**CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA DE LA SALA CIVIL Y PENAL DEL TSJ DE ANDALUCÍA**

MIGUEL PASQUAU LIAÑO[[1]](#footnote-1)

Seleccionamos en esta sentencia algunas resoluciones recientes de la Sala Civil y Penal sobre materias controvertidas o novedosas, al hilo de las diferentes competencias, penales y civiles, de dicho órgano jurisdiccional.

**I. DERECHO PROCESAL PENAL**

**1.** **Sobre el derecho a cambiar de abogado del turno de oficio, y sus límites**

En la Apelación Penal de Jurado 03/2023, resuelta por sentencia de 24 mayo 2023, se pidió la nulidad de la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado, en un juicio por asesinato, porque el acusado, al inicio del juicio oral, manifestó su deseo de cambiar de abogado (de oficio), por otro que también fuera del turno de oficio, alegando discrepancias en la línea estratégica de la defensa. El Magistrado-Presidente no acordó la suspensión del juicio para el nombramiento de nuevo abogado, y el acusado formuló protesta, negándose a declarar incluso a preguntas de su abogado.

La Sala no estimó este motivo de apelación, considerando que, sobre la premisa de que en efecto el acusado tiene derecho al cambio de abogado, en el caso concreto todo indicaba que se trataba de un ejercicio abusivo de dicho derecho. Los argumentos son los siguientes:

“*El derecho al cambio de abogado forma parte del derecho a la defensa. Sus razones son fáciles de entender: pese a que el abogado es quien marca la dirección “técnica” de la estrategia procesal, es el acusado quien puede tomar determinadas decisiones, y en caso de discrepancia o de pérdida de confianza podrá revocar el mandato y otorgarlo a otro profesional. Como regla general, pues, el tribunal ha de aceptar la decisión del acusado sin ni siquiera poder investigar los motivos de la misma, pues el carácter reservado de tales motivos forma también parte del derecho de defensa.*

*Esta regla, sin embargo, admite excepciones.*

*La primera tiene que ver con el fraude procesal y abuso del derecho: en la medida en que, por las circunstancias del caso, se advierta que la pretensión de cambio de abogado va orientada a obtener un beneficio de cualquier caso, desligado del derecho a no sufrir indefensión, el tribunal puede rechazarlo. En particular ello puede ocurrir cuando el momento elegido para solicitar el cambio de abogado comporte una suspensión de un acto procesal señalado, con la correspondiente dilación. En tal caso, el tribunal puede entrar a valorar las razones ofrecidas por el acusado a fin de calificarlo o no como ejercicio abusivo del derecho.*

*La segunda es que cuando se trata de un abogado del turno de oficio, el encargo profesional no está basado en un acto de confianza personal del acusado, sino de una designación efectuada por el Colegio de Abogados sobre la base de la idoneidad presumida por el abogado incluido en el turno. En tal caso, es decir, cuando el acusado se acoge al beneficio de justicia gratuita, no puede elegir al Letrado y está simplemente recibiendo una prestación pública a cuyas reglas ha de someterse, entre las cuales está el no poder seleccionar o elegir al abogado defensor. Puede renunciar a dicha prestación y elegir a otro abogado de confianza, en cuyo caso volveríamos a la regla general, es decir, serían irrelevantes los motivos salvo que se apreciase ejercicio abusivo. Pero si lo que se pretende es la designación de otro abogado del turno de oficio, no basta con expresar su voluntad sino que ha de concurrir una causa justificada. Así se establece en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, en su artículo 21 bis, introducido por la Ley 3/2018, de 11 junio, conforme al cual el cambio de abogado ha de tramitarse ante la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, tras solicitud formulada ante el Colegio profesional que hubiere realizado la designación, siendo importante destacar que, conforme a dicho artículo, no basta con la mera manifestación de voluntad del beneficiario de sustituir al profesional designado, sino que la solicitud ha de venir “debidamente justificada”, y la concesión dependerá de que la Comisión aprecie que concurre “causa que justifique la sustitución”. Lógico es entender que si la solicitud se anuncia ante el tribunal enjuiciador, éste también pueda y deba efectuar un control sobre la justificación de los motivos en la medida en que la tramitación de la solicitud comportase la suspensión de los actos procesales en trámite, en particular un juicio oral, en perjuicio de las otras partes del proceso. Dicho de otro modo, cuando lo pretendido es cambiar a un abogado del turno de oficio por otro del mismo turno, no bastará con la invocación de razones subjetivas de desconfianza no concretadas, sino que será precisa la constatación de una causa justificadora basada en la inidoneidad de quien presta el servicio de asistencia jurídica para hacerlo en el caso concreto.*

*En el presente caso la decisión de cambiar de abogado se manifestó al inicio del plenario, convocados todos los testigos y peritos que habrían de intervenir, y ya sorteados y designados los miembros del Jurado. La solicitud fue sorpresiva incluso para el propio abogado defensor, según manifestó, y se apoyó en una razón abstracta (no se sentía respaldado) y en otra razón que fue desmentida por el abogado (inexistencia de encuentros para la preparación de la estrategia de defensa), sin que en absoluto, pues, pueda descartarse que se tratase de razones caprichosas, fútiles, o simplemente expresivas de mala fe procesal. Su admisión provocaría un enorme trastorno procesal, pues un juicio con Jurado no puede suspenderse sin disolución del Jurado y reinicio de todo el proceso de selección si la suspensión se prolonga por más de cinco días (art. 47 LOTJ), como sin duda sería el caso. No se ofreció por otro lado absolutamente ninguna razón que justificase el momento elegido para solicitar el cambio de abogado, es decir, que lo determinante de la decisión se hubiera producido en los días inmediatamente anteriores, de tal modo que pudiera explicarse que no hubiese acudido el acusado con anterioridad al procedimiento del artículo 21 bis de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita al que antes nos hemos referido, que por otra parte prevé que entre tanto se tramita el expediente el Letrado primeramente designado ha de continuar en el ejercicio de sus funciones.*

*Por lo expuesto, y asumiendo la extensa y acertada motivación que aparece en la sentencia, entendemos justificada la decisión del Magistrado Presidente de no acordar la suspensión del juicio, lo que comporta la desestimación del motivo*”.

**2. Sobre la insuficiencia de la motivación del veredicto por falta de alusión a una prueba importante de descargo**

En la Apelación de Jurado nº 4/2023, que dio lugar a la STSJA 11 abril 2023, se solicitaba por la defensa la nulidad del veredicto por falta de motivación. El asunto versaba sobre un terrible asesinato que el Jurado pudo presenciar mediante la reproducción en el juicio de la grabación por videocámaras de seguridad de la empresa en que se produjo. Lo discutido no era el hecho en sí, sino la imputabilidad del acusado: algún informe pericial no apreció afectación de sus facultades, pero la prueba pericial forense, tras 19 entrevistas, apreció una afectación importante, determinante de una eximente incompleta, por diagnóstico de trastorno psicótico activo al tiempo de la comisión del hecho. El Jurado motivó su veredicto de culpabilidad, sin apreciación de eximente completa ni incompleta, porque entendió que el acusado pudo estar simulando ante los psiquiatras forenses de prisión una enfermedad mental. Pero no hizo alusión alguna a unas prolijas declaraciones testificales de tres familiares (quienes no tienen buenas relaciones entre sí) referidas a los días anteriores a la comisión de los hechos, en los que relataban comportamientos sugerentes de un brote psicótico. La defensa, en su recurso, no solicitó la revocación de la sentencia con estimación de una eximente, completa o incompleta, sino la nulidad. El tribunal, estimando el recurso, acordó la nulidad del veredicto con la consiguiente repetición del juicio. Uno de sus argumentos principales fue el siguiente:

“*En primer lugar, hay una prueba directa que calificamos como relevante que no ha sido mencionada: las* ***declaraciones testificales*** *de Dña Adriana Muñoz Vilches, Don Juan Torres Jiménez y Dña Lidia Torres Muñoz, testigos de la acusación particular y familiares del acusado, que fueron advertidos de su derecho a no declarar y de su obligación de decir la verdad en caso de hacerlo, en las que se relata que el acusado padecía trastornos de carácter delirante e incluso alucinaciones en los días y meses anteriores a la comisión de los hechos. El visionado de sus declaraciones no deja más opciones que las siguientes: o estos tres testigos están mintiendo de manera deliberada, coordinada y ensayada; o el acusado los engañó también a ellos fingiendo en su presencia trastornos psíquicos y de comportamiento; o el acusado, en efecto, comenzó a padecer un episodio psicótico con anterioridad al hecho criminal. Pero habida cuenta de su importancia objetiva (pues si lo controvertido era que si las manifestaciones del acusado a los facultativos que lo examinaron eran o no simuladas, resultaba fundamental determinar el comportamiento del acusado en la época anterior al hecho), y habida cuenta también del lujo de detalles, de la correspondencia en lo sustancial entre unas declaraciones y otras, del modo espontáneo de referir determinados episodios con una concreción fuera de lo habitual, de la impresión de no tratarse de un discurso previamente aprendido al irse desarrollando en espiral (y no en bucle) con importantes matices acumulados al hilo de las preguntas que se les iba haciendo, tales testificales no pueden ser simplemente orilladas o silenciadas, sino que el Jurado habría debido enfrentarse directamente a su contenido y explicar por qué no los ha creído.*

*No está sugiriendo la Sala, obviamente, que tales declaraciones debieran haber sido creídas. Como toda declaración testifical, no se convierte en prueba sino en la medida en que sea convincente, y la opción de no darle crédito no puede calificarse en sí misma como irrazonable. Lo que decimos es que no se ha razonado en absoluto. Y dada su importancia para el hecho que se pretendía probar (el estado del acusado en el tiempo inmediatamente anterior a la comisión de los hechos), la práctica ausencia de otras pruebas sobre dicho hecho (la testigo doña Cristina Romero no había tenido relación con el acusado desde nueve meses antes del crimen y los trabajadores de la empresa tenían un contacto muy esporádico), y el modo en que declararon al que acabamos de hacer referencia, se trataba de una prueba que no podía ser desatendida sin una explicación de entre las posibles. Tal explicación, por otra parte, no puede suplirse con una suerte de presunción por esta Sala de que los familiares mienten en juicio para favorecer a los suyos: ello será más o menos habitual, pero desde luego no cabe una presunción automática en tal sentido”*.

**II.** **DERECHO PENAL SUSTANTIVO**

**1.** **Sobre la calificación jurídico-penal del hecho consistente en enviar mensajes desde una cuenta de Messenger ajena, haciéndose pasar por su titular**

En unas cuestiones previas planteadas en un asunto de asesinato, por el procedimiento del Tribunal del Jurado, la acusación particular postuló la inclusión entre los hechos justiciables, del que consistiría en que, tras dar muerte a la víctima, el acusado habría usado el teléfono móvil de ésta, habría entrado en su cuenta de Facebook (sin necesidad de salvar contraseñas) y habría enviado por Messenger a la madre y hermana de la víctima, haciéndose pasar por ella, dos mensajes diciéndoles que se marchaba con un amigo y que no la buscaran.

El Magistrado Presidente denegó esa pretensión por considerar que esa conducta es atípica, por cuanto el delito de usurpación de estado civil requiere, según doctrina jurisprudencial expresada en las pocas sentencias que han aplicado ese delito, reiteración o habitualidad.

La defensa formuló recurso a la Sala Civil y Penal del TSJ Andalucía quien, en su Auto de 15 mayo 2023, estimó el recurso en este punto, tras explorar las diferentes posibilidades de subsumir la conducta en algún tipo penal, y constatando que sorprendentemente los precedentes jurisprudenciales son escasísimos. La argumentación se concentra en estos párrafos:

“*Se postula por las acusaciones, y no lo niega la defensa, que el acusado envió mensajes desde una cuenta de Messenger de la víctima, haciéndose pasar por ella, a su madre y a su hermana, en la noche en que falleció, comunicándoles que se marchaba y que no la buscasen, que le había quitado de su cartera mientras dormía 300 euros al acusado, y disponiendo sobre el cuidado de su hijo, y se pretende su inclusión en el objeto de enjuiciamiento por comportar un delito de usurpación de estado civil del art. 401 CP.*

*El auto apelado no excluye tal delito por insuficiencia de indicios, sino por atipicidad de la conducta, al ser un acto aislado y requerirse por la jurisprudencia y la doctrina cierta continuidad en la utilización indebida de la identidad de otra persona (viva o fallecida).*

*La Sala entiende que, según cual fuera el resultado de la prueba a practicar en el juicio, los hechos descritos en los escritos de las acusaciones particulares podrían tener relevancia penal, acorde con su inequívoca reprochabilidad, y sin forzar la interpretación de los tipos penales concernidos.*

*A) En el presente caso puede considerarse, a los efectos de justificar su enjuiciamiento, que la singularidad de la usurpación de la identidad que indiciariamente se habría producido podría comportar la nota de “continuidad” o “permanencia” que, aun no mencionándose en la letra del art. 401 CP, sí viene exigiendo para su aplicación la doctrina y alguna sentencia: en efecto, la conducta se realizó en dos ocasiones con dos horas de diferencia entre un mensaje (a la madre) y otro (a la hermana), a lo que debe añadirse el dato tan relevante del contenido de los mensajes enviados, que por sí mismos tenían “vocación de permanencia”, pues su finalidad no era otra que hacer creer indefinidamente que se encontraba viva y desaparecida, lo que, de no haber sido por la investigación policial, habría podido determinar que acabase siendo declarada ausente con el transcurso del tiempo. No se trata, pues, de usurpación puntual, sino completa en su ejecución y permanente en sus consecuencias, aunque efectuada mediante únicamente dos actos de suplantación en un espacio temporal de dos horas. Podría decirse incluso que (de no ser por la investigación policial) fue una usurpación definitiva de cara a terceros, pues no era preciso ningún otro acto de usurpación para provocar la confusión pretendida, al ser esta tendencialmente definitiva.*

*Puede también repararse en que, del mismo modo que ocurre con otros tipos penales, la exigencia de permanencia o continuidad (no requerida expresamente por el tenor literal del precepto) puede ser equiparada a la gravedad de los actos puntuales de suplantación, en la medida en que comporten una intensa afectación del bien jurídico protegido, pues lo que en definitiva importa es la magnitud de la confusión generada a terceros con la suplantación, y no el número de actos realizados para provocarla.*

*B) De otra parte, sobre la tipicidad de la conducta consistente en el allanamiento de un espacio de intimidad en un entorno digital como es el perfil de una red social (Facebook, Twitter, WhatsApp, Messenger, etc.) y su utilización para desde ella enviar comunicaciones telemáticas a terceras personas incluidas en sus contactos como si fueran de la persona titular de dicha cuenta, existen importantes debates doctrinales y muy escasa jurisprudencia sobre la que conviene hacer alguna reflexión. Tal conducta comporta objetivamente el acceso a un sistema informático que contiene datos personales más que probablemente sensibles, entre los que se incluyen los que definan el perfil del usuario, la agenda de contactos y particularmente el contenido de las comunicaciones privadas efectuadas desde dicho perfil, lo que constituiría una inequívoca lesión al derecho a la intimidad que pudiera encontrar encaje en los delitos denominados genéricamente de “revelación de secretos” (pero que incluyen lo que con expresión afortunada se ha calificado doctrinalmente como “habeas data”).*

*En efecto, los artículos 197 y 197 bis del código penal incluyen varias modalidades delictivas en las que puede subsumirse la conducta consistente en enviar mensajes desde un perfil de una red social de una tercera persona, haciéndose pasar por ella:*

*a) En primer lugar, la “interceptación de comunicaciones” para vulnerar la intimidad de otro (art. 197.1 CP), pues de algún modo al acceder a las mismas el sujeto activo las intercepta, sin que sea relevante la lectura más o menos intensa que haga de las mismas;*

*b) En segundo lugar, la utilización y modificación inconsentida, en perjuicio de tercero o del titular, de datos reservados de carácter personal registrados en soportes informáticos, electrónicos o telemáticos (art. 197.2), con agravación en el caso de que la víctima sea menor de edad (art. 197.5),;*

*c) Y en tercer lugar, el “acceso” a un sistema de información vulnerando las medidas de seguridad establecidas (art. 197 bis, apartado primero).*

*En el presente caso existen indicios de que el acusado habría accedido al contenido del terminal móvil de la víctima; que sin consentimiento de su titular, a quien habría acabado de dar muerte, accedió a su perfil de una red social en la que se registran conversaciones de marcado carácter privado, y desde él utilizó la agenda de contactos para enviar un mensaje a dos destinatarias de su círculo familiar. Basta imaginarse víctima de semejante intromisión para entender que la conducta está directamente relacionada con la protección que del derecho a la intimidad en su más amplia acepción dispensan los referidos preceptos. La intromisión podría ser calificada como utilización de datos personales registrados en un soporte electrónico o telemático, con vulneración de la intimidad, en un doble sentido: de un lado, porque introducir desde el perfil ajeno un nuevo mensaje dirigido a terceras personas comporta una “alteración” de la conversación preexistente (entendida como conjunto de comunicaciones entabladas); de otro lado, por la utilización de los datos personales del perfil y la agenda de contactos en perjuicio tanto de terceros (las destinatarias de los mensajes, que más que razonablemente pudieron creer que el mensaje había sido escrito por la titular del perfil, resultando engañadas y siendo inducidas a comportamientos como la denuncia de desaparición, así como padeciendo durante varios días la zozobra por la posterior interrupción de la comunicación) y de la propia titular, menor de edad, en tanto que en tales mensajes se aludía a una decisión personal que obviamente no había tomado -marcharse con otra persona- así como haber sustraído una cantidad de dinero al acusado mientras dormía.*

*Es cierto que la acusación no califica los hechos como delito de revelación de secretos, pero lo que ahora debe determinarse es si los hechos en sí deben ser enjuiciados, con independencia de su calificación penal, y si la diferencia de tipos aplicables comporta o no indefensión para el acusado. La Sala entiende que tal indefensión no se produce, ni se vulnera el principio acusatorio, dada la al menos parcial homogeneidad de los bienes jurídicos protegidos por uno y otro delito, pues el hecho de que la conducta se cometa o no con utilización de medios telemáticos o electrónicos y a través de una red social no resulta a tales efectos relevante, sin perjuicio del respeto al máximo de la pena pedida.*

*En todo caso, no es función de esta Sala en este trámite la de calificar los hechos, sino de la valorar su objetiva relevancia penal en caso de resultar probados, y las razones acabadas de exponer conducen a estimar la primera de las cuestiones previas suscitadas por las acusaciones, con revocación del auto apelado en el sentido de incluir como objeto de enjuiciamiento los hechos que en los escritos de acusación van referidos a la utilización por el acusado del perfil de la víctima en una red social para enviar mensajes a su madre y su hermana*”.

**2. Sobre la naturaleza, pública o privada, de los fondos asignados por la Corporación Municipal a los Grupos Municipales, a los efectos del delito de malversación de caudales públicos**

En el recurso de apelación nº 21/2022, que dio lugar a la STSJ Andalucía 3 noviembre 2022, un Alcalde venía condenado por un delito de malversación al haber ordenado destinar parte de los fondos atribuidos al Grupo Municipal al que pertenecía, a su remuneración personal o gastos de representación como Alcalde. Al margen de otros motivos relativos al caso concreto, en el recurso la defensa sostuvo que no puede haber delito de malversación, por cuanto una vez hechas las asignaciones a los Grupos Municipales, ya no se trata de fondos públicos, sino privados. La Sala desestimó este motivo de apelación, con estos argumentos:

“*Una de las cuestiones centrales que el apelante somete a la Sala es la de la consideración o no como fondos públicos de las cantidades que la Corporación Municipal asigna a los grupos municipales para su mejor funcionamiento. Desde variados punto de vista considera el recurrente que no tienen la consideración de fondos públicos, porque el grupo municipal no es más que una agrupación de concejales, sin personalidad jurídica pública, y los fondos asignados son de su entera disposición, sin perjuicio de las limitaciones legales, debiendo considerarse más bien como una subvención de tal modo que, una vez producida la asignación, ya se habrían separado los fondos de su pertenencia a la Administración y por tanto pasarían a ser privados.*

*La Sala no tiene duda alguna de que el dinero asignado a los grupos municipales está afectado directamente a un interés público, cual es el del funcionamiento político y representativo del propio Ayuntamiento. La participación ciudadana en la política municipal se articula a través de la iniciativa y actuaciones de los grupos municipales constituidos por los concejales elegidos, y no puede apreciarse otra finalidad en esa asignación que no sea la de favorecer el más correcto funcionamiento de un Ayuntamiento democrático. Son fondos del Ayuntamiento y para el Ayuntamiento, cuya gestión se pone en manos de los diferentes grupos municipales, pues se pretende darles cierta autonomía y suficiencia financiera a fin de involucrarse en los asuntos que son competencia de los plenos municipales de los que forman parte. Así, es indiferente por completo la forma jurídica de los grupos municipales, su carácter asociativo o no, o el que carezcan de personalidad jurídica. Se trata de dinero que no sale de la órbita del Ayuntamiento hasta el momento en que se gasta para la adquisición de bienes y servicios por parte del responsable de gasto del grupo municipal, quien, en consecuencia, está gestionando fondos públicos y no privados. Dicho de otro modo, los grupos municipales no son partido político ni asociación privada, sino que son ayuntamiento y los fondos que se les asignan son municipales, y por tanto públicos. Del mismo modo que no podrían destinarse a financiar actividades propias del partido político, tampoco obviamente pueden serlo para remunerar a sus miembros, más allá de las dietas e indemnizaciones debidamente justificadas por servicios dentro del grupo municipal.*

*No es, por otra parte, desde el punto de vista técnico jurídico, una subvención, pues no existe concurrencia de terceros ni bases para su merecimiento. Es una asignación nominativa y automática, pues para tener derecho a tales cantidades basta con la constitución como grupo municipal. El grupo municipal no es un “tercero” que recibe fondos de la Administración, sino una parte de la Corporación municipal misma. En consecuencia, hasta el momento en que, cada mes, se libraban los cheques para pago al acusado de la cantidad de 1700 euros, esas cantidades eran fondos púbicos, y dejaban de serlo cuando eran ilícitamente percibidos por el acusado sin venir soportados por la justificación de un gasto propio del grupo municipal*”

**III. CONTROL JUDICIAL DEL ARBITRAJE: ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDOS**

**1.** **Sobre nulidad de un laudo por selección del árbitro apartándose de la cláusula de sumisión a arbitraje**

En el asunto nº 6/2022, de nulidad de laudo arbitral, resuelto por STSJ Andalucía 28 julio 2022, se anuló el laudo dictado por el árbitro por considerar que no se había respetado el modo de elección del árbitro previsto por las partes, para lo cual fue preciso llevar a cabo una interpretación de la cláusula de sumisión a arbitraje.

En dicha cláusula se establecía que el árbitro único sería designado “de común acuerdo” por tres letrados que a su vez habían designado las tres partes en litigio, dándose la peculiaridad de que dos de esas tres partes partían inicialmente en una posición de confluencia de intereses (sociedad deudora y socios avalistas) frente a la tercera, si bien, por disputas societarias, uno de los dos socios avalistas pasó llegar a acuerdos con la otra parte, con la que la sociedad había suscrito el contrato objeto de controversia. En la designación del árbitro, uno de los tres letrados “designantes” se opuso al nombramiento del árbitro propuesto por los otros dos. Ello no impidió que, pese a la protesta, el árbitro designado aceptase el cargo, por entender que la expresión “de común acuerdo” debía interpretarse como “por mayoría”. Dictó laudo contrario a los intereses de la parte que no suscribió su nombramiento, y ésta interpuso demanda de nulidad del laudo, que fue estimada por la Sala sobre la base, entre otros referidos al contenido del laudo, de este argumento:

*“La Sala entiende que una correcta interpretación de la cláusula en la que se determinaba el procedimiento para designación del árbitro, acorde con los principios básicos del arbitraje, conduce a la nulidad del procedimiento seguido, y en consecuencia del laudo. Ello es así por lo siguiente:*

*1. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1,286 CC, las palabras o expresiones que puedan tener distintas acepciones “serán entendidas en aquella que sea más conforme con la naturaleza del contrato”. Esta regla impone una interpretación de la cláusula discutida desde la mejor comprensión de los principios del arbitraje, entre los que está, en primer orden, la exigencia de evitar todo riesgo de que el árbitro sea impuesto, directa o indirectamente, a alguna de las partes de la controversia por parte de la otra.*

*2. Desde tal criterio interpretativo, en primer lugar, no aprecia la Sala ningún inconveniente en que alguno de los letrados designados en la cláusula de sumisión fuese sustituido por quien lo había propuesto, por pérdida de confianza, pues lo contrario podría suponer que el grado de influencia en el nombramiento del árbitro fuese desigual entre las partes, al cambiar sobrevenidamente las razones por las que se nombró a uno de quienes tenían que consensuar su designación. En consecuencia la intervención del Sr. B.M., en sustitución del Sr. G.E, estaba justificada.*

*3. Pero precisamente porque el sentido de la cláusula ha de incluir el de evitar la imposición de un árbitro contra la voluntad o criterio de cualquiera de las partes, la expresión “designado de común acuerdo [por los tres letrados] no puede interpretarse sino como una exigencia de unanimidad. Lo contrario podría conducir a un arbitraje a cargo de alguien designado por algunas de las partes. A estos efectos es obvio que no basta con la mayoría, pues ello podría provocar una designación parcial, en detrimento de la parte minoritaria. Tal peligro se acrecienta cuando con posterioridad a la cláusula surgen desavenencias dentro de una misma parte procesal, como notoriamente es el caso.*

*Es importante reseñar a este respecto que no es que hubiera dos partes que eligen, cada una de ellas, a dos letrados para el proceso de designación, y que éstos de común acuerdo eligiesen a un tercero dirimente para el caso de empate, como ocurre en otras cláusulas de sumisión de arbitraje relativamente habituales, sino que cada uno de los tres letrados fue elegido por quienes tenían interés en el contrato, ya fuera como partes del mismo o como avalistas. Esto abona la tesis de que el “común acuerdo” al que hace referencia la cláusula no puede sino consistir en la conformidad de los tres letrados en los que las partes, con intereses antagónicos por definición, depositaron la facultad de elegir al árbitro. Un argumento más a favor de la necesidad lo ofrece la representación técnica del demandante en su escrito de demanda: de bastar sólo la mayoría, los dos letrados designados por la mercantil I. D. SL y por sus socios administradores (cuyos intereses eran, al momento de redactar la cláusula, absolutamente coincidentes entre sí, como parte compradora en el contrato y avalistas), podrían imponer su criterio al letrado designado por la parte vendedora (N. SL, y el Sr. N.A.). Como tal resultado es impensable que fuera aceptado por éstos últimos, ha de entenderse que el sentido de la cláusula es que no bastaba con un acuerdo mayoritario, sino que el común acuerdo debía englobar a los tres designantes.*

*4. En el laudo se justifica la validez del nombramiento aludiendo a la posible situación de bloqueo que se produciría por el hecho de que alguno de los letrados designados se opusiera a la designación de árbitro o no se alcanzase la unanimdad, lo que causaría indefensión a las demás partes, pues ni podrían ver resueltas sus pretensiones por vía arbitral (por falta de árbitro), ni tampoco por vía judicial (puesto que sería de apreciar la excepción de falta de jurisdicción por virtud de la cláusula de sumisión a arbitraje). Tal razonamiento no puede ser compartido por la Sala, en la medida en que la Ley de Arbitraje establece, en su artículo 15.3, que “si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello”. En vista de dicho precepto, y partiendo de que las partes acordaron que el árbitro fuese designado por “común acuerdo” (y no acuerdo por mayoría) de los tres letrados, la incomparecencia de uno de ellos, cualquiera que fuesen sus razones (incluso si persiguieran retrasar u obstaculizar la designación del árbitro) hubo de ser tratada del mismo modo que si quien pretende iniciar un procedimiento arbitral se encuentra con la oposición o renuencia de la otra parte: lo pertinente en tal caso no es proceder unilateralmente a la designación de árbitro, sino solicitar al Tribunal su designación.*

*5. No se trata de una mera irregularidad procedimental, sino de la quiebra de uno de los pilares del arbitraje, al igual que ocurre en otros supuestos en que la decisión sobre un asunto en el que no hay avenencia se somete a un tercero: como paradigma podemos citar el artículo 1.057 CC, con arreglo al cual la mayoría de herederos no puede imponer a la minoría un contador partidor dativo concreto (art. 1.057 CC), sino que, a falta de unanimidad, sólo podrá acudir al Juez para su nombramiento.*

*En conclusión, concurre la causa de nulidad del art. 41.1.d) de la Ley de Arbitraje, lo que comporta la estimación de la demanda*”.

**2. Sobre la nulidad de la cláusula de sumisión a un arbitraje diferente del Sistema Arbitral de Consumo cuando el adherente es consumidor**

La sentencia de 3 marzo 2022 (Asunto Civil nº 14/2021) anuló un laudo arbitral relativo a un contrato de ejecución de obras sobre vivienda, por considerar nula una cláusula de sumisión a arbitraje que no había sido negociada entre empresario y consumidor. La demandante de nulidad no había invocado ese motivo durante el procedimiento arbitral, pero sí había mostrado su oposición, por otras causas, a la prosecución del arbitraje.

Estos son las razones que justificaron la nulidad del laudo:

“*Sobre la validez y carácter vinculante de los convenios de sumisión a un arbitraje es preciso tener en cuenta las siguientes premisas jurídicas:*

*A) De un lado, con carácter general, el artículo 57.4, en su redacción vigente al tiempo de celebración del contrato, establece que no serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto. Esta norma no condiciona la vinculación por el consumidor al convenio arbitral a que sea negociada o no: basta con que el convenio se haya pactado entre un empresario y un consumidor con antelación a la existencia de una controversia derivada del contrato.*

*B) De otro lado, el artículo 90.1 del mismo texto legal califica como “abusiva” la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo el caso de arbitrajes institucionales creados por normas especiales. La cláusula de sumisión, pues, se calificaría como nula de pleno derecho (artículo 83.1) siempre que no haya sido negociada individualmente (art. 82.1), precisándose que “el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato” (art. 82.2).*

*C) La nulidad por abusividad o falta de transparencia de la cláusula de sumisión a arbitraje es apreciable de oficio (art. 83.1), e incluso lo es en el ámbito de la acción de nulidad del laudo que se hubiere dictado. Así lo estableció la STJUE de 26 de octubre de 2006 -asunto C 168/05, al decir que “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 el presente caso, no caben dudas sobre la condición de consumidora de doña A.M.R., pues así se desprende inequívocamente del contrato mismo, que va referido a la ejecución de obras por una empresa en su vivienda habitual. Poco importa la “cualificación y trayectoria profesional” a que alude A., S.L., pues no son los conocimientos sobre la materia objeto del contrato los que cualifican al contratante como consumidor, sino la finalidad con que contrata, y no es discutible que tratándose de vivienda habitual se trata de un contrato para un fin distinto al profesional, comercial o empresarial (art. 3.1 TRLGDCU).*

*Se invoca por la mercantil demandada que el contrato e incluso la cláusula fueron negociadas individualmente, y al respecto se alude a las declaraciones de la propia doña A.M.R. y de los Sres. O.E. y S.R. en el procedimiento arbitral, de las que se desprende que éstos intervinieron en la negociación del contrato asistiendo a la dueña de la obra.*

*Examinadas por la Sala dichas declaraciones, y en particular la del Sr. O.E. (que la mercantil demandada destaca especialmente), se comprueba que fue contratado por la dueña de la obra y que le asesoró en la negociación del contrato de obra, pero queda claro que dicho asesoramiento se refirió a los aspectos técnicos y no a los jurídicos; en particular, acabó diciendo que no le asesoró respecto a los fueros judiciales y competencias de los tribunales (2.22:50 de la grabación que consta en las actuaciones). Lo cual es particularmente creíble dada la condición de arquitecto, y no abogado, del declarante.*

*Ante las dudas sobre este particular (es decir, sobre el carácter negociado o no de la cláusula de sumisión a arbitraje) se consideró pertinente, a instancias de la actora, la documental consistente en la aportación de los contratos de ejecución de obra menor suscritos por la actora con terceras personas en el año 2016, de cuyo examen se desprende de manera inequívoca que la cláusula de sumisión a arbitraje no fue individualmente negociada, sino predispuesta por A., SL, pues se reproduce literalmente en todos los contratos aportados.*

*En consecuencia, se trata de una cláusula no negociada de sumisión a un arbitraje distinto del de consumo, suscrita por un consumidor en un contrato con un empresario, y que no ha sido ratificada con posterioridad al surgimiento de la controversia (pues, aunque fuera por razones diferentes, doña A.M.R. se opuso en todo momento al arbitraje, lo que impide presumir una sumisión a posteriori), lo que determina su nulidad, y con ella la del laudo dictado.*

*No lo impide el hecho de que fuera esta Sala quien designó el árbitro de la contienda, pues en el procedimiento de designación hubo de limitarse a constatar la existencia de un convenio arbitral, sin poder entrar en si éste era negociado o no, y por tanto válido o nulo, al ser ello competencia del árbitro que se designara. Tampoco lo impide el que en su contestación de la demanda la representación de doña A.M. opusiera la nulidad de la cláusula arbitral por una causa diferente y sólo aludiera a su carácter abusivo en el trámite de conclusiones, pues dicho carácter absusivo podía ser apreciado de oficio por la Sra. Árbitro, y debe serlo en su defecto por este Tribunal en este procedimiento conforme a lo señalado por la mencionada STJUE 26 octubre 2006, una vez que la demandante lo ha esgrimido en su demanda como principal causa de nulidad*”*.*

CC BY-NC-SA 4.0

1. Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Andalucía. [mpasquau@telefonica.net](mailto:mpasquau@telefonica.net) [↑](#footnote-ref-1)