



Roj: **STSJ M 5177/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:5177**

Id Cendoj: **28079310012017100052**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/05/2017**

Nº de Recurso: **95/2016**

Nº de Resolución: **35/2017**

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: 28.079.00.2-2016/0213250

RFª.- NOMBRAMIENTO DE ARBITRO. Juicio verbal nº 95/2016

Demandante: FIBRATEL ANDALUCÍA, S.L.

Procurador: Dª. Noemí Jurado Lapeña.

Demandado : ISOLUX INGENIERÍA, S.A.

Procurador: D. Miguel Ángel Heredero Suero.

SENTENCIA N° 35/2017

Excmo. Sr. Presidente:

D. Francisco Javier Vieira Morante

Ilma. Sra. Magistrada Doña Susana Polo García

Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a 16 de mayo del dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por medio del Registro General de este Tribunal Superior de Justicia ha sido turnada a esta Sala el día 22.12.2016 demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Noemí Jurado Lapeña, en representación de FIBRATEL ANDALUCÍA, S.L., que tuvo entrada el día 23/12/2016 y número de registro general 95/2016, en cuya virtud solicitó el nombramiento judicial de árbitro para dirimir, en equidad, la controversia surgida con ISOLUX INGENIERÍA, S.A., por incumplimiento del *Subcontrato de obra PC16720400*, suscrito el 20 de enero de 2012: en concreto, delimita FIBRATEL la controversia en el hecho segundo de su demanda, identificando el impago de ciertas facturas por ella libradas tras la realización de las obras contratadas; de otro lado, reprocha a ISOLUX que no haya procedido al reintegro de retenciones practicadas en garantía del cumplimiento del *Subcontrato de obra, pese a haber transcurrido más de un año desde la finalización de los trabajos facturados*. En el suplico de su demanda solicita asimismo la celebración de vista y la condena en costas de la demandada.

SEGUNDO .- Por Decreto de la Sra. Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala de fecha 27 de diciembre de 2016 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 demandada por diez días hábiles, con traslado de la demanda y documentación acompañada, al efecto de que conteste a la misma.

TERCERO .- ISOLUX INGENIERÍA, S.A., contesta a la demanda mediante escrito presentado en este Tribunal Superior en fecha 19 de enero de 2017, por el que, sin pronunciarse sobre la celebración de vista, solicita la desestimación de la demanda y la condena en costas de la actora por temeridad al litigar.

CUARTO .- Teniéndose por contestada la demanda (DIOR 23.01.2017) y habiendo solicitado la actora la celebración de vista - art. 438.4 LEC -, se señala la misma para el día 21 de febrero, a las 10:00 horas (DIOR 03.02.2017).

QUINTO .- El día 21 de febrero de 2017 tiene entrada en esta Sala escrito presentado por Lexnet el día anterior en que ambas partes solicitan la suspensión del procedimiento por un plazo de 30 días al estar en vías de solucionar extrajudicialmente la controversia, ante lo cual se acuerda la suspensión de la vista señalada, accediéndose asimismo a la paralización del curso del procedimiento en los términos impetrados (Decreto de 21.02.2017).

SEXTO .- Por escrito presentado el día 21 de abril de 2017 la representación de FIBRATEL ANDALUCÍA, S.L., interesa la reanudación del presente procedimiento y el señalamiento de nueva vista, a lo que se accede por DIOR de 26.04.2017, que acuerda la celebración de la vista el día 16 de mayo de 2017, a las 10:00 horas, en que tuvo lugar.

SÉPTIMO .- Al amparo de lo dispuesto en el art. 183.2 en relación con los apartados 5º y 6º del art. 188.1, ambos de la LEC, se deniega la suspensión de la vista que interesa la representación de ISOLUX INGENIERÍA, S.A., en su escrito presentado el día 4 de mayo de 2017, con entrada en esta Sala el siguiente día 8 (DIOR 08/05/2017), debiendo estarse a lo acordado en la DIOR de 26 de abril de 2017.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande (Decreto 27.12.2016), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretende la demandante el nombramiento de árbitro único que solvente, en equidad, la controversia surgida con ISOLUX por el impago de facturas y el no reintegro de retenciones practicadas en garantía del precitado *Subcontrato de obra nº PC16720400, suscrito el 20 de enero de 2012, todo ello en los términos que detalla en el hecho segundo de su demanda.*

Invoca FIBRATEL ANDALUCÍA, S.L., la estipulación 18ª del referido Subcontrato, que literalmente dice:

Para la resolución de cualquier incidencia, divergencia o cuestión litigiosa relacionada con la validez, eficacia, interpretación, ejecución o incumplimiento de cualquiera de las estipulaciones del presente contrato, las partes se someten a un **arbitraje** de equidad que se sustanciará conforme a la Ley 60/2003, de **Arbitraje**.

El **arbitraje** de equidad se realizará por un Ingeniero Superior de Caminos, Canales y Puertos insaculado del listado del Colegio de Ingenieros Superiores de Caminos, Canales y Puertos, demarcación de Madrid, obligándose ambas partes a cumplir tanto las resoluciones interlocutorias como el laudo que finalmente se dicte.

El árbitro deberá ser un profesional con más de diez años de ejercicio profesional y deberá comprometerse al aceptar el cargo que (*sic*) sus honorarios no podrán exceder del tres por ciento (3%) del precio de las partidas de este contrato cuestionadas.

Los honorarios y gastos de **arbitraje** serán abonados por mitad, salvo que el laudo condene exclusivamente a una de las partes, en cuyo caso serán de cargo de ésta en su totalidad.

Señala además la actora -hecho tercero- que han resultado infructuosas cuantas gestiones amistosas ha llevado a efecto con ISOLUX para conseguir el pago de lo adeudado y, en su caso, designar un árbitro que resuelva la controversia en equidad. Precisa, sobre este particular, que requirió fehacientemente a ISOLUX el 10 de diciembre de 2015, con recepción al día siguiente y sin haber obtenido respuesta alguna, para que, en el plazo de diez días naturales pagase lo que estima debido o, en su defecto, "*para que manifestara de forma fehaciente y en el mismo plazo de diez días naturales, a partir del día siguiente a la recepción del presente burofax, su voluntad expresa de solicitar al Colegio de Ingenieros Superiores de Caminos, Canales y Puertos, demarcación Madrid, u órgano equivalente, la elección por insaculación de un árbitro de equidad para resolver la controversia reseñada, consistente en un ingeniero superior de caminos, canales y puertos del listado del Colegio..., con más de diez años de ejercicio profesional, debiéndose comprometer, al aceptar el cargo, a que sus*



honorarios no podrán exceder del 3% del precio de las partidas de este contrato cuestionadas... Transcurrido tal plazo, entenderíamos su negativa a la designación consensuada del árbitro de equidad, lamentando comunicarle la obligación de solicitar judicialmente el nombramiento de tal árbitro de equidad".

En acreditación de estas manifestaciones acompaña la demandante, como docs. 18 y 19, certificación del texto original del burofax de 10 de diciembre de 2015, y el acuse de recibo de su recepción el siguiente día 11.

En su contestación, ISOLUX entiende que el convenio arbitral evidencia que las partes consensuaron un procedimiento para la designación del árbitro. A partir de esta realidad, estima que " *la cuestión controvertida en el presente procedimiento es tan solo determinar si la parte demandante, dando cumplimiento al convenio arbitral, solicitó al Colegio de Ingenieros la insaculación del correspondiente árbitro y por causas ajenas a la actora dicha insaculación no hubiera tenido lugar, ya que tal y como establece el artículo 8 (sic) LA, es única y exclusivamente en este caso cuando resultaría procedente que la actora acudiera a este Tribunal*". Y, al respecto, añade la demandada, que " *en relación a la citada cuestión controvertida, la actora nunca ha llegado a acreditar la presentación de esta solicitud ante el Colegio de Ingenieros, lo que unido a la total ausencia de prueba en tal sentido no puede sino inducir a pensar que la actora nunca ha presentado solicitud alguna ante la mencionada Institución*".

En consecuencia, como ya se ha reseñado, ISOLUX postula la desestimación de la demanda y la condena en costas de la actora por temeridad al litigar, habida cuenta de que no concurriría el presupuesto al que la Ley de **Arbitraje** supedita el nombramiento jurisdiccional del árbitro, a saber: que tal designación no haya sido posible a través del procedimiento acordado por las partes

En el acto de la vista, las partes se ratifican íntegramente en sus escritos de demanda y de contestación. Proponen como prueba, y la Sala admite, la documental que acompañan a sus respectivos escritos de alegaciones.

SEGUNDO .- Como señala la demandada, 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 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*.

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, este Tribunal debe limitarse a comprobar, mediante el examen de la documentación aportada, la existencia o no del convenio arbitral suscrito por las partes; si se ha pactado un procedimiento de designación de árbitro que no haya podido culminar con el nombramiento; y, en su caso, 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 pactado o legalmente establecido para la designación: en estas circunstancias, el Tribunal ha de proceder al nombramiento imparcial de los árbitros, caso de haberse convenido la sumisión a **arbitraje** (v.gr., Autos nº 109/2.011, de 9 de diciembre - y nº 21/2012, de 14 de marzo, y, entre muchas, Sentencia 59/2015, de 21 de julio, de esta Sala Civil y Penal TSJ Madrid)), 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).



TERCERO .- En este caso se constata que, en efecto, el *Subcontrato de obra n° PC16720400* contiene una cláusula de sumisión a **arbitraje** - estipulación 18ª- en los términos *supra* transcritos.

La referida cláusula compromisoria indica, *prima facie*, la voluntad de las partes de someterse a **arbitraje**, y lo hace conforme establece el artículo 9 de la vigente Ley de **Arbitraje**, esto es, adoptando la forma de cláusula incorporada a un contrato y expresando 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.

Ahora bien; lo primero que se ha de decir es que la cláusula en absoluto prevé un **arbitraje** institucional: no se encomienda la gestión o administración del **arbitraje** a entidad o Corte de **Arbitraje** de ninguna clase: simplemente se dice que el **arbitraje** se realizará por un Ingeniero insaculado del listado del Colegio correspondiente. La cuestión, en abstracto considerada, es de importancia porque, como esta Sala ha sostenido con reiteración -recientemente en nuestra Sentencia 47/2016, de 14 de junio (*autos n° 23/2016* -, si la sumisión lo fuera a **arbitraje** institucional es evidente que, salvo casos extremos -como el analizado en la Sentencia de esta Sala de 10 de mayo de 2016, *autos n° 94/2015* -, correspondería a la institución convenida la designación del árbitro, y no desde luego a este Tribunal.

A partir de aquí, sí es cierto, como señala ISOLUX, que el convenio prevé un procedimiento de designación de árbitros, cuando dice que "el **arbitraje** de equidad se realizará por un Ingeniero Superior de Caminos, Canales y Puertos insaculado del listado del Colegio de Ingenieros Superiores de Caminos, Canales y Puertos, demarcación de Madrid". La Sala conviene en que esta previsión evidencia que las partes han acordado lo que puede ser calificado como un procedimiento para la designación de árbitros, cuya estricta observancia podía requerir instar la actividad pertinente del referido Colegio profesional. En el bien entendido de que la cláusula no deja claro quién ha de realizar la insaculación, pudiendo entenderse, con arreglo al principio de buena fe -que habremos de volver a invocar- que los firmantes del convenio, obtenida del Colegio la lista correspondiente, puedan proceder ellos mismos al sorteo por insaculación... Desde luego lo que no es exigible es que una sola de las partes, sin contar con la otra, realice dicha insaculación o se vea en la necesidad, por ejemplo, de acudir a un fedatario que autentique la misma.

Cumple hacer estas precisiones porque la demandada ha negado la concurrencia del presupuesto de la acción de designación -que no haya sido posible nombrar árbitro por el procedimiento pactado.

También conviene recordar que, a diferencia de lo que ha sucedido en otros supuestos enjuiciados por este Tribunal, en que en el acto de la vista la demandada se ha allanado a la solicitud de nombramiento de árbitro, aquí no se da tal circunstancia: ISOLUX sostiene con firmeza la falta del presupuesto de hecho legalmente previsto para la estimación de la demanda.

La Sala constata un extremo de la mayor relevancia: a diferencia del caso resuelto en nuestra Sentencia 45/2016, de 31 de mayo de 2016 (*autos n° 19/2016*), la aquí demandante no se ha limitado a reclamar con anterioridad a su demanda las cantidades que juzga debidas, ha hecho algo más a lo que esta Sala ha conferido en repetidas ocasiones la debida trascendencia -recientemente, en la S. 51/2016, de 5 de julio (autos n° 37/2016): se ha dirigido a ISOLUX con la intención expresa y clara de iniciar el procedimiento de nombramiento de árbitro dando cumplimiento a la cláusula, y lo ha hecho en un entendimiento de la misma cabal y conforme a su tenor. No de otra manera cabe entender su requerimiento de que "*ISOLUX manifestara de forma fehaciente y en el mismo plazo de diez días naturales, a partir del día siguiente a la recepción del presente burofax, su voluntad expresa de solicitar al Colegio de Ingenieros Superiores de Caminos, Canales y Puertos, demarcación Madrid, u órgano equivalente, la elección por insaculación de un árbitro de equidad para resolver la controversia reseñada*", señalando, al propio tiempo, que, de no recibir noticias, acudirá a los tribunales en demanda de nombramiento de árbitro.

Ante un proceder así, claro, ajustado a la buena fe, la callada por respuesta no es una conducta acomodada a este principio general del Derecho. Si ISOLUX estimaba que lo procedente era dirigirse al Colegio de Ingenieros evitando una actuación judicial que reputaba innecesaria, debió decirlo así: pero su silencio pudo perfectamente ser interpretado, conforme a recta razón, como un silencio renuente al cumplimiento del convenio. La Sala entiende, pues, que concurre el presupuesto legal de la designación judicial de árbitros previsto en el art. 15.3 LA.

CUARTO.- Siendo procedente el nombramiento de un árbitro que decida, como árbitro único de equidad, la controversia, el Tribunal, tal y como dispone el art. 15.6 LA, atiende a lo expresamente pactado en la cláusula 18ª del *Subcontrato de obra n° PC16720400* sobre los requisitos que ha de reunir el árbitro designado: un Ingeniero Superior de Caminos, Canales y Puertos insaculado del listado del Colegio de Ingenieros Superiores de Caminos, Canales y Puertos, demarcación de Madrid, con más de diez años de ejercicio profesional, que



se comprometa, al aceptar el cargo, a que sus honorarios no excedan del tres por ciento (3%) del precio de las partidas cuestionadas.

A tal efecto, la Sala, comenzando por la letra Ñ - *Resolución de 18 de abril de 2017, 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 94, de 20.4.2017, pág. 30675* -, continúa de forma rigurosa, desde el último designado por este Tribunal, el orden de la lista remitida por el Ilustre Colegio Ingenieros Superiores de Caminos, Canales y Puertos de Madrid, ordenada alfabéticamente, y confecciona el siguiente elenco de árbitros, 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. JOSÉ LUIS RIPOL GARCÍA

D. ÁNGEL SAMPEDRO RODRÍGUEZ

D. RAFAEL D. SAN GABINO ORTIZ

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 requerimiento fehaciente de pago y, sobre todo, se la requirió para que manifestara su voluntad acerca del nombramiento de árbitro en los términos del convenio -docs. 18 y 19 de los que acompañan a la demanda-, 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: reprobando 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 en reclamación de pago y, en su defecto, de apremio para llegar a un acuerdo en la designación de árbitro...

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

1º) Estimar la demanda de designación de árbitro formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Noemí Jurado Lapeña, en representación de FIBRATEL ANDALUCÍA, S.L., para dirimir, en equidad, la controversia surgida con ISOLUX INGENIERÍA, S.A., respecto del cumplimiento del *Subcontrato de obra nº PC16720400* , 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 Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala:

D. JOSÉ LUIS RIPOL GARCÍA

D. ÁNGEL SAMPEDRO RODRÍGUEZ

D. RAFAEL D. SAN GABINO ORTIZ

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.