



Roj: **STSJ M 11439/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:11439**

Id Cendoj: **28079310012018100200**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/11/2018**

Nº de Recurso: **13/2018**

Nº de Resolución: **37/2018**

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: 28.079.00.2-2018/0041922

#### **RFª.- NOMBRAMIENTO DE ARBITRO. Juicio verbal nº 13/2018**

**Demandantes:** D. Florian y D. Eladio .

Procurador/a: Dª. Ana Belén Gómez Murillo.

**Demandado:** D. Genaro .

Procurador/a: En rebeldía.

#### **SENTENCIA N° 37/2018**

**Excmo. Sr. Presidente:**

**D. Francisco Javier Vieira Morante**

**Ilma. 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 12 de marzo de 2018 la Procuradora de los Tribunales Dª. Ana Belén Gómez Murillo, en representación de D. Florian y D. Eladio , presentó demanda en cuya virtud solicitó el nombramiento judicial de árbitro para dirimir, en equidad, la controversia surgida con D. Genaro , por incumplimiento de sendos contratos de préstamo suscritos el 15 y el 29 de septiembre de 2014, respectivamente. 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. Por Otrosí segundo, indica como domicilio a efectos de notificaciones a la parte demandada el que estima ser el de su trabajo - *Instituto para la Competencia Digital (ICD)*, c/ DIRECCION000 , NUM000 , NUM001 (Madrid)-, dejando interesada, en caso de notificación infructuosa, la colaboración del Tribunal para la averiguación de la residencia del Sr. Genaro .

**SEGUNDO.-** Cumplimentado el requerimiento efectuado -- DIOR 14/03/2018-- para acreditar la representación mediante escrito y documental que lo acompaña presentados el siguiente día 5 de abril, por Decreto de la Sra. Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala de fecha 10 de abril 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.**- Por dos veces fallido el emplazamiento del demandado en el domicilio designado en la demanda, se requiere a la actora por diez días para que consigne un nuevo domicilio del demandado (Diligencias de Ordenación de 10.05.2018 y 12.06.2018), lo que cumplimenta mediante escrito presentado el 28.06.2018 en el que hace constar que "tal domicilio parece corresponderse con el lugar donde el demandado desarrolla actualmente su actividad profesional, tal y como aparece en [https://www.linkedin.com/in/ Genaro /](https://www.linkedin.com/in/Genaro/)", acompañando número de teléfono que extrae de dicha web. Subsidiariamente, tal y como ya se indicaba en el segundo otrosí en la demanda, solicita que, de ser infructuosa la notificación y ante la imposibilidad de designar un tercer domicilio, por la Sra. Letrado de la Administración de Justicia se proceda de conformidad con el art. 156 LEC.

**CUARTO.** Por DIOR de 29 de junio de 2018 se acuerda practicar la diligencia de emplazamiento al demandado Genaro en el domicilio aportado por la Procuradora Sra. Gómez Murillo, resultando ésta fallida.

**QUINTO.**- Mediante DIOR de 26 de julio de 2017 se declara precluido el trámite de contestación a la demanda, en rebeldía al demandando y, estando los autos concluidos para Sentencia, se señala para deliberación del presente procedimiento el día 2 de octubre de 2018.

**SEXTO.**- Al haberse modificado la composición de la Sala por el cese de la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. 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 (DIOR 14.03.2018), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Pretenden los demandantes el nombramiento de árbitro único que solvente, en equidad, la controversia surgida con D. Genaro , por el incumplimiento de los contratos de préstamo supra referenciados .

Invoca el actor la estipulación 5<sup>a</sup> de los Contratos de Préstamo de 15 y 29 de diciembre de 2014 -cuya copia acompaña como **docs. nº 2 y 6** -, 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 tercero- que han resultado infructuosas cuantas gestiones amistosas ha llevado a efecto con el Sr. Genaro 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 los demandantes requirió fehacientemente de pago al prestatario mediante burofax de 17.07.2017, que no llegó a ser entregado, reiterando dicho requerimiento mediante *correo electrónico certificado de 21 de septiembre de 2017*, dirigido a DIRECCION001 , en el que se acompañaba copia del burofax rehusado; dicha comunicación habría sido entregada y leída por su destinatario - **docs. 7, 8, 9 y 10** .

Ante la falta de respuesta a la anterior comunicación, indica el hecho cuarto de la demanda que la defensa de la actora remitió al demandado nuevo *correo electrónico certificado el día 6 de noviembre de 2017* , que se acompaña junto con las certificaciones de entrega y lectura - **docs. 11 y 12** -, requiriéndole, " *por plazo de tres días hábiles para que finalmente contacte a fin de acordar entre las partes documentalmente encomendar la administración del **arbitraje** y designar árbitros concretos para dirimir la disputa existente que resulta de las anteriores comunicaciones. De no recibirse respuesta positiva habrá de procederse judicialmente a tal fin, tras todos los intentos de solución realizados solicitándose expresamente la imposición de costas*".

**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 4<sup>º</sup> de la **Sentencias de esta Sala 21/2017** , **66/2017**, y del FJ 2<sup>º</sup> 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.

**TERCERO.**- En definitiva: acreditada por la documental aportada a la causa la existencia de los *Contratos de préstamo de 15.12.2014 y 29.12.2014* mencionados en el fundamento primero de esta Sentencia, se constata que, en efecto, su cláusula 5ª 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 el burofax y los correos electrónicos con certificación de recepción y lectura supra indicados, con un contenido del todo inequívoco y, en particular, el e-mail de 6.11.2017, instando en términos absolutamente diáfanos a llegar a un acuerdo sobre el nombramiento de árbitro o árbitros, para llevar a efecto el convenio arbitral. 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 el demandado 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, 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 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 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. Jose Augusto

D. Carlos Francisco

D. Luis Carlos

**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 al demandado requerimiento fehaciente de pago y, sobre todo, se le requirió para que manifestara su voluntad acerca del nombramiento de árbitro en los términos del convenio -docs. 11 y 12 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: reprobado 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<sup>a</sup>. Ana Belén Gómez Murillo, en representación de D. Florian y de D. Eladio, para dirimir, en equidad, la controversia surgida con D. Genaro, respecto del cumplimiento de los Contratos de Préstamo de 15 y 29 de diciembre de 2014, 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. Jose Augusto

D. Carlos Francisco

D. Luis Carlos



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.

**DILIGENCIA.-** En Madrid, a 14 de junio de 2018, firmada la anterior resolución es entregada en esta secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma y se expide certificación de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ