos "suplicos" de las demandas. Por otra parte, la Comunidad General de Propietarios de la CALLE000 NUM000 de Avilés contestó dicha designación arbitral teniendo en cuenta, según ella:

- 1).- Que la cláusula de **arbitraje** se debe tener por no puesta, pues tiene naturaleza de contrato de adhesión y está afectada por la legislación de Consumidores y Usuarios.
- 2).- Que ha de excluirse del **arbitraje** los asuntos sometidos a derecho imperativo- *IUS COGENS*, tal como ocurre, según la demandada, en materias de Propiedad Horizontal.

Ambas demandantes, en el acto de la Vista, hicieron referencia al número 2 y nada dijeron sobre el número 1. Una omisión o silencio muy llamativa para este Tribunal, y con trascendencia, teniendo en cuenta las manifestaciones realizadas por el representante de la Sub/Comunidad E y referentes a la "cosa juzgada material".

TERCERO :

Vamos a cambiar el orden 1 y 2, y comenzaremos por la pretensión de exclusión de la cláusula arbitral (artículo 28 de los Estatutos), con el argumento de que las normas de la llamada Propiedad Horizontal son de carácter imperativo o de *IUS COGENS*, que determinan la no arbitrabilidad, es decir, que el objeto del **arbitraje** debe ser susceptible de ser resuelto, precisamente, mediante **arbitraje**, "emergiendo -según lo escrito por José Carlos Fernández Rozas y otros en "Principios Generales del **Arbitraje**"- como una condición legal de la validez del acuerdo arbitral, como una causa lícita, y, en suma, como condición de la competencia de los árbitros".

Tal como dijimos en el "Antecedente de Hecho Séptimo", fueron unidos por parte de "Olivares y Florida S.L." y de la "Sub/Comunidad E un conjunto de documentos:

– **Auto** del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 6 de Aviles, de fecha 6 de junio de 2018 , por el que se estimó la declinatoria de Jurisdicción planteada por la Sub/Comunidad E "por hallarse sometido el asunto a **arbitraje**" y ello en el proceso entablado por la "Comunidad de Propietarios del edificio de la CALLE000 ", contra dicha Sub/Comunidad.

– **Auto** número 115/2018, de fecha 20 de noviembre de 2018, de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial, por el que se desestima el Recurso de Apelación interpuesto por la "Comunidad General de Propietarios" contra el Auto anterior (el de 6 de junio de 2018).

Ambos autos son trascendentes, pues en ellos, especialmente en el meticuloso y pormenorizado Auto de la Audiencia Provincial, se analizan la posibilidad legal de arbitrar en asuntos de Propiedad Horizontal, con resolución en contra de lo pretendido por la "Comunidad General de Propietarios": lo pretendido era la no arbitrabilidad o controversias no transigibles en los que las partes no tienen poder de disposición. También se incluye, naturalmente, el tema de que la naturaleza imperativa o dispositiva de una norma no determina que la materia a ella sometida sea disponible o no.

Esos pronunciamientos judiciales, sobre la arbitrabilidad en asuntos de Propiedad Horizontal, vinculan por razones jurisprudenciales y de seguridad jurídica a esta Sala, que no puede ir en contra de otras resoluciones judiciales ya firmes, respecto a las que concurren los requisitos que, para la "cosa juzgada material", se determinan en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Profesor Guasp definió, en general, la cosa juzgada, en general, "como el efecto que produce una decisión procesal al ser indiscutible e inatacable después de emitida"; en referencia más concreta a la cosa juzgada



material la definió como "la inatacabilidad indirecta o mediata de un resultado procesal, el cierre de toda posibilidad de que se emita, por la vía de apertura de un nuevo proceso, ninguna decisión que se oponga o contradiga a la que goza de esta clase de autoridad".

O sea, que no se puede desconocer la decisión pasada en autoridad de cosa juzgada, y siendo una de tantas concesiones como la justicia hace a la seguridad, y exigencia de la tutela judicial efectiva. Los requisitos son la concurrencia de tres elementos comunes: *eadem personae*, *eadem res* y *eadem causa petendi*, siendo límites de la cosa juzgada los subjetivos, objetivos y causales.

A las razones y decisiones acordadas en aquellas resoluciones judiciales, en consecuencia, no debemos añadir más a favor de la arbitrabilidad en materias de propiedad horizontal. Únicamente señalaremos, a más y como reconocimiento, la nueva norma de la Ley de Propiedad Horizontal, el número 10 del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal que se remite expresamente al **arbitraje**.

Más aún -sobre ello nada se dijo en el acto de la Vista-, es de destacar que en los autos que, antes de la Acumulación procesal acordada y que llevaron el número 4/2018, figura una copia de la **Sentencia número 141/2007, dictada el 18 de junio de 2007, del Juzgado de Primera Instancia, Número dos, de Avilés**, siendo demandantes, entre otros, "Olivares y Florida S.A" y la Sub/Comunidad E, y siendo demandada la "Comunidad General de Propietarios de CALLE000 NUM000".

En dicha Sentencia, analizadas con detenimiento las razones para la arbitrabilidad del artículo 28 de los Estatutos, estima la Demanda interpuesta, y figurando en Acta de 16 de junio de 2009 la designación de árbitro que, posteriormente, dictaría un laudo arbitral.

El silencio de los actuales demandantes sobre este tercer y anterior laudo (2009) también llamó la atención de la Sala.

Por tanto, y para desestimar el número 2 de la contestación a la demanda (Fundamento de Derecho Segundo), habrán de tenerse en cuenta los dos Autos de 2018 y esta última Sentencia de 2009, existiendo una razón desestimatoria del número 2 por razones de "cosa juzgada material".

Ciertamente, que hasta la contestación de las Demandas, la "Comunidad General de Propietarios" no había planteado la posible nulidad de la cláusula arbitral (norma 28) por infracción de la legislación de Condiciones Generales y Consumidores y Usuarios, pero ya, con ocasión del proceso que terminó con la Sentencia 141/2007, se hubiese podido alegar entonces la pretendida nulidad, refiriéndose a ello el número 2 del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Gimeno Sendra a dicho efecto escribe: "**En la actualidad, la doctrina aplicable es la de que la cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en otro proceso**".

Existe, pues, y nos referimos a la "Comunidad General de Propietarios, una obligación de exhaustividad en el planteamiento de la totalidad de títulos jurídicos o causas de pedir, que fundamentan la pretensión, por exigencias de los artículos 400.2 y 222.2.II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicables al juicio verbal de conformidad con el número 1 del artículo 437 de la Ley Procesal Civil.

En consecuencia, lo alegado por la "Comunidad General de Copropietarios" de que no procede el nombramiento de árbitro por ser las normas de la Propiedad Horizontal de *IUS COGENS*, resuelto en sentido contrario por Sentencia firme de 2007 y autos de 2018, ha de ser desestimado.

CUARTO :

Además del rechazo, por estrictas razones procesales, tal como concluimos en el Fundamento anterior, **a más y más**, existen razones de derecho sustantivo para tal rechazo y que expondremos en el presente Fundamento.

La demandada, como ya dijimos, contestó las Demandas de "Olivares y Florida S.L." y la "Sub/Comunidad E" con arreglo a lo siguiente: "**1).- La cláusula de arbitraje se debe tener por no puesta**" (Fundamento de Derecho Segundo) y ello -manifestó- porque la cláusula estatutaria y/o arbitral es un contrato de adhesión, siendo infractora de la Ley 26/1984 de 19 de julio para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

Esta referencia a la legislación de Consumidores y Usuarios supone:

-Que es llamativo el silencio -ya lo dijimos- que sobre ello mantuvieron en el acto de la Vista los representantes de "Olivares y Florida S.L." y la "Sub/Comunidad E".

-Que la invocación de los derechos de los consumidores y usuarios es una cuestión nueva, no planteada en los Autos referidos de 2018 (Juzgado y Audiencia Provincial). A ellos (Derechos de consumidores) nada se dice en las dos resoluciones judiciales.



-No nos encontramos ante una *NOVA REPERTA*, pues ya en 2007, con ocasión del pleito terminado en Sentencia 141/2007, se podía haber alegado y no se efectuó.

-Esta Sala declara la importancia, incluso constitucional, que tiene la Legislación protectora de los Consumidores y Usuarios.

-Es muy probable que, introducida la cláusula arbitral en los estatutos que regulan un edificio sometido a la Ley de Propiedad Horizontal, y redactados unilateralmente por el promotor inmobiliario, concurren las condiciones de aplicación de la legislación sobre Condiciones Generales y, si los adquirentes son consumidores, de cláusulas abusivas.

A dicho efecto recuerda la STS de 26 de junio de 2017, número 409/2017 (Ponente Rafael Saraza Jimena, lo siguiente:

"... 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 , 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". En este caso, no es objeto del procedimiento de formalización del arbitraje la eficacia del convenio arbitral o la interpretación del mismo, sin perjuicio de que deba apreciarse, incluso de oficio, la nulidad radical del convenio arbitral prevista en normas con carácter de orden público como es el caso de los arts. 57.4 y 90.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y denegar en tal caso la formalización del arbitraje" (El subrayado es nuestro) .

Procede, pues, que pasemos a analizar y reiteramos con carácter complementario al anterior Fundamento ("A más y más"-dijimos) en el caso concreto respecto a lo ahora sometido a enjuiciamiento, si la redacción de la norma estatutaria número 28, como se indica en la Sentencia en parte trascrita y en las contestaciones a las Demandas por parte del representante de la "Comunidad General de Propietarios", infringe la legislación de "Condiciones Generales de la Contratación", ley 7/1998, de 13 de abril; y "Defensa de los Consumidores y Usuarios", Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Asunto, también importante, de trascendencia hipotecaria, por la aplicación a lo inscrito -estatutos con cláusula arbitral- del principio hipotecario de publicidad (Artículo 38 de la Ley Hipotecaria).

QUINTO :

En el presente caso -y sin excluir que en otros supuestos sería posible la declaración de nulidad de la cláusula arbitral por violar la legislación de Condiciones Generales y de Consumidores y Usuarios-, mantenemos la validez de la norma estatutaria número 28 por las siguientes razones:

1ª.- Las personas afectadas por tal cláusula, sean adquirentes o sub/adquirentes de elementos privativos, pisos o locales del edificio sito en la CALLE000 de Avilés, al menos, desde el inicio de trámites que concluyeron con un laudo arbitral, previa Sentencia, la repetida número 141/2007 del Juzgado de Avilés y posterior Acta de sorteo de árbitros, ninguna acción impugnatoria entablaron de conformidad con la legislación de Condiciones Generales y Consumidores.

Destaquemos, pues y en primer lugar, la pasividad de las personas indicadas: adquirentes iniciales o posteriores (sub/adquirentes).

2ª.- El caso es que ahora, la que lo solicita (en la contestación a las Demandas) es la "Comunidad de Propietarios del edificio del CALLE000 , nº NUM000 " de Avilés. Y la solicitud de nulidad de la cláusula arbitral no procede que sea por la Comunidad de Propietarios, carente, a dicho efecto, de legitimación *ad causam*, "inadecuación normativa entre la posición jurídica que se atribuye el sujeto y el objeto que demanda". Diferenciación entre la capacidad procesal (artículo 6) y la legitimación causal del artículo 10, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone: **"Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso"**.

A).- De manera unánime, en referencia al número 5 del artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se mantiene que las comunidades sometidas al régimen de propiedad horizontal carecen de personalidad jurídica, "pero no de capacidad para ser parte en un proceso de personalidad procesal". Con otras palabras:"Que la comunidad de propietarios carezca de personalidad jurídica no impide reconocerle la capacidad para ser parte en el proceso"(STS 21 de abril de 2004). A dicho efecto, la ley de Propiedad Horizontal, en el artículo 13.3 dispone: **"El Presidente ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten"**.



La reciente STS de 8 de enero de 2019, número 1/2009, dice lo siguiente:

"...1.- Los actos de adquisición y disposición de inmuebles por comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal han merecido la atención de la doctrina científica, de la doctrina legal así como de la Dirección General de los Registros y el Notariado, a la que le han surgido las interrogantes jurídicas al calificar el título que se pretendía inscribir.

Tradicionalmente se ha entendido que las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, por carecer de personalidad jurídica, no pueden ser titulares registrales de bienes.

Se le ha reconocido la posibilidad de ser titulares de anotaciones preventivas de medidas cautelares y de ejecución, como proyección en el ámbito registral de la capacidad procesal reconocida legalmente a las comunidades de propietarios, pero sin que ello se extienda a la inscripción registral de la adquisición del dominio o de otros derechos reales que son asientos de carácter definitivo y que presuponen el requisito previo de la personalidad jurídica de su titularidad (RDGRN 2 de septiembre de 2013).

Esta falta de personalidad la ha sostenido la jurisprudencia reiteradamente, con lo que la comunidad no puede ser titular registral ni es posible que sin tal personalidad puede ser propietaria de un bien y, por extensión, ser titular registral del asiento de inscripción correspondiente (STS 6 de noviembre de 1995 y STC 14 de junio de 1999).

No obstante, son variadas las situaciones que se plantean.

La resolución de la DGRN de 4 de octubre de 2013 declara que no cabe inscribir a nombre de la comunidad de propietarios, que no tiene personalidad jurídica, la adquisición por ésta de un elemento privativo que se va a destinar a fines comunes, aun cuando deja abierta la puerta a la inscripción como elemento procomunal.

La resolución de ese Centro Directivo de 6 de febrero de 2014 sí permite adquirir un elemento privativo y simultáneamente convertirlo en elemento común, pero siempre que se haga por unanimidad y se describa la configuración y extensión del derecho cuya inscripción se pretende, en aplicación del art. 17 LPH y arts. 6 y 9 LH y 51. 6 RH .

Supone una novedad la resolución de la DGRN de 12 de febrero de 2016, que partiendo de la redacción del art. 9 de la Ley Hipotecaria , reformado por la Ley 13/2015, y reconociendo la doctrina mantenida en precedentes resoluciones, añade que "debe admitirse el acceso registral de bienes a favor de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal en los supuestos de ejecuciones judiciales, como una consecuencia normal de la ejecución de un embargo por deudas de uno de los propietarios, pues admitiendo el embargo a su favor, debe admitirse la posibilidad de que la ejecución culmine con su adjudicación. Ahora bien, esta inscripción a favor de la comunidad de propietarios debe reputarse como una situación excepcional y transitoria, pues no constituye finalidad de las comunidades de propietarios en propiedad horizontal, ser titulares permanentes de bienes, por lo que debe reputarse como una situación de tránsito a su posterior transmisión, a su atribución a copropietarios en proporción a sus cuotas o a su conversión en elemento común."

Lo que sí se admite por la resolución antes citada de 4 de octubre de 2013 es que la finca sea adquirida por todos y cada uno de los propietarios, y no por la comunidad, en cuyo caso la inscripción no sería a favor de ésta.

Esta misma resolución reconoce, en aras a la autonomía de la voluntad, que se pueda transformar un elemento privativo en elemento común, pero que serán precisas las exigencias que a continuación menciona".

Y más adelante añade:

"...constituye un cuerpo jurisprudencial uniforme, constante y reciente, del cual son perfecto exponente las sentencias reseñadas, que declaran como doctrina jurisprudencial de esta sala la necesidad de un previo acuerdo de la junta de propietarios que autorice expresamente al presidente de la comunidad para ejercitar acciones judiciales en defensa de la Comunidad, salvo que el presidente actúe en calidad de copropietario o los estatutos expresamente dispongan lo contrario...".

La STS de 16 de junio de 2017, número 383/2017 , en un asunto de responsabilidad contractual, dijo:

" Dicha resolución acoge la falta de legitimación activa de la comunidad de propietarios para ejercer la acción de responsabilidad contractual. Señala que ejercitada únicamente dicha acción, la legitimación activa le corresponde a cada uno de los propietarios individuales de las viviendas, plazas de garaje y trasteros que son los que han otorgado el contrato de compraventa con la entidad vendedora y que es el que habilita el ejercicio de dicha acción personal, no correspondiendo por ello la legitimación ni a la comunidad de propietarios ni al presidente que ha intervenido en su representación ya que no fueron parte en los referidos contratos de



compraventa, no quedando constancia de que cada uno de los propietarios de las viviendas, plazas de garaje y trasteros haya autorizado de forma individual al presidente para el ejercicio de la acción. Añade que en las distintas juntas de propietarios se ha autorizado al presidente para reclamar por los vicios constructivos en elementos comunes y privativos pero no para que ejercitara acciones derivadas de sus respectivos contratos de compraventa, acordando desestimar la demanda sin entrar en el fondo del asunto".

En consecuencia con lo expuesto y las referencias jurisprudenciales, la Comunidad de Propietarios y la legitimación de su Presidente no puede extenderse a asuntos que no la afecten, bien entendido que la afectación ha de referirse a asuntos comunitarios, y de ninguna manera a asuntos propios, exclusivos de los propietarios de elementos privativos.

Es preciso no olvidar, en materia de propiedad horizontal la diferenciación manifestada en el artículo 3 de la Ley, entre "el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente..." y "la copropiedad, con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes".

La "Comunidad de Propietarios del edificio de la CALLE000 número NUM000 " de Avilés no tiene la legitimación prevista en el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues no es -no consta que sea- una asociación de Consumidores y Usuarios-.

En este caso, la Comunidad de Propietarios ni es adherente (Condiciones Generales) ni es consumidora.

Sólo queda la legitimación individual, que corresponde **únicamente** a los adquirentes o sub/adquirentes de elementos privativos, los cuales individualmente, sólo ellos, podrán ejercitar las acciones previstas en la legislación de Condiciones Generales y/o Consumidores y Usuarios. Y sin que los "excesos" competenciales auto-atribuidos a la Comunidad tengan los efectos previstos -no pueden legalmente tenerlos-.

Por todo lo expuesto, el motivo alegado por la "Comunidad de propietarios del edificio de la Calle del CALLE000 " de Avilés, de la violación de legislación de Condiciones Generales y de Consumidores y Usuarios por la norma estatutaria, ha de ser desestimada.

SIXTO:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se imponen las costas a la "Comunidad de Copropietarios del edificio sito en la CALLE000 , número NUM000 de Avilés.

No declaramos la temeridad de la Comunidad de Copropietarios condena en costas, tal como solicitó el representante letrado de la "Sub/Comunidad E", dada la complejidad jurídica en cuanto a la alegación de todo lo referente a la legislación protectora de Consumidores y Usuarios, y de las "Condiciones Generales".

Esta Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en función de Sala de lo Civil, vistos los preceptos legales de aplicación, acuerda el siguiente,

FALLO

ESTIMAR las demandas interpuestas, tal como constan, por "OLIVARES Y FLORIDA S.L." y por la "SUBCOMUNIDAD E DEL SOTA NO NUM001 DE LA CALLE000 DE AVILÉS, y ello contra la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE000 , NUM000 DE AVILÉS Comunidad de Propietarios de la CALLE000 , NUM000 , condenada en costas, debiendo de **procederse al nombramiento de un árbitro**, tal como se solicitó y figura en el artículo 28 de los Estatutos por los que se rige el edificio situado en Avilés, CALLE000 número NUM000 .

PROCEDER por el Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala, a efectuar el sorteo, previa citación de las partes para que puedan estar presentes, de entre las personas indicadas en el "Antecedente de Hecho Octavo". Determinéase por medio del sorteo indicado el orden por el que los no designados habrán en su caso de sustituir al designado en caso de no aceptación o renuncia, y debiendo advertirse al designado de su obligación de abstenerse en caso de considerar comprometida su imparcialidad o independencia.

Notifíquese la presente Sentencia a todas las partes personadas, que es firme por no haber recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en el número 7 del artículo 15 de la Ley de **Arbitraje**.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Magistrados de la Sala al inicio indicados.