



Roj: **STSJ M 1415/2020 - ECLI: ES:TSJM:2020:1415**

Id Cendoj: **28079310012020100036**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/01/2020**

Nº de Recurso: **34/2019**

Nº de Resolución: **3/2020**

Procedimiento: **Juicio verbal**

Ponente: **JESUS MARIA SANTOS VIJANDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2019/0115049

**Procedimiento: Asunto civil 34/2019. NOMBRAMIENTO DE ÁRBITRO. Juicio verbal nº 7/2019**

**Demandante:** SACYR CONSTRUCCIÓN, SAU

Procurador/a: D. Carlos Piñeira de Campos.

**Demandado:** UTE VALORIZA GESTIÓN, S.A.-TÉCNICAS REUNIDAS, S.A.

Procurador/a: D. Gabriel de Diego Quevedo

**SENTENCIA N° 3/2020**

**Excmo. Sr. Presidente:**

**D. Celso Rodríguez Padrón**

**Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco José Goyena Salgado**

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

En Madrid, a 8 de enero del dos mil veinte.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por medio de Lexnet el 25 de junio de 2019 y por el Registro General de este Tribunal Superior de Justicia con fecha del siguiente día 27 tiene entrada en esta Sala la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Piñeira de Campos, en representación de SACYR CONSTRUCCIÓN SAU -en adelante SACYR-, en cuya virtud solicita el nombramiento judicial de un árbitro, Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid especialista en derecho de la construcción, que dirima, en Derecho, la controversia surgida con la UTE demandada en relación con los contratos/pedidos a que se refiere el hecho primero de la demanda y, de manera particular, en relación con el Acta de Recepción y Liquidación de la Obra aportada como Documento nº 6. Todo ello con expresa condena en costas.

**SEGUNDO.-** Por Decreto de la Sra. Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala de fecha 9 de septiembre de 2019 se acordó admitir a trámite la demanda sobre designación judicial de árbitro y su sustanciación por las reglas previstas para el juicio verbal, para lo que también acordó, con los apercibimientos legales, emplazar a la UTE VALORIZA GESTIÓN, S.A.-TÉCNICAS REUNIDAS, S.A. -en adelante, la UTE- por diez días hábiles, con traslado de la demanda y documentación acompañada, al efecto de que conteste a la misma.



**TERCERO.-** La demandada, representada por el Procurador de los Tribunales D. Gabriel de Diego Quevedo, contesta mediante escrito presentado vía lexnet en fecha 7 de octubre de 2019 en el que interesa la desestimación de la demanda por "falta de legitimación pasiva ad processum", al tiempo que "niega, ad cautelam, los hechos relatados en el escrito de demanda por las razones y motivos que se alegarán en sede arbitral". Suplica la condena en costas de la actora. No considera necesaria la celebración de vista (otrosí tercero).

**CUARTO.-** Por Diligencia de Ordenación de 11 de octubre de 2019 se tiene por contestada la demanda, dando traslado de la misma a la parte demandante por tres días, conforme a lo preceptuado en el art. 438 LEC, sin que, transcurrido el plazo otorgado al efecto, evacue solicitud alguna.

**QUINTO.-** Se señala para deliberación y fallo de la presente causa el día 29 de octubre de 2019 (Diligencia de 18.10.2019).

**SEXTO.** Recurrída en reposición la precitada Diligencia al haber interesado la parte actora la celebración de vista -escrito de recurso con entrada en esta Sala el mismo día 29 de octubre de 2019-, se acuerda la suspensión de la deliberación acordada y, tras su tramitación, se estima el recurso por Decreto de 25/11/2019, por la que se cita a las partes al acto de la vista el siguiente día **8 de enero de 2020 a las 10 horas**.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande (Decreto de 09.09.2019), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Pretende la demandante el nombramiento de árbitro único -Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid- que solvente, en Derecho, la controversia surgida con la UTE demandada sobre las cantidades debidas por la obra civil correctamente ejecutada y recibida en la nueva Planta de Silicio Solar II -Polígono Industrial La Nava I de Puertollano-, en cumplimiento de los Pedidos A-001-OC-001, C-002-OC-001 y C-05-OC-006 -docs. 3, 4 y 5 de la demanda. Invoca el Acta de Recepción de 7/11/2011 -que acompaña como doc. nº 6- y precisa, conforme a ella, el importe líquido y exigible que juzga pendiente de abonar y que delimita el ámbito de la controversia -referido al abono de las cantidades retenidas en concepto de garantía una vez transcurrido el plazo pactado al efecto, más los intereses de demora.

Invoca la actora la estipulación 2.7, incorporada al pliego de las condiciones generales de los tres pedidos -doc. nº 7-, que, en lo que ahora importa, literalmente dice:

*" Si llegara a surgir algún conflicto o diferencia de cualquier clase entre las partes en conexión con o a causa de este Subcontrato y no se resolviera de mutuo acuerdo en un plazo de 30 días, el mismo será resuelto a instancia de cualquiera de las partes y tras comunicación por escrito del otro, mediante **arbitraje** de Derecho. El **arbitraje** se celebrará en Madrid, por un solo árbitro y se llevará a cabo de acuerdo con la Ley 36/1988".*

*"La indemnización y los gastos de **arbitraje** serán asumidos de la manera que resuelva la decisión arbitral. El cumplimiento del Subcontrato continuará durante el curso de cualquier desacuerdo o procedimiento de **arbitraje**".*

*El Laudo arbitral será motivado y tendrá carácter definitivo y obligatorio para las partes".*

Señala además SACYR -hecho segundo- que, con carácter previo a la incoación de la presente demanda ha intentado agotar la vía amistosa mandando burofax tanto en reclamación de la deuda como en solicitud de nombramiento de árbitro que dirimiese la cuestión, advirtiendo del ejercicio de la presente acción legal -burofaxes de 3.02.2017, 21.09.2017, 4.04.2018 y 22.04.2019, docs. 8 a 11.

Ante la falta de respuesta a los anteriores requerimientos, la actora se ha visto en la necesidad de formular la demanda que da pie a las presentes actuaciones, en la que hace especial hincapié en la "legitimación pasiva de la UTE", como firmante de los contratos, sin desconocer su carencia de personalidad jurídica, pero invocando los arts. 6.1.5º y 7.6 LEC, con cita de la STS de 20.12.1990 -RJ 1990\10315-, SAP Pontevedra de 27.01.1997 (AC 1997\27), SAP Asturias 13.10.2006 (JUR 2006\286007) y SAP Valencia, Sec. 8ª, 492/2007, de 31 de julio.

La contestación a la demanda no cuestiona la realidad de los precedentes requerimientos para designar Árbitro, ni impugna la documental en la que se recoge el convenio, en cuya cabecera aparece el nombre de la UTE, en claro indicio de documento pre-constituido por ella. Lo que sí hace la UTE demandada es negar su capacidad para ser parte procesal, su aptitud para comparecer en juicio en calidad de demandada al adolecer de personalidad jurídica *ope legis* ( arts. 4 y 7 de la Ley 18/1982), sin perjuicio de la responsabilidad solidaria legalmente atribuida a las empresas que conforman la UTE, y que son las debieron haber sido demandadas... La Ley reconoce explícitamente la falta de personalidad jurídica de las UTEs, sin correlativa atribución -como



permite el art. 6.º LEC- de capacidad para ser parte. En su virtud interesa la desestimación de la demanda, sin que haya lugar al nombramiento de árbitro, con condena en costas.

En el acto de la vista las partes se ratificaron en sus respectivas posiciones, añadiendo la demandada que, subsidiariamente, para el caso de que se desestimase su excepción procesal -alegato principal-, aceptaba la designación de un árbitro.

**SEGUNDO.-** El artículo 15 de la vigente Ley de **Arbitraje**, en su apartado 3, supedita la intervención de este Tribunal al efecto de nombrar árbitro a la concurrencia de una circunstancia de hecho que se constituye en presupuesto material de la acción: *que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes.*

En efecto, esta Sala viene afirmando explícitamente -y, desde siempre, de forma implícita- que el artículo 15 de la vigente Ley de **Arbitraje**, en su apartado 3, supedita la intervención de este Tribunal al efecto de nombrar árbitro a la concurrencia de una circunstancia de hecho que se constituye en presupuesto material de la acción -es decir, en condición misma de la ostentación de legitimación activa en estos procesos con su propio y determinado objeto (en palabras, v.gr., del FJ 4º de la **Sentencias de esta Sala 21/2017** , **66/2017**, y del FJ 2º de dos **Sentencias de 13 de marzo de 2018, recaídas en autos 89/2017 y 3/2018** : "*que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes*". En el caso de que tal procedimiento no se haya pactado una de las circunstancias relevantes para la estimación de la demanda será la verificación de si ha mediado o no una oposición al **arbitraje** del demandado con carácter previo a su incoación... .. **Tanto en uno como en otro caso -previsión o no de procedimiento de designación- la Sala, para decidir si procede acordar el nombramiento de árbitro, ha de atender como elemento primordial a la buena o mala fe que evidencie la conducta pre-procesal de las partes, a su voluntad congruente con u obstante -de forma expresa o tácita- al cumplimiento efectivo del convenio arbitral.**

Este criterio se funda en la apreciación, que se juzga razonable y acomodada al art. 15 LA, en cuya virtud la buena fe demanda que las partes que libremente convienen en el **arbitraje** intenten su materialización y el correspondiente nombramiento de árbitro o árbitros antes de acudir a los Tribunales manifestando interés -que también es requisito de la acción- en resolver un conflicto sobre dicha designación. Piénsese que la autonomía de la voluntad que es inherente al pacto arbitral permite de forma natural que las partes convengan un procedimiento de designación de árbitro bien en la cláusula arbitral, bien ulteriormente, cuando, surgida la controversia, llegue el momento de cumplir el pacto de sumisión. En este contexto es en el que ha de entenderse lo que esta Sala -y la generalidad de los Tribunales Superiores de Justicia- viene señalando desde siempre: que únicamente tiene atribuida la competencia para el nombramiento de árbitros cuando no pudiera realizarse por acuerdo de las partes, debiendo limitarse a comprobar, mediante el examen de la documentación aportada, la existencia o no del convenio arbitral pactado; si se ha acordado un procedimiento de designación de árbitro que no haya podido culminar con el nombramiento; y, en su defecto, que se ha realizado el requerimiento a la parte contraria para la designación de árbitros, el desacuerdo entre las partes para el nombramiento, la negativa expresa o tácita a realizar tal designación por la parte requerida y el transcurso del plazo convenido o legalmente establecido para la designación...

Asimismo, el apartado 5 de este artículo 15 establece que el Tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral. Previsión cuyo alcance vemos confirmado en la Exposición de Motivos de la Ley, cuando afirma -apdo. IV, segundo párrafo *in fine* - :

"debe destacarse que el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia. Por ello el juez solo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando **prima facie** pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio".

Atribuida así a esta Sala únicamente la competencia para el nombramiento de árbitros cuando no pudiera realizarse por acuerdo de las partes, y verificado que no se ha podido realizar dicho nombramiento, pese a haber sido realizado el pertinente requerimiento a la parte contraria, el Tribunal ha de proceder al nombramiento imparcial de los árbitros, sin que esta decisión prejuzgue la decisión que el árbitro pueda adoptar sobre su propia competencia, e incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación le impida entrar en el fondo de la controversia (art. 22.1 LA).

En otras palabras: no es propio del ámbito objetivo de este proceso suplantar la decisión del árbitro sobre su propia competencia, sobre el análisis de la validez del convenio arbitral -más allá de la verificación, *prima*



facie, de su existencia y validez ( Sentencia de esta Sala 4/2015, de 13 de enero), ni sobre la comprobación de la arbitrabilidad de la controversia; y mucho menos resulta competente esta Sala para entrar a decidir sobre la cuestión litigiosa: será, con toda obviedad, el Árbitro que en su caso hayamos de designar quien deba pronunciarse sobre la procedencia o no de la reclamación de cantidad que se pretende.

Lo que decimos es también expresión de una regla claramente consagrada por el art. 22.1 LA, que, en palabras de la Exposición de Motivos de la LA -apdo. V, segundo párrafo-, " *la doctrina ha bautizado con la expresión alemana Kompetenz- Kompetenz ... Esta regla abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral*".

Sin embargo, cuanto antecede no afecta a la ausencia de capacidad para ser parte de la UTE demandada, que se denuncia bajo la rúbrica de "falta de legitimación ad processum", y que ha de ser examinada por este Tribunal aun de oficio y en cualquier momento del proceso - art. 9 LEC.

No ignora esta Sala que tal es una cuestión doctrinalmente controvertida, de la cual a veces se ha hecho eco la jurisprudencia. Sin embargo, en el presente estado de la misma, podemos convenir en que *la falta de personalidad jurídica de la UTE no se traduce en una incapacidad para ser parte en el proceso. Se trata de un supuesto que puede acogerse dentro de lo que la doctrina viene denominando "uniones sin personalidad", esto es, agrupaciones de personas, que, como tales, carecen de personalidad jurídica, pero que transitoriamente se organizan con algún fin común y determinado, y para cuya consecución llevan a cabo actos con trascendencia jurídica. El propio texto legal da pie a postular la capacidad para actuar en un proceso, de la que es presupuesto la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones procesales, al regular la figura del gerente ( art. 8.d de la precitada Ley de 26 mayo 1982 ), quien contará con poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros de la Unión Temporal para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones correspondientes. Ello permite, sin extravagancia exegética, incluir el supuesto que ahora nos ocupa en el ámbito de los arts. 6.5 º y 7.6, ambos de la LEC .*

Nuestra "jurisprudencia menor" viene admitiendo la legitimidad pasiva de la Unión Temporal de empresas, incluso cuando es un tercero ajeno a la UTE quien reclama, en sentencias como la **SAP de Valladolid de 10 de septiembre de 2.013 (EDJ 2013/181532)** , la **SAP de Madrid de 4 de febrero de 2.008 (EDJ 2008/28183)** o la SAP Valencia, Secc. 8º, 492/2007, de 31 de julio que cita la demandante. Criterio que la Sala Primera refrenda, v.gr., en los siguientes términos del FJ 3º de la **STS 688/2007, de 12 de junio** -roj STS 4260/2007 :

" *lo cierto es que se demandó y condenó a Unión Temporal de Empresas AGROTECSA-PACSA, y que al demandarse a la Agrupación, se está demandando también a las personas jurídicas que la integran como titulares de la empresa, una de las cuales compareció en autos, siendo admisible, como dice la recurrida, que "por la peculiaridad de la figura y por el carácter solidario de la responsabilidad que contraen las empresas integrantes, que actúe en el proceso solamente UTE, o las empresas, o conjuntamente éstas con aquélla, sin que ello deba suponer la apreciación de ningún defecto de legitimación. En definitiva, siempre se llegará a la responsabilidad de las empresas integrantes en la fase de efectividad del crédito"*

Y en la misma línea el FJ 10º *in fine* de la **STS 141/2018, de 14 de marzo** -roj STS 859/2018 -, cuando reconoce la responsabilidad solidaria de las empresas integrantes de la UTE, " *sin perjuicio de la legitimación pasiva de la UTE (misma)*".

**TERCERO.-** Una vez desestimada la excepción procesal de falta de capacidad para ser parte, huelga decirlo, en el estricto ámbito del proceso en que nos hallamos, la Sala aprecia que la documental aportada a la causa, no impugnada, entraña un principio de prueba sobre la existencia de un convenio de sumisión a **arbitraje** en los términos *supra* reseñados, apareciendo en la cabecera del documento la denominación de la UTE aquí demandada. Demandada que no ha negado en esta causa la existencia de dicho convenio, sin perjuicio de lo que tenga a bien argüir o pueda resolverse al respecto en el eventual procedimiento arbitral.

La referida cláusula compromisoria indica, *prima facie*, la voluntad de las partes de someterse a **arbitraje**. Conforme establece el artículo 9 de la vigente Ley de **Arbitraje** del 2003, el convenio arbitral puede adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, y deberá expresar la voluntad de las partes de someter a **arbitraje** todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

Pactado así inequívocamente el sometimiento a **arbitraje** de Derecho de "algún conflicto o diferencia de cualquier clase entre las partes en conexión con causa de este subcontrato"-sin que quepa apreciar, en el ámbito limitado de cognición propio de este procedimiento, restricción alguna de la voluntad de los demandados en la asunción de dicha cláusula compromisoria-, debe procederse a la designación de árbitro interesada - subsidiariamente aceptada por la demandada en el acto de la vista-, sin entrar a decidir otras cuestiones,





puesto que la actora cumplió escrupulosamente con el requisito material de la acción a que hemos hecho referencia: consta acreditado que remitió los burofax supra indicados, con un contenido del todo inequívoco, instando en términos absolutamente diáfanos a llegar a un acuerdo sobre el nombramiento de árbitro para dar cumplimiento al convenio arbitral. Ante un proceder así, claro, ajustado a la buena fe, la callada por respuesta, a juicio de esta Sala, no entraña una conducta acomodada al principio general del Derecho que es el deber de actuar conforme a la buena fe. La demandante pudo razonablemente pensar, visto el lapso transcurrido sin obtener respuesta, que la UTE se oponía a la designación de árbitro.

**CUARTO.**- Siendo procedente, pues, el nombramiento de un árbitro que decida, como árbitro único en Derecho, la controversia, el Tribunal, tal y como dispone el art. 15.6 LA, repara en lo expresamente manifestado por la actora en su escrito de demanda -la demandada nada precisa al respecto en el acto de la vista-, proponiendo la designación de un árbitro del Listado de la Corte de **Arbitraje** del ICAM, especialista en Derecho de la Construcción.

A tal efecto, la Sala, comenzando por la **letra Q** - *Resolución de 15 de marzo de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se publica el resultado del sorteo a que se refiere el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado. BOE nº 66, de 18.3.2019, pág. 26984*-, continúa de forma rigurosa, desde el último designado por este Tribunal, el orden de la lista remitida por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, ordenada alfabéticamente, y confecciona el siguiente elenco de árbitros, especializados en Derecho de la Construcción, para su posterior sorteo entre ellos de un árbitro titular y dos suplentes, a presencia de las partes y de la Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.6 de la vigente Ley de **Arbitraje**:

- **D. Eugenio Ribón Seisdedos**
- **D. Jesús Lorenzo Aguilar Sáenz**
- **D. Antonio Vicente Albanes Membrillo**

**QUINTO.**- Ha lugar a la expresa imposición de costas tanto por la estimación de la demanda ( art. 394.1 LEC), como por aplicación del art. 395.1, inciso final, LEC, habida cuenta de que, antes de presentada la demanda, se formuló a la demandada requerimientos fehacientes para que manifestara su voluntad acerca del nombramiento de árbitro; requerimientos que no consta fueran atendidos ni respondidos (la falta de respuesta de que habla la demanda no es negada por la actora, a quien competiría la carga de acreditar su contestación ex art. 217 LEC) ...

Ha de tenerse en cuenta que el Legislador, cuando establece con libertad normas sobre condena en costas, no atiende solo a un lícito fin general de naturaleza resarcitoria: el propósito de satisfacer los gastos que el proceso ha ocasionado a quien se revela vencedor en el mismo; atiende también, y en ocasiones muy acusadamente, al fin de preservar "el interés de la Justicia", cuya recta impartición y administración padecen cuando tienen lugar actuaciones procesales propiciadas por la mala fe o por la temeridad de una de las partes. Tal sucede, de modo muy destacado, cuando entra en juego la aplicación del art. 395.1, inciso final, LEC, que es de un tenor imperativo para el Tribunal -no deja margen de apreciación-, y que, a todas luces, atiende a un fin de orden público: reprobado la mala fe en el proceso de quien obliga a la contraparte a iniciar actuaciones judiciales que perfectamente pudieron haberse evitado o, de no ser así, haberse iniciado con acreditada buena fe por ambas partes, como es el caso de haber intentado ambas el acuerdo de designación aunque dicho intento no culminase con el éxito. En este sentido, lo pactado en la cláusula no excusa el demostrado silencio de la demandada frente al requerimiento pre-procesal efectuado por la actora para llegar a un acuerdo en cuanto al fondo -intento de conciliación- y, en su defecto, en la designación de árbitro...

Vistos los artículos de aplicación,

## FALLAMOS

1º) Estimar la demanda de designación de árbitro formulada por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Piñeira de Campos, en representación de SACYR CONSTRUCCIÓN, S.A.U., para dirimir, en Derecho, la controversia surgida con UTE VALORIZA GESTIÓN, S.A.-TÉCNICAS REUNIDAS, S.A., en relación con la reclamación de cantidad identificada en el primer expositivo de la demanda, confeccionando, según lo expuesto en el fundamento cuarto de esta Sentencia, la siguiente lista para el posterior nombramiento entre ellos, por sorteo, de un árbitro titular y de dos suplentes, a presencia de las partes y de la Sra. Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala:

- **D. Eugenio Ribón Seisdedos**
- **D. Jesús Lorenzo Aguilar Sáenz**



- **D. Antonio Vicente Albanes Membrillo**

2º) Con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Frente a esta resolución no cabe recurso alguno ( art. 15.7 Ley de Arbitraje).

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

**PUBLICACIÓN.-** Con fecha nueve de enero de dos mil veinte, firmada la anterior resolución es entregada en esta secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma y se expide certificación de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ