

**ARBITRAJE INSTITUCIONAL Y CONSUMIDORES:
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE MADRID DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2019**

Juan Pablo Correa Delcasso
Doctor en Derecho. Profesor Titular Acreditado¹
Abogado. Árbitro

***Abstract:** The judgment, which is subject of this article, analyses an interesting case in which one of our members had the opportunity to participate as an Arbitrator. The case focuses on finding what happens when a consumer (in the case we are dealing with right now, a Community of Owners), decides to submit the dispute to an institutional arbitration (for instance, Madrid Chamber of Commerce), from the beginning and once the conflict has arisen, in order to settle his conflicts with a supplier by objecting the claim and even making a counterclaim later on.*

I. INTRODUCCIÓN

1. La sentencia objeto del presente comentario analiza un interesante supuesto en el que tuve ocasión de intervenir como Árbitro: qué acontece cuando un consumidor (y, en el caso que ahora nos ocupa, una Comunidad de Propietarios), decide someterse a un arbitraje institucional para dirimir sus conflictos con un proveedor, tanto desde un inicio² como, sobre todo, una vez surgido el conflicto y, concretamente, al arbitraje institucional de la Cámara de Comercio de Madrid (de ahora en adelante, “la Corte”), oponiéndose a la demanda y formulando incluso, ulteriormente, una demanda reconvenicional.

2. Pues bien: como veremos seguidamente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (de ahora en adelante, “TSJM”) ratifica mayoritariamente la tesis sostenida en el Laudo en el sentido de estimar (acertadamente, en nuestra opinión) que la interposición de una demanda reconvenicional constituye una señal inequívoca de sometimiento a la jurisdicción de la Corte que se ajusta plenamente a la legalidad y, en particular, a los arts. 57.4 y 90 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (de ahora en adelante, “TRLGCU”).

3. No obstante, no es ésta la opinión unánime del Alto Tribunal puesto que, como veremos seguidamente, en un voto particular, el Excmo Sr. D. Jesús María Santos Viñande discrepa del sentir general de la Sala al considerar que la opinión vertida tanto por el resto de sus compañeros como por quien redacta estas páginas contraviene la normativa comunitaria en materia de protección de los consumidores.

4. Brevemente expuesto el núcleo esencial de discusión de la sentencia objeto del presente comentario, pasaremos seguidamente a exponer nuestra opinión sobre la

1 Miembro del Instituto de Derecho Privado de la Universidad Toulouse 1 Capitole (EA 1920). MCFA Toulouse 1 Capitole. Profesor invitado de la Universidad Paris-Dauphine. Profesor Asociado de la UB.

2 El convenio arbitral suscrito con el proveedor rezaba, concretamente, como sigue: “Todas las disputas y diferencias que puedan surgir de esta relación mercantil, será liquidado en la medida de lo posible, por medio de negociaciones entre el contratista y el subcontratista. Si las partes no llegan a un acuerdo, el presente contrato se halla sujeto a la legislación española. 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 Arbitro(s), según su reglamento y Estatutos. El arbitraje será de equidad”.

misma, no sin antes analizar pormenorizadamente lo que exponen tanto la mencionada resolución judicial, como el meritado voto particular.

II. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL TSJM DE DOCE DE SEPTIEMBRE DE 2019 Y DE SU VOTO PARTICULAR

5. Como expuesto anteriormente, pasaremos acto seguido a analizar críticamente tanto el contenido de la sentencia dictada por el TSJM, como el de su voto particular.

6. En primer lugar, expone dicha resolución, en sus antecedentes de hecho, cuáles son los motivos por los cuales interpone la recurrente (y consumidora demandada en el arbitraje seguido ante la Corte) su acción.

7. En concreto, y como veremos seguidamente, el TJUE analiza, en dicha sentencia, qué acontece cuando un consumidor (en el caso que ahora nos ocupa, una Comunidad de Propietarios), decide someterse al arbitraje institucional de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid (de ahora en adelante, “la Corte”) para dirimir sus conflictos con un determinado proveedor, tanto desde un inicio, oponiéndose a la demanda arbitral como, sobre todo, una vez surgido el conflicto, formulando una ulterior demanda reconvencional.

8. Pues bien: anticipamos desde ahora que el TSJM ratifica mayoritariamente la tesis sostenida en el Laudo en el sentido de estimar (acertadamente, en nuestra opinión) que la interposición de una demanda reconvencional constituye una señal inequívoca de sometimiento a la jurisdicción de la Corte que se ajusta plenamente a la legalidad y, en particular, a los arts. 57.4 y 90 TRLGCU, antes mencionados.

9. No obstante, no es ésta la opinión unánime del Alto Tribunal puesto que, en un voto particular, el Excmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande discrepa del sentir general de la Sala al considerar que la opinión vertida tanto por el resto de sus compañeros como por quien redacta estas páginas contraviene la normativa comunitaria en materia de protección de consumidores.

10. En cualquier caso, y volviendo al contenido de la sentencia, expone en primer lugar esta última, en sus antecedentes de hecho, cuáles son los motivos por los cuales interpone la recurrente (y consumidora demandada en el arbitraje seguido ante la Corte) su acción.

11. Pues bien: según se narra en el texto de la resolución que ahora nos ocupa, ambas partes (el instalador, Aprosol, y la Comunidad de Propietarios demandada) suscribieron un contrato de obra para la instalación de un sistema de agua fría y caliente el 5 de abril de 2016, así como un contrato de mantenimiento preventivo. Ambos contratos fueron redactados por el proveedor de esta última, la mercantil Aprosol. En la cláusula novena del segundo de ellos se incluyó el convenio arbitral, donde se acordaba la sumisión a arbitraje de todo litigio o discrepancia que pudiera surgir entre ambas partes, añadiéndose que éste sería un arbitraje de equidad, administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid.

12. En fecha 12 de diciembre de 2016, Aprosol presenta solicitud de arbitraje ante la secretaría de la Corte, solicitando la resolución de ambos contratos y una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. No obstante, a tenor de lo expuesto por la recurrente en anulación, la Corte aceptó indebidamente dicha solicitud habida cuenta de la condición de empresario de la demandante y de consumidor de la Comunidad de Propietarios lo que motivó que, según la versión expuesta en la demanda de anu-

lación de Laudo arbitral, la Comunidad de Propietarios tratara de defenderse en el procedimiento arbitral *“sin poder desplegar todos los medios de defensa a su alcance”*.

13. Asimismo –siempre a tenor de lo expuesto por dicha parte–, en un momento ya avanzado del procedimiento advierte la recurrente, supuestamente, que se estaban conculcando sus derechos por lo que, tras un cambio de dirección letrada, alega que los convenios arbitrales son nulos de pleno derecho al tratarse de un arbitraje de consumo, que dice no consentido.

14. Pese a todo –continúa afirmando la demandante de anulación– el árbitro dicta su Laudo final asumiendo su propia competencia, y decide condenarla al abono de una indemnización por daños y perjuicios por lo que, a la vista de lo antes expuesto y del hecho de que podrían concurrir sendos motivos de anulación, solicita al TSJM la declaración de nulidad tanto del Laudo final como de su Laudo aclaratorio, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

15. Conferido traslado a Aprosol de la demanda de anulación del Laudo arbitral, ésta última arguye, en primer lugar, que el arbitraje sustanciado ante la Corte fue un arbitraje comercial por contraposición al de consumo, por lo que no puede invocarse el artículo 90 del TRLGDCU sin ponerlo en relación con el artículo 57.4 de este mismo texto legal, que sostiene la validez de los pactos arbitrales que no sean de consumo entre consumidores y usuarios siempre que se pacten una vez surgido el conflicto.

16. Y este pacto o sumisión a arbitraje –continúa alegando el instalador recurrido–, precisamente, lo que se dio en el momento preciso en que la Comunidad de Propietarios demandada decidió interponer una acción reconvencional, pues consintió así la sumisión a arbitraje renunciando, por tanto, al ejercicio de sus pretensiones ante los tribunales de Justicia.

17. Por lo demás, la Comunidad demandada, tras el anuncio de su reconvención, fue también requerida para proceder al pago de las distintas tasas y para la fijación de la cuantía del litigio, accediendo a ello en todo momento.

18. Asimismo, en todas estas actuaciones estuvo debidamente asistida de un despacho de abogados que disponía de experiencia en el mundo arbitral, como así se recoge también en el propio Laudo impugnado.

19. Por último, arguye la demandada en anulación que el contrato litigioso no es un contrato de adhesión, sino un contrato negociado en su día individualmente, como así se razona también en el Laudo (epígrafe 54); ni puede tampoco alegarse de contrario la existencia de un error en el consentimiento, pues resulta innegable que la Comunidad demandada contó, en todo momento, con el asesoramiento de letrados *“suficientemente instruidos”*.

20. Por todo ello, entiende que no cabe duda alguna acerca de la capacidad de la Corte para resolver un arbitraje como el que ahora nos ocupa ex art. 57.4 TRLGDCU, ni sostenerse tampoco contrariedad alguna al orden público por falta de motivación, ya que a través de su prolija argumentación, el Laudo impugnado da cumplida respuesta a todas y cada una de las cuestiones debatidas en el seno del procedimiento arbitral, por lo que solicita la íntegra desestimación de la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora.

21. Expuestos así los antecedentes del caso, la STJM entra en materia a efectos de argumentar los motivos por los que entiende que el Laudo impugnado acierta en

su resolución y, por ende, no atenta contra el orden público, tras recordar la doctrina general en materia de acción de anulación del laudo.

22. Así, en su Fundamento de Derecho Tercero, rechaza en primer lugar la STJM la indefensión alegada por la recurrente al no haber podido, supuestamente, “*desplegar todos los medios de defensa a su alcance*”, por considerar que carece “*de la más sencilla acreditación*”, cuanto más que la Comunidad demandada pudo proponer, en el seno del procedimiento arbitral, cuanta prueba tuvo por conveniente, la cual fue admitida en su totalidad mediante Orden Procesal de fecha 22 de junio de 2017, practicándose ulteriormente toda ella el día en que se celebró la correspondiente vista.

23. Y no es hasta prácticamente concluido el procedimiento arbitral, cuando la Comunidad de Propietarios demandada decide cambiar, entonces, de dirección letrada y presentar un escrito (concretamente, en fecha 26 de enero de 2018), donde alega que los convenios arbitrales incluidos en los contratos de instalación y mantenimiento son nulos por abusivos; que la Corte carece de capacidad para administrar un arbitraje de consumo; y que no había consentido resolver las disputas surgidas mediante arbitraje.

24. De ahí que, como afirma acertadamente la resolución que ahora comentamos, no pueda “*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 reconvenicional (...). 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 reconvenición, 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*”.

25. Resuelta negativamente la anterior cuestión, analiza acto seguido la STJM, en su Fundamento de Derecho Cuarto, la supuesta inexistencia o invalidez del convenio arbitral invocada por la Comunidad de Propietarios demandada como causa de nulidad al amparo de lo establecido en el artículo 41.1.a de la Ley de Arbitraje.

26. Y, nuevamente, sobre este particular, la respuesta del Alto Tribunal madrileño es negativa: “*el convenio arbitral –afirma este último– 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*”.

27. Y añade, efectuando así una tan acertada como importante matización: “*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: STSJM 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 reconvenzional. 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 reconvencción 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”.

28. Y es aquí donde, efectivamente, hallamos el núcleo gordiano de la resolución que ahora nos ocupa.

29. Efectivamente, no existe duda alguna, ante todo, de que la Comunidad de Propietarios demandada ostenta la condición de consumidora, en méritos de una consolidada doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo.

30. Por consiguiente, en el supuesto que ahora nos ocupa, nos hallamos, sin duda alguna, ante un contrato suscrito entre un consumidor (la mencionada Comunidad de Propietarios), por un lado; y un empresario (Aprosol, el instalador), por otro.

31. Por tanto, como acertadamente afirma la STJM al hilo de lo expuesto por todas las partes, las normas que resultan aplicables al caso son, incuestionablemente tam-

bién, el artículo 57.4 TRLGDCU (que establece que “no serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto”), y el artículo 90 de este mismo texto legal, que a su vez prevé que “son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: 1. 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”.

32. Dicho esto, y aunque el autor de estas líneas no comparta plenamente la trasposición que se ha hecho en España de la Directiva Comunitaria ni, por ende, la doctrina que se ha elaborado en torno a la misma por algunos de nuestros Tribunales Superiores de Justicia (la cual, en su opinión, no puede inferirse de la jurisprudencia del TJUE ni, en particular, de la que se contiene en el caso Mostaza Claro, antes analizado, que se ajusta mucho más a la trasposición que se ha hecho de la normativa europea en otros ordenamientos jurídicos como el francés³), lo cierto es que, como también subraya la STJM objeto del presente comentario, un detenido análisis de la jurisprudencia anterior y, en concreto, de la sentencia del TSJM de 17 de noviembre de 2015 (que puede completarse con el de otra sentencia muy parecida del TSJ de Cataluña de 8 de junio de 2017, LA LEY 102688/2017), permite llegar a la inequívoca conclusión de que la sumisión de un consumidor a un arbitraje distinto de uno de consumo tan sólo será válida si, una vez iniciado el conflicto, cumple con las previsiones del art. 82.1 TRLGDCU.

33. Esto es: el convenio en cuestión habrá tenido que ser negociado individualmente, consentido expresamente por la parte y no entrañar un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del mismo.

34. O, dicho sea de otra forma, como afirma también la sentencia, antes citada, del TSJ de Cataluña, se tiene que pactar el sometimiento a arbitraje “una vez iniciado el conflicto siempre que cumpla con las previsiones del artículo 82.1 LGDCU, es decir, ser negociadas individualmente, consentidas expresamente y no entrañar un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

35. Por lo demás, y en contra de lo que se afirmara por la Comunidad de Propietarios demandada en el transcurso del proceso arbitral, no creemos que pueda compartirse la afirmación de que el legislador (comunitario o español) ha prohibido todo arbitraje que se pacte entre un consumidor y un empresario que sea distinto al arbitraje de consumo⁴.

3 Concretamente, esta materia viene regulada, en Francia, en los artículos L. 212-1 del Código de Consumo, y R. 212-1 y 2, en su parte reglamentaria. De forma práctica y clara, el legislador francés, al hilo de lo establecido por la normativa comunitaria, ha optado también por elaborar dos listas (la “lista negra” y la “lista gris”) que, como su mismo nombre indica, listan por un lado una serie de hipótesis en las cuales una determinada cláusula se considera *per se* abusiva (lista negra) y, por otro, otra serie de casos en los cuales se considera que la abusividad admite prueba en contrario (lista gris). Pues bien: las cláusulas arbitrales se incluyen en esta segunda lista, de ahí también que el art. 2061 del Código Civil, tras la reforma operada en el año 2016, disponga literalmente que “la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l’oppose, à moins que celle-ci n’ait succédé aux droits et obligations de la partie que l’a initialement acceptée. Lorsque l’une des parties n’a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée ». Norma, por cierto, que JULIEN (*Droit de la consommation*, Paris, 2017, p. 583), interpreta como sigue: «il faut déduire, également, que puisque la clause n’est pas nulle, comme autrefois, mais seulement inopposable, le consommateur peut accepter de s’y soumettre».

4 Por el contrario, ni la reciente 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 la que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE parece excluir tampoco esta posibilidad (en los términos que se desprenden de todos sus artículos donde no

36. Por el contrario, si bien es cierto que una Corte como la de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid no puede sustanciar un arbitraje de consumo de los instituidos, a estos efectos, por las leyes específicas, lo que no puede afirmarse, en opinión de quien suscribe estas líneas, es que una Corte de esta naturaleza no está legitimada para dirimir un arbitraje entre un empresario y un consumidor cuando este último ha decidido someterse voluntariamente al mismo una vez iniciado el conflicto, como permite expresamente el artículo 57.4 del TRLGCU.

37. Y así lo entiende también –aunque con ciertas reservas– el voto particular a la sentencia que ahora se comenta⁵, y lo afirma, asimismo, la mejor doctrina, entre la que cabe citar a PERALES VISCASILLAS, cuando acertadamente entiende que el arbitraje fuera de ese marco es el que estaba sometido a mayores controles y cautelas que hacían que sólo el sometimiento a arbitraje tras el surgimiento de la controversia fuera posible⁶.

38. Y es que, al igual que PERALES VISCASILLAS, consideramos, en efecto, que los arbitrajes entre consumidores y empresarios que no sean de consumo no deben ser necesariamente calificados de nulos sino que, siempre y cuando la sumisión a arbitraje haya estado pactada de manera posterior al nacimiento del conflicto, estos últimos serán perfectamente válidos y simplemente deberán estar sujetos a mayores contro-

se contiene prohibición alguna al respecto), ni la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico 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, contienen prohibición alguna al respecto.

- 5 Así lo afirma, efectivamente, el Fundamento de Derecho Cuarto del auto que ahora comentamos cuando, literalmente, dispone lo siguiente: *“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 despreoer 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 predispuerto 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”.*

- 6 La modificación del art. 57.4 TRLGDCU por la Ley 3/2014 de 27 de marzo, “La Ley Mercantil”, n.º7, 2014, pp. 1-22.

les, siendo éstos los que se efectúan, precisamente, para establecer que la sumisión a arbitraje ha sido pactada entre las partes –consumidor y empresario– una vez surgido tal conflicto.

39. Sentado lo anterior, la dificultad estribará, por tanto, en su caso, en determinar cuándo una sumisión a arbitraje ha sido pactada una vez nacidas las diferencias entre ambas partes.

40. En unos casos (los que menos, a buen seguro), la cuestión resultará relativamente sencilla de determinar, de haber suscrito, por ejemplo, ambas partes, un nuevo convenio arbitral.

41. ¿Pero qué acontece cuándo, como en el supuesto que ahora nos ocupa, tal eventual sumisión debe deducirse de otros actos jurídicos, como la interposición de una demanda reconvenzional?

42. El voto particular de la sentencia que ahora nos ocupa rechaza abiertamente esta posibilidad, al afirmar categóricamente que *“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”*.

43. No obstante, en nuestra opinión no es éste el espíritu que se desprende de la norma, si se adapta debidamente a la idiosincrasia del supuesto que ahora nos ocupa.

44. En efecto, afirma el artículo 57.4 TRLGDCU, como hemos visto, que *“no serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto”*.

45. Y el artículo 90 de este mismo texto legal, prevé a su vez que *“son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: 1. 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”*.

46. Finalmente, el artículo 82 TRLGDCU exige, por su parte, que las cláusulas *“sean negociadas individualmente, consentidas expresamente y no entrañen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*.

47. Ahora bien: en ningún momento creemos que por *“negociadas individualmente”* exija la Ley la acreditación de una auténtica *“negociación contractual”* en los términos que parecen desprenderse de lo afirmado en el voto particular de constante referencia para salvar la validez del convenio arbitral sino que, por el contrario, creemos que ha de estarse al espíritu de la norma, esto es, proteger los derechos del consumidor y, por tanto, cerciorarse de que éste haya podido decidir, libremente, si se somete o no a arbitraje⁷. Pero si lo hace libre y conscientemente, independientemente

7 Por esta razón también, no creemos que resulte de aplicación al caso la doctrina del Tribunal Supremo contenida, por ejemplo, en la STS, Sala 1ª, nº 265/2015, de 22 de abril (ROJ STS 1723/2015) cuando afirma, en su Fundamento Jurídico Segundo, que *“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*

de que haya “negociado” o no el convenio arbitral, su consentimiento habrá de entenderse, en nuestra opinión, válidamente emitido.

48. A mayor abundamiento, no creemos que pueda afirmarse que la jurisprudencia europea disponga, en todos los casos, que todo convenio arbitral suscrito entre un empresario y un consumidor es, *per se*, nulo de pleno derecho.

49. Por el contrario, lo que, en nuestra opinión, dice el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Mostaza Claro* es algo muy distinto: que tan sólo si la cláusula es abusiva, ésta “no vinculará al consumidor”, y ello por cuanto que “*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*”⁸.

50. Ergo, tiene que existir, por tanto, como bien subraya también nuestro Tribunal Supremo, una abusividad en la contratación que se haya traducido en un desequilibrio para alguna de las partes, o una imposición efectuada, en este caso, por el empresario al consumidor puesto que, como bien afirma el máximo órgano comunitario en su resolución antes citada, “*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 unas condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas*”⁹.

51. Dicho sea de otro modo: como autorizadamente afirma el máximo intérprete de la legislación comunitaria, se trata de una normativa pensada para proteger a la parte débil –el consumidor, en este caso– cuando se haya abusado de él.

52. Pero consumidor no siempre equivale a parte débil. Piénsese lo que puede acontecer, por ejemplo, cuando una prestigiosa firma pluridisciplinar de abogados actúe en un ámbito ajeno al de su actividad empresarial o profesional pero, en cambio, decide suscribir un convenio arbitral como el que ahora nos ocupa. ¿Puede afirmarse que desconocía el alcance del convenio arbitral que estaba suscribiendo? ¿Estamos ante un contrato de adhesión predispuesto? ¿Le produce alguna suerte de desequilibrio contractual? ¿Es, por ende, abusiva dicha cláusula?

53. En nuestra opinión, rotundamente no. De ahí que el Derecho francés, aplicando las mismas normas europeas que ahora nos ocupan, entienda, como hemos visto anteriormente, que existe una presunción *juris tantum* de nulidad (en los términos que también se desprenden del Anexo de la Directiva), pero en modo alguno considere que siempre y en todos los casos en los que nos hallamos ante una relación consumidor-empresario, el convenio arbitral suscrito por el consumidor es nulo de pleno derecho.

que esté predispuesta e impresa, 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 ello por cuanto que dicha sentencia no contempla el específico supuesto que aquí nos ocupa, en el cual el consumidor demandado interpone una demanda reconvenzional y, por ende, mediante tan inequívoco acto, se somete expresamente a la jurisdicción arbitral, siendo equiparable este último por analogía, en nuestra opinión, a una verdadera “negociación individualizada” como la exigida por el artículo 82 TRLGCDU.

8 Apartado 36 de dicha sentencia (Asunto C-168/05).

9 Apartado 25 de dicha sentencia (Asunto C-168/05).

54. Por lo demás, entiende también el voto particular que ahora nos ocupa que *“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”*.

55. No obstante, ¿la interposición de una demanda reconvenzional puede equipararse, sin más, a una “sumisión tácita” como sugiere el voto particular o, cuando menos, a una fórmula que impide concluir que el consumidor no se ha sometido, libre y conscientemente, a la jurisdicción de un tribunal arbitral, una vez surgido el conflicto?

56. Ya hemos visto, en este sentido, cuál es la solución del Derecho francés: lejos de incluir las cláusulas arbitrales en la lista negra, las incluye en la lista gris, como buena muestra de que la norma comunitaria se presta, al menos, a interpretaciones menos rigurosas como las que realiza el voto particular.

57. Por lo demás, desterrada de nuestro ordenamiento jurídico-procesal la reconvencción implícita (desconocida, en cualquier caso, en la práctica arbitral actual), pocos actos pueden calificarse de tan explícitos y categóricos como la voluntad de accionar contra alguien y, singularmente, de reconvenir en el seno de un proceso en el cual se es, por tanto, parte demandada.

58. Exigir también, como parece sugerir el voto particular que ahora nos ocupa, una “negociación” activa por parte del demandado que, de esta forma, demostraría así su inequívoca voluntad de someterse a arbitraje una vez surgido el conflicto es, en nuestra modesta opinión, un requisito excesivo por redundante, puesto que la acción misma de reconvenir ya constituye, *per se*, un acto expreso¹⁰, y más si se repara en que su ejercicio es absolutamente voluntario en nuestro ordenamiento jurídico.

59. Y, en el supuesto que ahora nos ocupa, dicha decisión, voluntaria y consciente de interponer una demanda reconvenzional, se hizo, a la postre, bajo asistencia letrada la cual, por tanto, tuvo necesariamente que explicar a la Comunidad de Propietarios demandada el alcance de sus propios actos.

60. En conclusión, compartimos plenamente la tesis de que los arbitrajes en los que alguna de las partes tiene la consideración de consumidor deban sustanciarse, con carácter general, ante un Tribunal de consumo.

61. Ahora bien: en méritos de lo establecido en los arts. 57.4 y 90 del TRLGDCU, también creemos que debe exceptuarse esta regla desde el momento en que la propia parte considerada consumidora formula reconvencción en sede arbitral, al decidir así voluntariamente someterse a un arbitraje institucional una vez iniciado el conflicto, y más teniendo en cuenta que la Ley de Arbitraje, como hemos visto, no obliga a interponer reconvencción en un determinado proceso bajo amenaza de preclusión.

62. Y así lo tienen sentenciado, desde siempre, nuestros tribunales, cuando reiteradamente han afirmado que desde el momento en que se formula demanda reconven-

10 En palabras de nuestro Tribunal Supremo, constituye un “acto propio procesal” (STS 721/2001, de 10 de julio, LALEY 6368/2001).

cional, se está excluyendo, de forma absolutamente nítida y meridiana, la jurisdicción o el arbitraje¹¹.

63. Por todo ello, compartimos plenamente las afirmaciones contenidas en la STJM cuando, elocuentemente, subraya que *“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 (...). 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”.*

64. En conclusión, al igual que se sostiene de forma mucho más autorizada en la STJM que ahora nos ocupa, seguimos creyendo que el hecho de interponer una acción (por vía reconvenicional en este caso), demuestra claramente una explícita voluntad de someterse a arbitraje una vez surgido el conflicto –y más cuando la parte no está obligada a hacerlo por Ley, como antes expuesto– por lo que, consecuentemente, entendemos también que se cumple así, sobradamente, con el requisito antes exigido por el ordenamiento jurídico comunitario de que se acredite inequívocamente la voluntad de sumisión del consumidor, una vez nacido el litigio entre ambas partes, en aras de proteger eficazmente sus derechos.

III. CONCLUSIÓN

65. La sentencia que hemos tenido ocasión de analizar a lo largo del presente estudio aborda una cuestión sin duda alguna polémica y de máxima actualidad: ¿puede interpretarse una reconvenición como un acto de sumisión expresa a un tribunal arbitral? ¿Si se llega a la conclusión afirmativa, puede concluirse que no se vulnera normativa alguna y, en particular, comunitaria, de protección de los derechos del consumidor?

66. Éstas son, sin duda alguna, las dos preguntas esenciales que hemos de hacernos en el caso que ahora nos ocupa y, en nuestra opinión, ambas han de tener una respuesta afirmativa, so pena de reducir, hasta límites absurdos, la capacidad de contratación de cualquier consumidor medio.

11 Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 75/2016 de 3 de marzo de 2016 (LA LEY 35628/2016); sentencia del Tribunal Supremo núm. 721/2001 de 10 de julio de 2001 (LA LEY 6368/2001) o Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza núm. 91/2000 de 8 de febrero de 2000 (LA LEY 32352/2000).

67. Ciertamente, una intervención contundente de la Alta Jurisdicción comunitaria se imponía en aras de proteger los derechos de múltiples consumidores europeos y, en particular, españoles, que han contemplado impotentes como numerosas instituciones -singularmente bancarias- abusaban abiertamente de su posición de dominio para imponer en sus contratos de préstamo o hipotecarios, básicamente, numerosas cláusulas a todas luces abusivas.

68. Pero de ahí a reducir a la nada la capacidad de contratar del consumidor, sobreprotegiéndolo hasta límites que pueden llegar a calificarse de abiertamente absurdos, media, en nuestra opinión, un abismo.

69. Ya hemos visto, en este sentido, como en Francia, por ejemplo, los convenios arbitrales no se incluyen en la lista negra sino en la gris, en estricta aplicación de lo dispuesto en la normativa comunitaria. Ergo: no existe norma imperativa "sacrosanta" alguna (si se nos permite la expresión) que deba imponerse como dogma de fe en el ámbito que ahora nos ocupa.

70. Pero si a lo anterior le añadimos que a la interpretación más flexible de la normativa comunitaria que ahora propugnamos, se le añade el hecho de que, en el presente caso, contábamos con un acto inequívoco y expreso del consumidor consistente en la interposición de una demanda reconventional, creemos que las pocas dudas que podían albergarse al efecto tenían -como tienen- forzosamente que quedar definitivamente despejadas.

71. Y es que pocos actos son, en nuestra opinión, tan concluyentes e inequívocos como el hecho de reconvenir, esto es, de ejercitar una acción ante un tribunal, con el debido asesoramiento de unos abogados que, como tales, venían a reforzar con su actuación el correcto entendimiento del consumidor de la decisión que estaba tomando en aquel momento, esto es, una vez surgido el conflicto como exige la norma comunitaria.

72. Tiempo habrá, sin duda alguna, de que la jurisdicción comunitaria, que tanta jurisprudencia está dictando en materia de protección de derechos al consumo, se pronuncie también, a buen seguro, sobre esta interesante cuestión recientemente abordada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y despeje, de este modo, cualquier atisbo de duda.