



## **DECLARADA NULA POR ABUSIVA UNA CLÁUSULA DE SUMISIÓN A ARBITRAJE CUYA ABUSIVIDAD NO SE ALEGÓ EN LA DEMANDA ARBITRAL \***

*Helena Palomino Moraleda*  
*Profesora Ayudante*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 30 de enero de 2023*

Con fecha 4 de marzo de 2022, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía estimó la nulidad de un laudo cuya impugnación se basó en la abusividad de la cláusula de sumisión a arbitraje.

### **1. Hechos**

En el marco de un contrato de obra de vivienda surgieron discrepancias entre la particular contratante y la empresa contratista acerca del pago de una cantidad del precio de la obra. La empresa solicitó al tribunal competente<sup>1</sup> (TSJ de Andalucía) el nombramiento de un árbitro, con el fin de resolver la controversia mediante el procedimiento arbitral. La parte contraria se opuso a este nombramiento e invocó la nulidad de la cláusula de sumisión expresa a arbitraje. La petición de nulidad se basó en el hecho de que en la cláusula se

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-128913NBI00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.

<sup>1</sup> Art. 8, Ley 60/2003 de Arbitraje: “Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección.”



aludía *que en caso de no llegarse a un acuerdo por dicho procedimiento las partes se sometían a los tribunales de Granada con renuncia a otros fueros aplicables*, lo que, para la impugnante, suponía que no tenía efecto obligacional y era contrario a la naturaleza del arbitraje, y por tanto ser declarada nula de pleno derecho. El TSJ nombró un único árbitro, no entrando a valorar la cuestión de validez de la cláusula de arbitraje al entender que era labor del árbitro designado.

En el trámite final de conclusiones del arbitraje, tras haber sido practicada la prueba, la contratante invocó – por primera vez- su condición de consumidora. La misma, una vez dictado el laudo arbitral, presentó demanda de juicio verbal ante el TSJ de Andalucía instando la nulidad del laudo. Pero, en esta ocasión, la causa era distinta. Se alegaba la nulidad de la cláusula de sumisión al arbitraje por ser abusiva y no estar negociada individualmente. La empresa se opuso a la demanda, argumentando, entre otros motivos, que, en el arbitraje, la demandante no invocó la nulidad de la cláusula por ser abusiva.

## **2. Fallo**

El TSJ calificó como inequívoca la condición de consumidora de la demandante. Conforme al concepto de consumidor que recoge el art. 3.1 LGDCU, no importa la “cualificación y trayectoria profesional” de la demandante, toda vez que *no son los conocimientos sobre la materia objeto del contrato los que cualifican al contratante como consumidor sino la finalidad con que contrata*. Así, dado que el contrato trataba de obras en la vivienda habitual de la particular, para el tribunal era indiscutible que su fin no era el profesional o empresarial.

Respecto de la negociación de la cláusula, el tribunal sentenció que no fue individualmente negociada sino predispuesta por la empresa. A tenor de las declaraciones de la demandante y el arquitecto contratado para la obra, el TSJ dedujo que no existió asesoramiento a la contratante respecto de los fueros judiciales y competencia de los tribunales. Este hecho fue confirmado por el contenido de los contratos de ejecución de obra menor suscritos por la actora con terceras personas en el año 2016. En todos los contratos aportados, la cláusula estaba reproducida literalmente.

Estos hechos probados confirmaron que se trataba de una *cláusula no negociada de sumisión a un arbitraje distinto del de consumo* y que no había sido ratificada con posterioridad al surgimiento de la controversia. Todo ello, condujo a la nulidad de la cláusula de arbitraje y por ende, del laudo dictado.

El art. 57.4 LGDCU declara que “no serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto”. Es decir,



independientemente de que la cláusula de sumisión a arbitraje sea negociada o no, no vinculará al consumidor si se ha pactado antes de que exista una controversia derivada del contrato. En el caso objeto de litigio, la consumidora se opuso desde el principio al arbitraje, por lo que no cabe entender que la cláusula predispuesta antes del conflicto fuera ratificada después del mismo por las partes.

Además, el art. 90.1 LGDCU califica como “abusiva” la cláusula del contrato con consumidores que suponga una sumisión a arbitrajes distintos del de consumo. En consecuencia, el TSJ de Andalucía declaró nula de pleno derecho (art. 83.1 LGDCU) la cláusula de sumisión a arbitraje suscrita en el contrato objeto de controversia, toda vez que no ha sido negociada individualmente (art. 82.1 LGDCU).

### **3. Breve comentario**

La declaración de nulidad de la cláusula, y con ella la del laudo, no se ve impedida porque el TSJ de Andalucía fuera el tribunal competente para designar el árbitro y posteriormente, resolver sobre la nulidad del laudo dictado. En el procedimiento de nombramiento de árbitros, el tribunal únicamente puede rechazar la solicitud formulada por las partes cuando, a tenor de los documentos aportados, no se aprecie la existencia de sumisión al arbitraje, art. 15.5 Ley Arbitraje. No es función del órgano encargado del nombramiento la de resolver acerca de la validez o nulidad de la sumisión al arbitraje. El árbitro designado es quien ostenta la potestad para decidir sobre la validez del convenio arbitral, art. 22 Ley Arbitraje.

En los mismos términos, el hecho de que la consumidora no se opusiera al arbitraje alegando la nulidad de la cláusula de sumisión por abusiva no impide declarar la nulidad del laudo en sede judicial. El TJUE (Sentencia de 26 de octubre de 2006, asunto C 168/05) estableció que el carácter abusivo de una cláusula de sumisión a arbitraje es apreciable por el órgano judicial que conoce de una demanda de anulación de laudo arbitral, aun cuando no haya sido alegado por el consumidor *en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación.*