



Roj: **STSJ M 3985/2019 - ECLI: ES:TSJM:2019:3985**

Id Cendoj: **28079310012019100073**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/06/2019**

Nº de Recurso: **16/2019**

Nº de Resolución: **21/2019**

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: 28.079.00.2-2019/0021349

Procedimiento Juicio Verbal (250.2) 16/2019

Materia: Arbitraje

RFª.- NOMBRAMIENTO DE ARBITRO. Juicio verbal nº 16/2019

Demandante: D. Roque .

Procurador/a: Dª. Loreto Outeiriño Lago.

Demandado : VT PROYECTOS, S.L.

En rebeldía

SENTENCIA N° 21/2019

Excmo. Sr. Presidente:

D. Celso Rodríguez Padrón

Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco José Goyena Salgado

Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a 5 de junio del dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 21 de febrero de 2019 la Procuradora de los Tribunales Dª. Loreto Outeiriño Lago, en representación de D. Roque , presentó demanda en cuya virtud solicitó el nombramiento judicial de un árbitro para dirimir, en equidad, la controversia surgida con VT PROYECTOS, S.L., por incumplimiento del Contrato denominado " *de colaboración externa empresarial* " de fecha 13 de febrero de 2018 - **doc. 2** -. Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada. También interesa la parte actora la celebración de vista.

SEGUNDO .- Cumplimentado el requerimiento efectuado por Diligencia de 6 de marzo de 2019 para aportar el poder acreditativo de la representación mediante escrito presentado el 13 de marzo siguiente, se admite a trámite la demanda sobre designación judicial de árbitro y su sustanciación por las reglas previstas para el juicio verbal, para lo que también se 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 -Decreto de 22 de marzo de 2019.

TERCERO .- Habiendo transcurrido el plazo concedido a la parte demandada, VT PROYECTOS, 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 -Diligencia de 6 de mayo de 2019.

CUARTO .- Se señala para la celebración de vista el día 4 de junio a las 10:30 horas (Diligencia de 06.05.2019).

QUINTO .- Por escrito de fecha 24 de mayo de 2019 -presentado el siguiente día 27- la representación del actor estima no ser necesaria la vista en su momento interesada al haber sido declarada en rebeldía la sociedad demandada, solicitando se la tenga por ratificada en lo manifestado en su escrito de demanda y por aportada como prueba la documental acompañada a dicho escrito.

SEXTO .- Mediante Diligencia de Ordenación de 29 de mayo de 2019 se tiene por renunciada la celebración de vista, señalando para deliberación y fallo de la presente causa el mismo día 4 de junio de 2019.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande (Diligencia 06.03.2019), 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 VT PROYECTOS, S.L., por el incumplimiento del Contrato de Colaboración Externa Empresarial de 13 de febrero de 2018, explicando, en síntesis, la controversia surgida en torno a la determinación de las retribuciones que corresponderían al actor por sus servicios prestados a la demandada -hecho segundo de la demanda y **docs. 3 a 8** .

Invoca el actor la estipulación 7ª, párrafo segundo, del precitado contrato, que literalmente dice:

" *Cualquier controversia que surja entre las partes sobre el cumplimiento o resolución de este contrato, se resolverá mediante **arbitraje** de equidad y conforme a la regulación contenida en la Ley de **Arbitraje** de Derecho Privado de 5 de diciembre de 1988 (sic)*".

Si bien añade, acto seguido, que la materia arbitral, a la fecha del contrato, estaba regulada por la Ley 60/2003.

Señala además la parte actora -hecho tercero- que han resultado infructuosas cuantas gestiones amistosas ha llevado a efecto con VT PROYECTOS, S.L., 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 el Letrado de la actora requirió fehacientemente a dicha mercantil por tres días mediante burofax fechado el 4 de febrero de 2019, - **doc. nº 9** -, en el que expresaba que, siendo la voluntad de su cliente instar mediante **arbitraje** de equidad la reclamación de las cantidades que le adeudan, conforme a la cláusula 7ª del Contrato de 13.02.2018, comunicase su preferencia por la entidad a la que deseara encomendar la administración del **arbitraje** y la designación de árbitro; igualmente, manifestaba el actor su propuesta de que dicho cometido se encomendara a la Corte de **Arbitraje** del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y que el **arbitraje** se sustanciara por un solo árbitro designado por ésta.

Dentro del plazo de requerimiento, la mercantil demandada contesta por burofax de 8 de febrero de 2019 - **doc. 10** - en el que manifiesta que " *no hay controversia alguna que dirimir porque los términos del contrato suscrito son muy claros* ".

Ante lo cual el actor afirma verse en la necesidad de acudir al nombramiento judicial de Árbitro al efecto de dar cumplimiento al convenio arbitral.

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** , **66/2017**, y del FJ 2º de dos **Sentencias de 13 de marzo de 2018** , **recaídas en autos 89/2017** y **3/2018** : " *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; y mucho menos resulta competente esta Sala para entrar a decidir sobre la controversia misma que ha surgido entre las partes: será, con toda obviedad, el Árbitro que en su caso hayamos de designar quien deba pronunciarse al respecto

Lo que decimos es también expresión de una regla claramente consagrada por el art. 22.1 LA, que, en palabras de la Exposición de Motivos de la LA -apdo. V, segundo párrafo-, " *la doctrina ha bautizado con la expresión alemana Kompetenz-Kompetenz ... Esta regla abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral* ".

TERCERO . - Evidenciada la controversia entre las partes y acreditada por la documental aportada a la causa la existencia del Contrato de Colaboración mencionado en el fundamento primero de esta Sentencia, se constata que, en efecto, su cláusula 7ª 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**, sin que a ello quepa objetar -de acuerdo con doctrina jurisprudencial conteste- el error en la cita de la Ley vigente reguladora del **Arbitraje**. Conforme establece el artículo 9 de la 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** para dirimir en equidad " *cualquier controversia que surja entre las partes sobre el cumplimiento o resolución 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 el actor.

Siendo procedente, pues, el nombramiento de un árbitro que dirima las controversias surgidas en relación con el *Contrato de Colaboración Externa Empresarial* de 13 de febrero de 2018, el Tribunal, tal y como dispone el art. 15.6 LA, repara en lo expresamente manifestado por el actor proponiendo la designación de un árbitro del Listado de la Corte de **Arbitraje** del ICAM, por más que haya de resolver en equidad.

A tal efecto, la Sala, comenzando por la **letra Q - Resolución de 15 de marzo de 2019, 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 66, de 18.3.2019, pág. 26.984 -**, 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. JESÚS REMÓN PEÑALVER

D. ÁLVARO REQUEIJO PASCUA

D. ALEJANDRO REY SUAÑEZ.

CUARTO.- Ha lugar a la expresa imposición de costas no tanto por la estimación de la demanda (art. 394.1 LEC), cuanto 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 de las retribuciones debidas y, sobre todo, se la requirió para la designación por la Corte del ICAM de un árbitro para dar cumplimiento al convenio; requerimiento para la designación de árbitro que no fue atendido negando la existencia misma de la controversia -doc. 10, burofax de 8.2.2019-. Nada empaña la realidad de que la demandante se ha visto obligada a incoar la demanda que da pie a esta causa ante un comportamiento claramente obstatante a la eficacia del convenio que no se compadece con la buena fe procesal y que ha de abocar a la imposición de las costas a la demandada.

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.

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

1º) Estimar la demanda de designación de árbitro formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Loreto Outeiriño Lago, en representación de D. Roque , para dirimir, en equidad, la controversia surgida con VT PROYECTOS, S.L., en relación con el incumplimiento del Contrato de Colaboración Externa Empresarial suscrito en fecha 13 de febrero de 2018, confeccionando, según lo expuesto en el fundamento tercero 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. JESÚS REMÓN PEÑALVER



D. ÁLVARO REQUEIJO PASCUA

D. ALEJANDRO REY SUAÑEZ.

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