



Roj: **STSJ M 2489/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:2489**

Id Cendoj: **28079310012018100040**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2018**

Nº de Recurso: **89/2017**

Nº de Resolución: **12/2018**

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: 28.079.00.2-2017/0223836

RFª.- NOMBRAMIENTO DE ARBITRO. Juicio verbal nº 89/2017

Demandante: PURATEK ANLAGENTECHNIK GMBH

Procurador/a: Dª. María Granizo Palomeque.

Demandado : NUSIM, S.A.

Procurador/a: D. Francisco José Abajo Abril.

SENTENCIA N° 12/2018

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.- Por medio de Lexnet el 29 de diciembre de 2017 y por el Registro General de este Tribunal Superior de Justicia con fecha del mismo día 29 tiene entrada en esta Sala la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Dª. María Granizo Palomeque, en representación de PURATEK ANLAGENTECHNIK GMBH. (en adelante, PURATEK), en cuya virtud solicita el nombramiento judicial de árbitro, en los términos que se indicarán, que dirima, en equidad, la controversia surgida con la mercantil NUSIM, S.A., por incumplimiento del Contrato de 29 de octubre de 2014 -PURCHASE ORDER 2015-0919-NG-RR-528-, por el que la actora se obliga al diseño, fabricación y suministro de determinadas mercaderías a la mercantil demandada -se acompaña copia del meritado contrato y de traducción jurada del mismo como **docs. 1 y 2** de la demanda.

SEGUNDO .- Por Decreto del Sr. Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala de fecha 15 de enero 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 .- NUSIM contesta a la demanda mediante escrito presentado vía lexnet en fecha 2 de febrero de 2018 en el que interesa se dicte Sentencia " *que desestime las pretensiones de la demandante*", designe como Árbitro único a D. Ignacio Javier Coloma Garrido o, en su defecto, proceda a la designación por el procedimiento previsto en el art. 15.6 LA, de entre la Lista de Árbitros pertenecientes a la Corte del ICAM, sin expresa condena en costas.

CUARTO .- Mediante Diligencia de Ordenación de 6 de febrero de 2018 se tiene por contestada la demanda y, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 438.4 LEC , se da el preceptivo traslado a la actora, quien solicita ex profeso la celebración de vista -escrito presentado el 13.02.2018.

QUINTO .- Se señala el acto de la vista para el día 13 de marzo de 2018, a las 10:00 horas (DIOR 22.02.2018); celebrada en el día y hora indicados, quedaron los autos conclusos para deliberación y fallo.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande (Decreto de 15.01.2018), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Sostiene la demandante -hecho tercero- que en el desarrollo del referenciado Contrato de 29 de octubre de 2014 han surgido controversias sobre su cumplimiento que, no habiendo podido ser resueltas de forma extrajudicial, hacen necesario iniciar la vía arbitral, tal y como dispone la cláusula 26ª del Contrato, que, bajo la rúbrica **ARBITRAJE** , es del siguiente tenor:

"Todas las disputas y discrepancias de la naturaleza que sean entre COMPRADOR y VENDEDOR por motivo de interpretación o cumplimiento de la OC - orden de compra - se resolverán por medio de un arbitraje de equidad de acuerdo con la disposición de la Ley Española sobre Arbitraje Privado".

"En el caso de un arbitraje conforme a las reglas del procedimiento judicial, el COMPRADOR y el VENDEDOR se someten a los Tribunales Judiciales de Madrid renunciando expresamente a todos los derechos de jurisdicción en otro lugar".

No habiéndose acordado por las partes ni el número de árbitros ni el procedimiento a seguir para su designación, la actora da cuenta de que el 30 de junio de 2017 remitió comunicación fehaciente a NUSIM - burofax entregado el 3 de julio siguiente, cuya copia adjunta, junto con su traducción, como **docs. 3 y 4** -, en virtud del cual, instando respuesta en el plazo de 7 días desde su recepción, se proponía, en primer lugar, la renuncia de común acuerdo al **arbitraje**, dada la falta de precisión de la cláusula; en su defecto, PURATEK instaba el sometimiento a la Corte de **Arbitraje** de la Cámara Oficial de Comercio de Murcia. Para el caso de que tales propuestas fuesen rechazadas, de acuerdo con lo previsto en la Ley 60/2003, de **Arbitraje**, PURATEK sugería la designación como árbitro de D. JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, al tiempo que interesaba de NUSIM el nombramiento de otro árbitro de su elección en el plazo de treinta días para que, entre ambos, eligiesen un tercero, como medida para garantizar la imparcialidad del órgano dirimente. Se advertía en este documento que, en caso de no recibir respuesta, procederían a incoar las correspondientes acciones legales.

Añade la demanda que al anterior requerimiento contestó la parte demandada mediante burofax recibido el 19 de julio de 2017 - **doc. nº 5** de la demanda- en el que no se aceptaban las anteriores propuestas -sumisión a la Corte de **Arbitraje** de la Cámara de Comercio de Murcia ni el árbitro sugerido por PURATEK-, proponiendo como Árbitro Único a D. IGNACIO COLOMA GARRIDO. Igualmente indicaba NUSIM que el **arbitraje** habría de resolverse en idioma español, con arreglo a la Ley española y, con carácter supletorio, conforme a las reglas de la Corte de **Arbitraje** del Colegio de Abogados de Madrid.

Relata la actora que, no conforme con las propuestas formuladas de contrario, remitió nuevo burofax el 21 de julio de 2017 -que acompaña, con su traducción, como **docs. 6 y 7** - rechazando como árbitro al Sr. Coloma Garrido, negando el sometimiento del **arbitraje** a las reglas de la Corte de **Arbitraje** del ICAM y recordando que, de acuerdo con la cláusula 20ª del Contrato litigioso, el idioma previsto para las relaciones entre las partes era el inglés y que, en consecuencia, tal había de ser el del **arbitraje**.

A la vista de estos hechos, la demandante invoca los arts. 12 y 15 de la LA y entiende que procede el nombramiento de un solo árbitro, debiendo la persona designada tener la condición de jurista -pese a a tratarse de un **arbitraje** de equidad-, dada la naturaleza de la controversia, amén de un perfecto conocimiento del idioma inglés y, en su caso, ostentar nacionalidad distinta de la de ambas partes.

Literalmente, la demanda suplica:

1º) *El nombramiento como árbitro de DON JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Murcia y del Máster de Comercio Exterior de la Facultad de Derecho*



de la Universidad Carlos III de Madrid, así como Asesor del Ministerio de Justicia del Reino de España y Director de Estudios de Seminarios de Derecho Internacional Privado de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de La Haya...

2º) Subsidiariamente, para el caso de que por el Tribunal no se acoja dicho pedimento, se nombre como árbitro Don Frank J. Bernardi Rechtsanwalt, Abogado especialista en Derecho Mercantil y Corporativo...

3º) Subsidiariamente a todo lo anterior, para el caso de que por la Sala no se acoja ninguna de las anteriores propuestas, se solicita se proceda por la Sala a elaborar una lista con tres nombres, relativos a tres personas con condición de jurista, que tengan un perfecto dominio del idioma inglés y que tengan nacionalidades distintas a las de las partes implicadas en la controversia, de entre las cuales deberá elegirse un árbitro por sorteo, todo ello conforme a lo previsto en el art. 15.6 LA.

Todo ello con imposición de costas a la parte demandada ".

La documental que acompaña la demandante no ha sido impugnada de contrario.

La contestación a la demanda reconoce la existencia y afirma la validez del convenio; relata cómo ha sido imposible llegar a un acuerdo extrajudicial en cuanto al fondo de la controversia y en lo tocante a la designación de Árbitro: acompaña, en particular, como **doc. nº 3**, el burofax enviado el 13 de julio de 2017 y recibido el día 19 -del que también da cuenta la demanda-, como demostrativo de su clara intención de llegar a ese acuerdo, lo que convierte en " *improcedente e inadmisibile la petición de condena en costas* " evacuada por PURATEK; asimismo, la contestación explica las razones por las que se opone al nombramiento de D. Javier Carrascosa González y de Don Frank J. Bernardi Rechtsanwalt - hechos 3º y 4º -, al tiempo que propone el de D. Javier Ignacio Coloma Garrido -hecho 5º; se opone a la petición de que el Árbitro haya de tener conocimiento de la lengua inglesa y nacionalidad distinta a la de ambas partes, extremos que juzga irrelevantes, considerando lo más importante que conozca la Ley española y sea experto en **arbitraje**; y postula que el lugar del **arbitraje** ha de ser Madrid.

Tras solicitar la desestimación de las pretensiones de la demandante, interesa la designación como árbitro único de D. IGNACIO JAVIER COLOMA GARRIDO y, subsidiariamente, que esta Sala, de acuerdo con lo previsto en el art. 15.6 LA, elabore una terna de *entre la Lista de Árbitros pertenecientes a la Corte del ICAM, de modo que resulte elegido uno de ellos por sorteo, quedando sucesivamente los otros dos como posibles árbitros nombrados en caso de no aceptar aquél el cargo.*

La documental de la demandada no ha sido impugnada de contrario.

En el acto de la vista la actora se ratifica en sus alegatos y pretensiones, solicita el recibimiento a prueba y aporta, amén de la documental acompañada a su demanda, un documento conteniendo el *curriculum vitae* de DON JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, cuya designación interesa con carácter principal. Esta última documental, con oposición de la demandada, también es admitida sin perjuicio de su valoración en sentencia.

La demandada, por su parte, dice ratificarse en su escrito de contestación, si bien introduce un matiz diferencial de la máxima importancia: propone que esta Sala encomiende *la administración del arbitraje a la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Solicita el recibimiento del pleito a prueba y la admisión de la documental que acompaña, que es aceptada por el Tribunal.

SEGUNDO .- El artículo 15 de la vigente Ley de **Arbitraje**, en su apartado 3 -invocado por la 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 al que ésta ha respondido a su vez, 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: como tantas veces hemos dicho, 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.

En este sentido, dado el limitado ámbito de nuestro enjuiciamiento en esta clase de procesos según interpretación auténtica del Legislador, es claro que esta Sala no tiene que pronunciarse sobre dos aspectos en los que las partes discrepan, a saber: el idioma en que el **arbitraje** ha de tener lugar -art. 28 LA- y el lugar en que éste ha de celebrarse (art. 26 LA), viniendo determinada nuestra competencia -por otra parte no cuestionada-, ex art. 8.1 LA- por el domicilio de la demandada.

TERCERO.- Las partes aceptan que existe un convenio de sumisión a **arbitraje** en los términos *supra* reseñados.

Han pactado inequívocamente el sometimiento a **arbitraje** de equidad de "*cualquier disputa o discrepancia de la naturaleza que sea, entre el comprador y el vendedor*" en el cumplimiento y ejecución de la referenciada Orden de Compra -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-. De ahí que debamos proceder a la designación de árbitro interesada, 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 -y no es discutido- que remitió un burofax a la demandada el día 30 de junio de 2017- entregado el siguiente día 3 julio-, con un contenido del todo inequívoco. Y consta demostrado también -doc. 5 de la demanda y 3 de la contestación- que la demandada contestó a dicho requerimiento, expresando las razones de su oposición a la propuesta de nombramiento efectuada de contrario, sugiriendo el nombre de un posible árbitro y mostrándose dispuesta a llegar a un acuerdo, que finalmente no se ha producido.



CUARTO.- Siendo procedente, pues, el nombramiento de un árbitro -art. 12 LA- que decida, en equidad, la controversia, el Tribunal ha de proceder a la designación de dicho árbitro tomando las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad, y ha de hacerlo siguiendo el procedimiento establecido en el art. 15.6 LA: no ha lugar, a todas luces, a nombrar a ninguno de los árbitros respectivamente propuestos por las partes, que se han opuesto expresamente en cada caso a la designación sugerida de contrario, tanto en el ámbito pre-procesal como en seno de estas actuaciones.

Tampoco procede -lo hemos dicho con reiteración-, que esta Sala encomiende la administración del futuro **arbitraje** a tal o cual Corte de **Arbitraje**. El art. 15 LA nos habilita para el nombramiento de árbitros ad hoc, a falta de acuerdo entre las partes, pero no para la designa de un **arbitraje** institucional. Si tal estuviera previsto en el convenio, lo que no es el caso, habría de ser, conforme a su Reglamento, la correspondiente Corte de **Arbitraje** la que, en principio y como regla, hubiese de proceder al nombramiento de árbitros.

Como hemos consignado, las partes no están de acuerdo en algunas de las características que debe reunir el Árbitro -no explicitadas en el convenio-, y tampoco convienen en la Lista de la que extraer la terna sobre la que se ha de verificar el sorteo.

En lo que concierne a que el Árbitro sea de nacionalidad distinta a la de las partes -tal y como postula la actora-, esta Sala, en consideración a las circunstancias concurrentes -art. 15.6 LA- no establece como requisito de idoneidad del Árbitro tal característica: entre otros extremos, porque semejante solicitud contraviene los propios actos de la actora, que ha propuesto con carácter principal un árbitro de nacionalidad española y, con carácter subsidiario, un árbitro con domicilio en Alemania -en la vista precisa que de nacionalidad alemana-, donde está radicada la demandante. Cabrá, como veremos, la posibilidad de que, por sorteo, sea designado un árbitro de nacionalidad distinta a la de los litigantes, pues la Lista de Árbitros a la que la Sala acudirá para insacular, por riguroso orden, tres nombres, contiene un elenco de Árbitros de muy diversas nacionalidades.

Las partes discrepan sobre el idioma en que ha de tener lugar el **Arbitraje**: el convenio se remite a la Ley de **Arbitraje** española y, por tanto, habrá de aplicarse el art. 28 LA, donde se prevé la salvaguarda del derecho de audiencia, contradicción y defensa de la parte que alegue desconocimiento de la lengua que se utilice. Decimos esto porque la actora expresa categóricamente su deseo de que el Árbitro designado tenga un perfecto dominio del inglés; la demandada no se opone terminantemente a este extremo -que no reputa relevante-, aunque afirma sin paliativos que el **Arbitraje** ha de tener lugar en idioma español. Son dos cuestiones distintas: sobre la segunda, nada tenemos que decir; sobre la primera, ningún inconveniente hay -puede facilitar las relaciones entre el Árbitro y las partes- en que la terna sobre la que se efectúe el sorteo se integre con Árbitros pertenecientes a una Lista donde se haga constar el conocimiento, o no, del idioma inglés.

En cambio, sí coinciden las partes en que, pese a tratarse de un **arbitraje** de equidad, es conveniente que sea resuelto por un jurista: así lo dice expresamente la actora; y la demandada manifiesta, como queda dicho, que lo importante es " *que el Árbitro sea experto en **arbitraje** y conozca la Ley española* ".

En definitiva: tal y como dispone el art. 15.6 LA, la Sala, tras analizar lo expresamente argüido por las partes en sus escritos de demanda y contestación y en el acto de la vista, ante las discrepancias expresadas, acuerda que la designación tenga lugar de entre los árbitros-juristas de la Lista remitida por la Corte de **Arbitraje** de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid y, entre de ellos, de quienes aparecen con conocimiento del idioma inglés.

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 la Corte de **Arbitraje** de Madrid, ordenada alfabéticamente, y confecciona el siguiente elenco de árbitros, juristas con conocimiento del idioma inglés, 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. JAIME OLLEROS IZARD

D. FELIPE OSSA.

D^a. PILAR PERALES VISCASILLAS.

QUINTO.- Dada la estimación parcial de la demanda - art. 394.1 LEC - y la buena fe que la Sala observa en el comportamiento pre procesal de las partes, que han reconocido el convenio y la necesidad de nombrar un árbitro para llevarlo a efecto -arg. ex 395.1 LEC, *mutatis mutandis* -, no procede la expresa imposición de costas.

Vistos los artículos de aplicación,



FALLAMOS

1º) ESTIMAR EN PARTE la demanda de designación de árbitro formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a. María Granizo Palomeque, en representación de PURATEK ANLAGENTECHNIK GMBH, para dirimir, en equidad, la controversia surgida con NUSIM, S.A., respecto del cumplimiento del Contrato de 29 de octubre de 2014 - *PURCHASE ORDER 2015-0919-NG-RR-528* -, 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. Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala:

D. JAIME OLLEROS IZARD

D. FELIPE OSSA.

D^a. PILAR PERALES VISCASILLAS.

2º) Sin expresa imposición de costas.

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