



Roj: **STSJ M 11696/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:11696**

Id Cendoj: **28079310012018100211**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/11/2018**

Nº de Recurso: **25/2018**

Nº de Resolución: **38/2018**

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: 28.079.00.2-2018/0072958

RFª.- NOMBRAMIENTO DE ARBITRO. Juicio verbal nº 25/2018

Demandantes: AELIS CONSULTING, S.L.

Procurador/a: D. Rafael Gamarra Mejías.

Demandado: GRUPO DE INGENIERÍA, RECONSTRUCCIÓN y RECAMBIO JPG, S.A.

Procurador/a: Dª. Elena Puig Turégano.

SENTENCIA N° 38/2018

Excmo. Sr. Presidente:

D. Francisco Javier Vieira Morante

Ilmo. Sr. Magistrado Don Joaquín Delgado Martín

Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a 13 de noviembre del dos mil dieciocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 25 de abril de 2018 el Procurador de los Tribunales D. Rafael Gamarra Mejías, en representación de AELIS CONSULTING, S.L., presentó demanda en cuya virtud solicitó el nombramiento judicial de un árbitro para dirimir, en equidad, la controversia surgida con la mercantil GRUPO JPG, S.A., por incumplimiento del *Contrato de licencia de uso de software y servicios de consultoría y de mantenimiento*, suscrito por las partes el 13 de septiembre de 2016 -doc. 2 de la demanda; aduce en concreto que la demandada no ha satisfecho el importe completo de los suministros recibidos de AELIS CONSULTING. En el suplico de su demanda solicita asimismo que la designación del árbitro, con sus respectivos suplentes, se haga de conformidad con el art. 15.6 LA. 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 8 de mayo 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.- La mercantil GRUPO DE INGENIERÍA, RECONSTRUCCIÓN y RECAMBIO JPG, S.A. -en adelante JPG-, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Elena Puig Turégano, contesta a la demanda mediante escrito presentado vía lexnet en fecha 30 de mayo de 2018 en el que solicita de esta Sala " *que designe árbitro que dirima las diferencias surgidas entre ambas partes en la prestación del servicio contratado..., sin imposición de costas* ".

CUARTO.- No solicitando la demandada la celebración de vista y, conferido el oportuno traslado a la actora a tales exclusivos efectos - art. 438.3º LEC-, ésta, mediante escrito presentado por lexnet el día 8 de junio de 2018, manifiesta que no es necesaria la práctica de dicho trámite y reitera las pretensiones de su demanda.

QUINTO.- Se señala para deliberación y fallo del presente procedimiento el día 2 de octubre de 2018 (DIOR 12.06.2018).

SEXTO.- Al haberse modificado la composición de la Sala por el cese de la Excm. Sra. D^a. Susana Polo García y su temporal sustitución por el Ilmo. Sr. D. Joaquín Delgado Martín, se señala como nueva fecha para el inicio de la deliberación y fallo el día 13 de noviembre de 2018, en que tuvieron lugar (DIOR 4.10.2018).

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande (Decreto 08.05.2018), 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 JPG, S.A., por el incumplimiento del *Contrato de licencia de uso de software y servicios de consultoría y de mantenimiento* supra referenciado .

Invoca la actora el art. 12 del Contrato, que, bajo la rúbrica **Arbitraje**, literalmente dice:

"Para la solución de cualquier cuestión litigiosa derivada de este contrato o acto jurídico, las partes se someterán al arbitraje institucional del Tribunal correspondiente, a quien le encomienda la designación del árbitro o árbitros y la administración del arbitraje.

El **Arbitraje** será de equidad y se realizará conforme al procedimiento establecido en el Reglamento arbitral del correspondiente tribunal y según lo dispuesto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje**.

El laudo arbitral deberá citarse (sic, rectius, dictarse) dentro de los dos meses siguientes a la aceptación del cargo por parte del árbitro o de los árbitros, obligándose ambas partes a aceptar y cumplir la decisión contenida en él. El cómputo de dicho plazo de dos meses se efectuará de fecha a fecha. Cuando en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente al inicio del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último mes (sic). Si el plazo concluye en domingo u otro día que sea festivo, se entenderá el plazo hasta el siguiente día hábil".

Señala además la parte actora que, surgida la controversia, requirió al demandado para la designación de árbitro de equidad proponiendo como entidad administradora del **arbitraje** a la Corte de **Arbitraje** de la Cámara de Comercio de Madrid -burofax remitido el 19.03.2018 con acuse de recepción, cuya copia se acompaña como **doc. nº 3** . En dicha comunicación se interesaba de la parte contraria que en el plazo de diez días comunicase expresamente si aceptaba el sometimiento del conflicto a la citada Corte de **Arbitraje**, con el apercibimiento de que, en caso contrario, se solicitaría el nombramiento judicial de árbitro; dicho requerimiento no habría sido respondido por JPG.

En su virtud, AELIS CONSULTING suplica que esta Sala designe árbitro *por el procedimiento previsto en el art. 15.6 LA* , con condena en costas de la mercantil demandada.

En su contestación, la parte demandada, tras una serie de consideraciones relativas a la naturaleza del contrato litigioso -de adhesión- y a los incumplimientos de la contraparte -reflexiones ajenas al limitado ámbito de enjuiciamiento de estos procesos-, reconoce la existencia de convenio arbitral; asevera que este litigio es innecesario porque la actora pudo perfectamente acudir a alguna de las Cortes de **Arbitraje** que menciona radicadas en Madrid; sostiene que " *a estos efectos la falta de contestación de un burofax no implica en absoluto falta de acuerdo sobre la sumisión a arbitraje* "; y solicita que esta Sala proceda al nombramiento de árbitro que dirima las controversias surgidas entre las partes en relación con el contrato supra referenciado, pero sin imponerle las costas, habida cuenta de que " *el procedimiento de arbitraje pudo haberse incoado directamente por la demandante sin necesidad de recurrir a la vía judicial* ".

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 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...

Sea lo anterior en el bien entendido de que, como también hemos dicho con reiteración -v.gr. , **S. 56/2017 de 19 de octubre** , roj STSJ M 11064/2017-, en este tipo de procesos es perfectamente posible el allanamiento, dada su naturaleza claramente disponible.

TERCERO.- 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 árbitro, sin que esta decisión prejuzgue la decisión que aquél 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 este sentido, adolecen de toda consistencia los alegatos de las partes relativos a lo que atañe, digamos, " *al fondo del asunto* ". Afirmada la controversia y constatada **prima facie** su realidad, su definitiva concreción y eventual acreditación de los hechos en que se funda habrá de hacerse en el seno del correspondiente proceso arbitral- (v.gr., entre muchas, FJ 5º, de nuestra **Sentencia 4/2018, de 16 de enero** , roj STSJ M 659/2018). Será en el seno del **arbitraje** donde se hayan de determinar las pretensiones del actor y las defensas y/o, en su caso, la reconvencción que tenga a bien efectuar la demandada...

CUARTO.- En definitiva: evidenciada la controversia entre las partes -ambas la reconocen- y acreditada por la documental aportada a la causa la existencia del *Contrato de licencia de uso de software y servicios de*



consultoría y de mantenimiento, suscrito por las partes el 13 de septiembre de 2016, se constata que, en efecto, su artículo 12 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**, aunque, primeramente, esa voluntad se manifestase en relación con un **arbitraje** institucional sin determinación de Corte Arbitral *ni de procedimiento para su designación*. 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.

Pues bien, ya hemos dicho que esta materia es claramente disponible para las partes: pese a la indeterminación de la Corte Arbitral en el convenio -lo que hacía tanto más necesaria la respuesta de JPG al requerimiento de que fue objeto-, y, aun constatado que a la concreción y aplicación efectiva de la cláusula arbitral solo la actora ha intentado subvenir con carácter previo a esta causa, lo cierto es que ambas partes reconocen ante esta Sala su prístina y actual voluntad de someterse a **arbitraje**; e interesan de este Tribunal que proceda al nombramiento de árbitro en los términos en que la Ley le obliga a hacerlo - art. 15.6 LA-, esto es, designando el árbitro que en concreto haya de laudar, sin pretender, con toda corrección, que designemos una institución llamada a administrarlo, pues, como tantas veces hemos dicho, la Ley de **Arbitraje** no prevé tal posibilidad (v.gr., FJ 1º Sentencia de esta Sala 55/2017, de 19 de octubre -roj STSJ M 11063/2017, con cita de las precedentes Sentencias de 27 de enero de 2015 y 40/2016, 10 de mayo -roj STSJ M 13319/2016).

Decimos esto porque es relevante para el caso: hemos sostenido repetidamente que, si la sumisión lo fuera a **arbitraje** institucional -como aquí aconteció en un *primer momento*-, es evidente que, salvo casos extremos -v.gr., los analizados en las Sentencias de esta Sala 40/2016, de 10 de mayo (ROJ STSJ M13319/2016), y 69/2015, de 6 de octubre (ROJ STSJ M 11462/2015-, correspondería a la institución que hubiesen designado las partes el nombramiento del árbitro, y no, desde luego, a esta Sala -por todas, S. 47/2016, de 14 de junio, FJ 3º, ROJ STSJ M 7801/2016.

Mas en el presente caso, vistos los escritos de alegaciones, nadie duda de la voluntad de sumisión a **arbitraje**; ni siquiera la demandada condiciona la persistencia de esa voluntad a que el **arbitraje** sea institucional, sino que, sin necesidad de acudir al *principio de conservación del negocio y del favor arbitrandum* -como hicimos, v.gr., en nuestra Sentencia 69/2015- da por bueno que se troque en **arbitraje ad hoc** -cfr., la misma S. 69/2015; tampoco cabe dudar de que ha sido la falta de colaboración pre-procesal de JPG la que no ha permitido concretar la institución que había de administrar el **arbitraje**, sin detrimento de que su conducta procesal posterior haya aceptado el nombramiento de árbitro, pero patentizando así que la necesidad de esta litis para que la voluntad anuente de someterse a **arbitraje** se lleve a efecto trae causa de la previa conducta desidiosa de JPG. A AELIS CONSULTING no le era exigible en modo alguno acudir a no se sabe qué Corte Arbitral, sin el previo concierto con la demandada, ante la indeterminación del convenio: en tal tesitura, JPG perfectamente podría haber argüido a posteriori su desacuerdo haciendo inefectiva la cláusula ante la propia Corte por haber sido elegida de forma unilateral; del mismo modo que, ante la falta de respuesta de JPG, AELIS pudo cabalmente pensar que ello respondía a una posición *obstante de o contraria al* cumplimiento del convenio arbitral.

Lo que antecede, como veremos, ha de tener sus necesarias consecuencias en el ámbito de la imposición de costas.

Pero, en definitiva: pactado inequívocamente el sometimiento a **arbitraje** de "*cualquier cuestión litigiosa derivada de este contrato*" -sin que quepa apreciar, en el ámbito limitado de cognición propio de este procedimiento, restricción alguna de la voluntad de las partes en la asunción de dicha cláusula compromisoria-, debe procederse a la designación de árbitro *interesada por ambas*, sin perjuicio, claro está, de que la delimitación definitiva de la controversia sobre la que se haya de laudar tenga que ser efectuada en el seno del propio procedimiento arbitral.

Siendo procedente, pues, el nombramiento de un árbitro que dirima las controversias surgidas, el Tribunal, tal y como dispone el art. 15.6 LA invocado por la actora, repara en lo expresamente manifestado por las partes -la actora, en su requerimiento aportado como doc. nº 3- y la demandada en su escrito de contestación-, proponiendo la designación de un árbitro del Listado de la Corte de **Arbitraje** de Madrid, dependiente de la Cámara de Comercio de esta capital.

A tal efecto, la Sala, comenzando por la **letra Ñ - Resolución de 11 de abril de 2018, 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 91, de 14.4.2018, pág. 38924-** 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 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. MIGUEL OLAZÁBAL DE ALMADA

D. MANUEL OLIVENCIA RUIZ

D. JAIME OLLEROS IZARD

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 para que manifestara su voluntad acerca de si aceptaba que la administración del arbitraje y el nombramiento de árbitro corriese a cargo de la Corte de Arbitraje de Madrid -precisando así los genéricos términos del convenio -doc. 3 de los que acompañan a la demanda-; requerimiento que la propia demandada reconoce no haber respondido...

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, responde 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 en absoluto el demostrado silencio de la demandada frente al requerimiento pre-procesal efectuado por la actora para llegar a un acuerdo en la designación de Corte administradora del arbitraje...; al contrario, la indefinición del convenio que hemos reseñado hacía particularmente necesario para poder acudir de un modo viable al arbitraje el requerimiento que la demandante efectuó y al que la demandada no tuvo a bien contestar.

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

1º) Estimar la demanda de designación de árbitro formulada por el Procurador de los Tribunales D. Rafael Gamarra Mejías, en representación de AELIS CONSULTING, S.L., para dirimir, en equidad, las controversias surgidas con GRUPO DE INGENIERÍA, RECONSTRUCCIÓN y RECAMBIO JPG, S.A. respecto del *Contrato delicencia de uso de software y servicios de consultoría y de mantenimiento, suscrito por las partes el 13 de septiembre 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. MIGUEL OLAZÁBAL DE ALMADA

D. MANUEL OLIVENCIA RUIZ

D. JAIME OLLEROS IZARD

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.