

Roj: **STSJ AND 2415/2024 - ECLI:ES:TSJAND:2024:2415**Id Cendoj: **18087310012024100010**Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**Sede: **Granada**Sección: **1**Fecha: **11/03/2024**Nº de Recurso: **9/2023**Nº de Resolución: **5/2024**Procedimiento: **Nulidad laudo arbitral**Ponente: **MIGUEL PASQUAU LIAÑO**Tipo de Resolución: **Sentencia****SENTENCIA N.º 5/2024.****EXCMO SR. PRESIDENTE**.....)

D. LORENZO DEL RÍO FERNÁNDEZ.....)

ILTMOS SRES. MAGISTRADOS.....)

D. ANTONIO MORENO MARÍN.....)

D. MIGUEL PASQUAU LIAÑO.....)

Asunto Civil 09/2023. Anulación de laudo

Ponente: Sr. Pasquau Liaño

En la ciudad de Granada a once de marzo de dos mil veinticuatro.

Vistos en única instancia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por el Excmo. Sr. Presidente y los lltmos. Sres. Magistrados al margen relacionados, los presentes autos acumulados de juicio verbal nº 9/2023, de anulación de laudo arbitral, siendo parte demandante y demandada, respectivamente, JAMENA CONSTRUCCIONES SL y doña Irene .

Ha sido Ponente para sentencia el **Ilmo. Sr. Don Miguel Pasquau Liaño**, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la representación procesal de JAMENA CONSTRUCCIONES SL se presentó demanda de juicio verbal contra doña Irene en solicitud de nulidad del laudo arbitral dictado con fecha 20 junio 2023 por los árbitros Sres. Souvirón de la Macorra, Maximino y Peláez Díaz

Segundo.- La demanda fue admitida a trámite por decreto de 11 octubre 2023, y contestada en plazo por la demandada, dándose a la actora el traslado previsto en el art. 42 1º b) de la Ley de **Arbitraje**. Al no admitirse más prueba que la documental, no se acordó la celebración de vista, quedando las actuaciones vistas para sentencia tras la deliberación de los integrantes de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se demanda por la actora la nulidad del laudo arbitral que apreció defectos constructivos y le condenó a una indemnización, esgrimiendo las siguientes causas.

Por un lado, falta de imparcialidad del árbitro designado por la demandada, Sra. Irene , por no haber informado de una circunstancia que comprometía su imparcialidad y estar incurso en causa de recusación, que fue intentada pero no apreciada por el tribunal arbitral.



En segundo lugar, por nulidad o ineficacia sobrevenida del convenio arbitral y del procedimiento arbitral, por no haberse admitido la intervención provocada de otros agentes constructivos responsables solidarios de los defectos en la construcción apreciados, lo que ha supuesto una indefensión a la hoy demandante en la medida en que el laudo dictado, al no haber participado dichos agentes en el procedimiento, no les será oponible en una acción judicial de repetición.

En tercer lugar, por tratarse de una materia no arbitrable, al basarse la reclamación en la responsabilidad establecida en la Ley de Ordenación de la Edificación, norma de carácter imperativo o indisponible, y no en la responsabilidad por incumplimiento contractual.

Finalmente, por vulnerar el orden público al incurrir en arbitrariedad, falta de lógica e irracionalidad en la solución y argumentación dada a alguna de las cuestiones objeto de la controversia.

Segundo .- Sobre la invocada falta de parcialidad del árbitro Sr. Maximino .

Afirma la demandante, y no lo niega la demandada, que el Sr. Maximino , árbitro designado por la Sra. Irene colabora en el mismo despacho de abogados que la pareja del abogado que, en defensa de la Sra. Irene , intervino en el procedimiento arbitral. A ello añade que el Sr. Maximino no puso esa circunstancia en conocimiento de las partes para que éstas valorasen la oportunidad de recusarlo, con infracción por tanto del artículo 17.2 de la Ley de **Arbitraje**.

Tal circunstancia, con todo, fue conocida por la aquí demandante durante la tramitación del procedimiento arbitral, quien instó la recusación del Sr. Maximino . La recusación fue rechazada por decisión de los otros dos árbitros integrantes del tribunal arbitral.

La existencia de una relación profesional (colaboración en un mismo despacho de abogados, sin que conste relación jerárquica entre ellos ni coincidencia en el asesoramiento o llevanza de algún asunto) del árbitro y de la pareja del abogado que representa a una de las partes es una circunstancia que bien podría haber sido puesta en conocimiento por el árbitro al ser designado, con la finalidad de informar a las partes. No es, sin embargo, por sí sola o en sí misma una circunstancia que permita razonablemente dudar de la imparcialidad del árbitro, pues no se trata de una relación con una de las partes, ni siquiera, al menos directamente, con su abogado. Para que tal circunstancia pudiera tener alguna relevancia habría sido preciso que la mercantil demandante aportase otros datos, hechos o informaciones que pudieran hacer sospechar la existencia de una intensa o íntima relación con el abogado que defiende a la parte que pudiera condicionar su criterio. La presunción, sin embargo, es que un abogado, de quien no se aporta información que comporte tacha alguna, cuando es designado árbitro actuará con imparcialidad, sin perjuicio de que la designación pueda ser motivada, como así ocurre habitualmente, por buenas referencias, en las que acaso pudo influir el hecho de que la letrada Claudia tuviera conocimiento de él por contactos profesionales.

Tal presunción, a falta de cualquier otro dato elocuente, no puede sustituirse por la presunción inversa propuesta por la demandante, según la cual al haber ocultado ese nexo o no haberlo puesto en conocimiento de las partes convierte en sospechoso dicho nexo. Esta Sala no encuentra argumento alguno para, vistos los argumentos ofrecidos por el tribunal arbitral para rechazar la recusación, corregir su decisión, por lo que este motivo debe desestimarse.

Tercero .- **Sobre las consecuencias de la denegación de la intervención provocada prevista en la disposición adicional 7ª de la Ley de Ordenación de la Edificación** .

Al igual que en el caso resuelto por esta Sala en su sentencia de 8 noviembre 2023, plantea la demandante el problema de las consecuencias de la inviabilidad de la intervención provocada de agentes de la construcción no firmantes del convenio arbitral, cuando la controversia trata sobre la determinación y cuantificación de la responsabilidad solidaria por defectos constructivos.

Está fuera de toda duda la idoneidad de dicha intervención provocada a fin permitir un tratamiento unitario y definitivo de la responsabilidad por defectos constructivos, y de facilitar la acción de regreso cuando es uno de los responsables solidarios a quien, por virtud de dicha solidaridad, se exige el pago íntegro de la indemnización, sin riesgo de resoluciones contradictorias.

Pero no menos clara está la premisa de que la intervención provocada de los agentes constructivos no puede hacerse efectiva en el procedimiento arbitral si tales agentes no han suscrito previa o sobrevenidamente el convenio arbitral, pues es obvio que no se les puede obligar a someterse de manera vinculante a la decisión de un árbitro (en cuya elección ni siquiera han participado) con privación de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Nadie puede resultar obligado a someter sus controversias a **arbitraje**, puesto que el **arbitraje** forzoso es inconstitucional, según doctrina constante del Tribunal Constitucional. Por tanto, cuando en el ámbito de los contratos de ejecución de obra se suscribe una cláusula de sumisión a **arbitraje** entre dueño



de la obra y constructora, sin adhesión a la misma de los demás agentes constructivos, el dueño de la obra sabe o debe saber que la reclamación sólo la puede dirigir en vía arbitral contra el contratista, y que si quiere dirigirse a los demás agentes constructivos habrá de hacerlo en vía judicial por separado (pese al carácter eventualmente solidario de la responsabilidad; y, del mismo modo, el contratista sabe o debe saber que con ese convenio arbitral está renunciando a dicha intervención provocada, pues forma parte de la esencia del **arbitraje** la sustitución de la norma procesal que rige el proceso jurisdiccional por las normas de procedimiento establecidas en la Ley de **Arbitraje**.

Ninguna cuestión de orden público está concernida en dicha renuncia. El único interés afectado es el propio de la constructora que voluntariamente suscribe el convenio arbitral en esas condiciones. En efecto, del mismo modo que la constructora puede llegar con la promotora, sin contar con la participación o aquiescencia de los demás agentes, a un pacto o acuerdo de liquidación de los daños con puros efectos *inter partes* (art. 1257 Cod. Civ), también puede someterse a **arbitraje** para su determinación en esas mismas condiciones, aceptando o debiendo aceptar que el laudo sólo vincule a las partes y no resulte oponible a terceros.

La privación de ese derecho, en definitiva, no es imputable al tribunal arbitral, ni tiñe el laudo de nulidad. El tribunal arbitral no podía obligar a terceros a que fuesen partes en un procedimiento arbitral acordados por la dueña de la obra y la constructora, y con el tribunal arbitral ya designado. Es claro que no ha habido, pues, privación de un derecho, sino renuncia válida al mismo.

Es cierto que ello puede comportar una desventaja para la empresa constructora, pues su acción de regreso se verá dificultada, en la medida en que los demás agentes constructivos contra quienes quiera dirigirla tendrán derecho a discutir la existencia y la cuantía de la responsabilidad. El laudo arbitral podrá servir como precedente, como título de legitimación activa para el ejercicio de una acción de recobro y también, sin duda, como referencia, pero no resultará ni vinculante ni oponible para los demandados en los eventuales procesos, quienes podrán defender sus posiciones sin verse limitados por el laudo. Pero como ya hemos dicho, se trata de consecuencias derivadas de la sumisión a **arbitraje**, que no comprometen su validez *ab initio* ni su eficacia, y que desde luego no resultan imputables a decisiones adoptadas por el tribunal arbitral.

Por último, no es atendible la alegación de la demandante (apartado 2.3 del escrito de demanda) de que el laudo sería nulo por no haberse respetado el procedimiento acordado por las partes, por cuanto las partes habían pactado, y así lo dispuso la Primera Orden Procesal, que sería de aplicación subsidiaria la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ni siquiera entendiendo que tal remisión abarcara a otras normas procesales del Derecho español, como es la disposición adicional 7ª LOE, habría infracción alguna, puesto que no puede aplicarse como subsidiaria una regla que es incompatible con la normativa de aplicación principal, que es la Ley de **Arbitraje**, completamente excluyente de un **arbitraje** forzoso.

Quinto .- Sobre la arbitrabilidad de la controversia al ser de aplicación el régimen de responsabilidades de la Ley de Ordenación de la Edificación, que tiene carácter imperativo.

Sostiene la demandante en el apartado 2.4 del escrito de demanda la tesis de que como la demanda arbitral se fundaba no en la responsabilidad contractual, sino en la responsabilidad solidaria *ex lege* establecida en la Ley de Ordenación de la Edificación, y puesto que ésta tiene carácter imperativo o de *ius cogens*, la materia o asunto no era de libre disposición ni por tanto arbitrable, por lo que concurriría la causa de nulidad del laudo prevista en el artículo 41.1.e) de la Ley de **Arbitraje**.

La pretensión no puede estimarse por las siguientes razones:

A) En primer lugar, porque parte de una confusión conceptual relativa al concepto de arbitrabilidad de la materia.

No puede confundirse el carácter disponible (y por tanto arbitrable) de la materia con el carácter dispositivo de las normas reguladoras de la misma. En gran cantidad de controversias habitualmente resueltas por **arbitraje** resultan de aplicación normas de carácter imperativo: un ejemplo claro lo constituyen las disputas en materia de relaciones entre profesionales y consumidores. En tales supuestos, el árbitro, tanto como el juez, incluso si se tratase de un **arbitraje** de equidad, deberá observar las normas imperativas, y su total desconocimiento o preterición podrá dar lugar a la nulidad del laudo, pero no por no tratarse de una materia no arbitrable, sino por vulneración del orden público, puesto que el árbitro, tanto como el juez, ha de contemplar y respetar las normas de *ius cogens*, sin perjuicio de su competencia para interpretarlas y aplicarlas de una manera u otra al caso que ha de resolver. Dicho de otro modo, la materia es arbitrable aunque resulten de aplicación normas imperativas, y en caso de una flagrante omisión o vulneración de una norma de derecho imperativo la nulidad derivaría del contenido del laudo, y no de la falta de arbitrabilidad de la materia.



En definitiva, lo no arbitrable no es lo regulado por normas de carácter imperativo, sino aquello que, por afectar a intereses supraindividuales no representados por las partes en el proceso, requerirían (en un proceso judicial) la presencia del Ministerio Fiscal.

En el presente caso, el hecho de que las partes no pudieran excluir válidamente, en el contrato, la aplicación del régimen legal de responsabilidades establecido en la LOE, no priva en absoluto a las partes, una vez surgida la controversia, de disponer libremente de las reclamaciones sobre existencia y cuantificación de la responsabilidad por vicios constructivos, pudiendo hacerlo mediante pacto transaccional o mediante **arbitraje**. Si nada impediría la validez de una renuncia de la dueña de la obra a la indemnización (una vez que es conocedora de los daños), ni el allanamiento a la reclamación por parte de la constructora, tampoco impide el **arbitraje**, entre otras cosas porque, insistimos, el laudo deberá observar y tener en cuenta las normas imperativas que resulten aplicables, cuya eficacia reguladora no puede ser excluida o descartada por actos de autonomía de la voluntad ni por tanto por el laudo como resultado de esos actos de autonomía. Es, pues, perfectamente posible someter a **arbitraje** asuntos reglados por normas de *ius cogens*. Lo que no cabría, al menos en el **arbitraje** nacional, sería incluir en el convenio arbitral la exclusión de la normativa imperativa aplicable (arts. 6.2 y 6.3 Código civil).

B) Por otra parte, el régimen legal de responsabilidad de la LOE *integra* el contenido del contrato de ejecución de obras y delimita, junto con el resto de cláusulas del contrato, el alcance de las obligaciones *contractuales* de las partes, como se desprende inequívocamente del artículo 1258 CC, según el cual el contrato no obliga sólo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que del mismo se derivan conforme a su régimen legal. La responsabilidad por vicios constructivos, cuando la controversia lo es entre dueño de la obra y constructor, tiene naturaleza contractual, pues se trata de un incumplimiento de las obligaciones del constructor y los daños se producen con ocasión de la ejecución del contrato. Las partes no podrán modificar en el clausulado del contrato algunos aspectos del régimen legal de responsabilidad por vicios constructivos, pero ese régimen legal *integra* el contrato, tanto como, por ejemplo, el derecho de prórroga a favor del arrendatario de vivienda *integra*, se mencione o no, el contrato de arrendamiento.

Al margen de esta consideración general, la estipulación segunda del contrato hace una remisión a la normativa y disposiciones legales referidas a la ejecución de obras (entre las que obviamente se encuentra la LOE), integrándolas dentro de la obligación asumida por la constructora, y en la estipulación quinta, párrafo primero, se especifica que la aprobación de las obras por la Dirección facultativa no eximirá a la constructora de "sus responsabilidades ante vicios ocultos no observados en el momento de su aprobación que sean consecuencia de defectuosa ejecución", lo que confirma, como no puede ser de otro modo, la contractualización del esquema legal de responsabilidades por defectos de construcción establecido legalmente.

C) Por último, la hoy demandante no opuso en el procedimiento arbitral objeción alguna a la arbitrabilidad de la materia.

Sexto .- Sobre la vulneración del orden público por arbitrariedad del laudo.

En el apartado 2.5 de la demanda se fundamenta la petición de anulación del laudo en su carácter arbitrario, ilógico e irracional.

Basa la demandante su pretensión en dos consideraciones: en primer lugar, que el laudo estima una pretensión indemnizatoria por los vicios y defectos constructivos en vez de a una subsanación o reparación, como se derivaría del principio de preferencia de la reparación *in natura* frente a la indemnización o compensación por el equivalente, lo que comporta perjuicio para la demandada, que no ha podido acometer por sí misma las obras de reparación con el consiguiente ahorro de costes. En segundo lugar, que la indemnización, pese a tratarse de obras de reparación ya efectuadas en algún caso, no está fijada en función de facturas, sino de presupuestos.

Por lo que se refiere al principio de reparación *in natura*, carece de la trascendencia de "orden público" que quiere atribuirle la demandante. En un contexto de crisis del contrato, de desavenencias entre las partes en la liquidación de la obra y de falta de respuesta acordada sobre qué obras compete corregir por parte de la constructora, no es irrazonable en absoluto reconocer al dueño de la obra un derecho al cobro de la indemnización resultante de valorar la merma del valor de la obra respecto del que tendría en caso de correcta ejecución, o de valorar el coste de reparación. Tal es, en síntesis, la motivación dada en el laudo para justificar esta forma de reparación: "En la medida en que las diferencias entre las partes devinieron en insalvables, la reparación *in natura* queda descartada, por lo que la eventual compensación a favor de la demandante debe adoptar la forma de reparación por equivalencia" (pg. 14 del laudo). La constructora pudo proceder voluntariamente a la reparación por su cuenta de los defectos, o de algunos de ellos; al no hacerlo, la dueña de la obra podía optar entre exigirle la reparación *in natura* (acción de cumplimiento) o una indemnización por el equivalente, sin que ello comprometiera ningún principio o regla de orden público.



Y en lo que se refiere a la falta de presentación de facturas respecto de algunas reparaciones ya efectuadas y el cálculo de la indemnización basado en presupuestos e informes técnicos, es también lógico y razonable la motivación ofrecida en el laudo (pg. 23): "Ciertamente, ni la parte demandante aportó junto con su demanda las facturas de tales trabajos ni tampoco los peritos del COA las incluyeron como documentos soporte de su pericia, lo que hubiera permitido a este colegio cotejar el coste exacto de tales trabajos. Ahora bien, en un momento posterior del **arbitraje** se propuso por la demandante [es decir, la dueña de la obra] que este colegio requiriera a los citados peritos la aportación de tales facturas, a lo que se opuso la parte demandada".

La falta de aportación de facturas, no subsanada tardíamente por oposición de la constructora allí demandada, no comporta la pérdida del derecho a la indemnización, habida cuenta de que, probados los defectos constructivos, existen fórmulas alternativas para valorar el coste, como son los informes periciales que se practicaron. Si la constructora impidió la aportación extemporánea de las facturas fue, entonces, porque prefirió este otro medio de prueba, a menos que, erróneamente, partiera de la premisa de que la inexistencia de facturas generaba un vacío probatorio insustituible.

Cuarto .- La demanda, por tanto, ha de desestimarse íntegramente, con la consiguiente imposición a la demandante de la condena al pago de las costas causadas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, actuando como Sala de lo Civil, dicta el siguiente

FALLO

Que, **desestimamos íntegramente** la demanda formulada por JAMENA CONSTRUCCIONES SL contra Doña Irene , en solicitud de nulidad del laudo arbitral dictado con fecha 20 junio 2023 por los árbitros Sres. Souvirón de la Macorra, Maximino y Peláez Díaza, con imposición a la demandante de la condena al pago de las costas.

Notifíquese la presente sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente rollo de esta Sala, a las partes.

Así por esta sentencia, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.

En Granada, a 11 de marzo de dos mil veinticuatro. La pongo yo, la Letrada de la Administración de Justicia, para hacer constar que la Sentencia Civil de fecha de hoy, es entregada en este órgano judicial, uniéndose certificación literal al procedimiento de su razón, incorporándose el original al legajo correspondiente, estando registrada con el número 5 de 2024. La presente Sentencia es pública. Doy fe.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."