



Roj: **STSJ M 2486/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:2486**

Id Cendoj: **28079310012018100039**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2018**

Nº de Recurso: **3/2018**

Nº de Resolución: **13/2018**

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: 28.079.00.2-2018/0011267

RFª.- NOMBRAMIENTO DE ARBITRO. Juicio verbal nº 3/2018

Demandante: D. Alvaro .

Procurador/a: Dª. María Cristina Méndez Rocasolano.

Demandado : SERVICIOS FINANCIEROS GOLD, S.L.

En rebeldía

SENTENCIA N° 13/2018

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 13 de marzo del dos mil dieciocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 30 de enero de 2018 la Procuradora de los Tribunales Dª. Cristina Méndez Rocasolano, en representación de D. Alvaro , presentó demanda en cuya virtud solicitó el nombramiento judicial de árbitro para dirimir, en equidad, la controversia surgida con SERVICIOS FINANCIEROS GOLD, S.L., por incumplimiento de los contratos de préstamo suscritos el 8 de febrero y el 8 de septiembre de 2013, así como del contrato de préstamo, pactado verbalmente, el 16 de junio de 2016. En el suplico de su demanda solicita asimismo que la designación del árbitro, con sus respectivos suplentes, se haga de entre los pertenecientes a la lista facilitada por el Ilustre Colegio de Abogado de Madrid. Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO .- Por Decreto de la Sra. Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala de fecha 2 de febrero de 2018 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 .- Habiendo transcurrido el plazo concedido a la parte demandada, SERVICIOS FINANCIEROS GOLD, S.L., para que conteste a la demanda, sin que haya comparecido en el presente procedimiento, en forma ni plazo, en virtud del art. 496.1 LEC, se tiene por precluido el trámite de contestación y se declara en rebeldía a la parte demandada, con los apercibimientos legales por DIOR de 28 de febrero de 2018.

CUARTO .- Quedando los autos conclusos para Sentencia, se señala para deliberación del presente procedimiento el día 13 de marzo de 2018 (DIOR 28.02.2018).

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande (Decreto 02.02.2018), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Pretende el demandante el nombramiento de árbitro único que solvente, en equidad, la controversia surgida con SERVICIOS FINANCIEROS GOLD, S.L., por el incumplimiento de los contratos de préstamo supra referenciados, aduciendo que desde el mes de febrero de 2017 la mercantil demandada no atendido a su obligación de liquidar los intereses pactados.

Invoca el actor la estipulación 6ª de los Contratos de Préstamo de 8 de febrero y 8 de septiembre de 2013 -cuya copia acompaña como **docs. nº 2 y 3** -, que literalmente dice:

" *Cualquier cuestión que surja entre las partes sobre la interpretación o el cumplimiento del presente contrato será sometida a un **arbitraje** de equidad con arreglo a las normas que regulan este tipo de procedimiento*".

Señala además la parte actora -hecho segundo- que han resultado infructuosas cuantas gestiones amistosas ha llevado a efecto con SERVICIOS FINANCIEROS GOLD 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 dicha mercantil mediante burofax fechado el 4 de diciembre de 2017, recibido siguiente día 7 - **doc. nº 6** -, para que abonase los intereses debidos, proponiendo, " *en caso de disconformidad, y con arreglo a lo estipulado en la cláusula sexta de los contratos, se designe como árbitro de equidad a uno de los Letrados del ICAM que por insaculación o turno corresponda, debiendo abonarse sus honorarios por usted y el abajo firmante en el modo establecido por la normativa sectorial correspondiente*". En dicho burofax se otorgaba un plazo de treinta días a la contraparte " *antes de iniciar las acciones legales que en Derecho procedan*". Refiere la demanda que los expresados requerimientos fehacientes -de cumplimiento contractual y, en su caso, de nombramiento de árbitro- no han merecido respuesta alguna de SERVICIOS FINANCIEROS GOLD.

Matiza, no obstante, la propia demandante (FJ V.1) que puede existir la duda de si el convenio abarca el préstamo pactado verbalmente el 11 de junio de 2016 -acompaña como **docs. 4 y 5** justificante de transferencia por su importe, 15.000 euros-. Entiende, al respecto, que dicho contrato estaría sometido también a **arbitraje**, dado que en los contratos de 8 de febrero y 8 de septiembre de 2013 se incluyó el convenio arbitral a instancia de la parte demandada -que es quien lo habría redactado... De ahí que en el burofax supra indicado se solicitase nombramiento de árbitro que dirima la disputa en relación con los tres contratos, sin que el demandado haya mostrado su oposición y resultando, por tanto, aplicable el art. 9.5 LA. Y ello sin perjuicio, añade la actora, de que en caso de negativa se reserve su derecho a ejercitar las acciones legales que correspondan ante la Jurisdicción Ordinaria.

SEGUNDO .- El artículo 15 de la vigente Ley de **Arbitraje**, en su apartado 3 -invocado por el demandante-, 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 y 66/2017** : " *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.

Dado el ámbito limitado de nuestro enjuiciamiento en esta clase de procesos, no corresponde a este Tribunal pronunciarse acerca de si puede entenderse existente convenio arbitral en el contrato que se dice celebrado verbalmente el 11 de junio de 2016. Habrá de ser el árbitro, en el ejercicio de la competencia que le asiste ex art. 22 LA, quien, en un primer término, resuelva acerca de la existencia de tal convenio -y ello sin perjuicio, claro está, de lo que las partes puedan convenir al respecto. Solo en su día, mediante la acción de anulación que eventualmente se ejercite, habrá de analizar esta Sala -o la territorialmente competente- dicha cuestión.

TERCERO.- En definitiva: acreditada por la documental aportada a la causa la existencia de los *Contratos de 8.2.2013 y 8.09.2013* mencionados en el fundamento primero de esta Sentencia, se constata que, en efecto, su pacto 6º contiene un convenio de sumisión a **arbitraje** en los términos *supra* reseñados.

La referida cláusula compromisoria indica claramente 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 equidad de "*cualquier cuestión que surja entre las partes sobre la interpretación o el cumplimiento del presente contrato*" -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, sin entrar a decidir otras cuestiones, puesto que el actor cumplió escrupulosamente con el requisito material de



la acción a que hemos hecho referencia: consta acreditado que remitió un burofax a la demandada el día 5 de diciembre de 2017 -fechado el día 4-, recibido el siguiente día 7, con un contenido del todo inequívoco. 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. El demandante pudo razonablemente pensar, visto el lapso transcurrido sin obtener respuesta, que la demandada se oponía a la designación de árbitro.

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

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 de Abogados de Madrid, ordenada alfabéticamente, y confecciona el siguiente elenco de árbitros, especializados en Derecho de contratos, 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. GABRIEL OCHOA DELGADO.

D^a RAQUEL OCHOA DELGADO.

D. RICARDO OLAGUE NEGUERUELA.

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 -doc. 6 de los que acompañan a la demanda-, que no consta fuera atendido ni respondido (la falta de respuesta de que habla la demanda no es negada por la actora, en rebeldía, 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. María Cristina Méndez Rocasolano, en representación de D. Alvaro , para dirimir, en equidad, la controversia surgida con SERVICIOS FINANCIEROS GOLD, S.L., respecto del cumplimiento de los Contratos de Préstamo de 8 de febrero de 2013, 8 de septiembre y 11 de junio de 2016, 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. GABRIEL OCHOA DELGADO.

D^a RAQUEL OCHOA DELGADO.

D. RICARDO OLAGUE NEGUERUELA.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ