



Roj: **STSJ M 12785/2019 - ECLI: ES:TSJM:2019:12785**

Id Cendoj: **28079310012019100264**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/11/2019**

Nº de Recurso: **28/2019**

Nº de Resolución: **45/2019**

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: 28.079.00.2-2019/0090440

Procedimiento Juicio Verbal (250.2) 28/2019

Materia: Arbitraje

Demandante: D./Dña. Alvaro

PROCURADOR D./Dña. CRISTINA SARMIENTO CUENCA

Demandado: D./Dña. Apolonio

PROCURADOR D./Dña. ALBERTO ALFARO MATOS

SENTENCIA N° 45 /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 26 de noviembre del dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por medio de Lexnet el 29 de mayo de 2019 y por el Registro General de este Tribunal Superior de Justicia con fecha del siguiente día 30 tiene entrada en esta Sala la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Cristina Sarmiento Cuenca, en representación de D. Alvaro, en cuya virtud solicita el nombramiento judicial de un árbitro que dirima, en equidad, la controversia surgida con el demandada en relación con el incumplimiento del Contrato de préstamo suscrito por las partes el 5 de septiembre de 2017, que se acompaña como doc. nº 1. Señala el actor que el demandado no ha efectuado pago alguno de los intereses pactados ni devuelto el capital prestado, habiendo transcurrido sobradamente el plazo convenido de 1 año.

Interesa la expresa imposición de costas al demandado, habida cuenta de que antes de presentada la demanda se le formuló requerimiento fehaciente de pago y también se le requirió para que manifestara su voluntad acerca del nombramiento de árbitro, sin haber obtenido respuesta alguna, lo que sería expresivo de temeridad y mala fe.



SEGUNDO.- Una vez acreditada la representación mediante comparecencia *apud acta* celebrada el 10 de junio de 2019, por Decreto de la Sra. Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala de 11 de junio siguiente 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.- Remitido por el Servicio de Orientación Jurídica del TSJ se recibe en la Secretaría de esta Sala el 3.9.2019 solicitud de asistencia jurídica gratuita de la demandada, por lo que se procede a suspender los plazos que hubieran sido conferidos y pudieran precluir (DIOR 12.09.2019).

CUARTO.- Nombrado Letrado y Procurador del turno de oficio mediante designaciones debidamente comunicadas a esta Sala, se alza la suspensión del procedimiento y se requiere a la demandada para presentar escrito de contestación (DIOR 6.11.2019)

Mediante escrito datado y presentado el día 11 de noviembre de 2019 -con entrada en esta Sala el siguiente día 13- la parte demandada manifiesta su conformidad con la designación de árbitro de equidad, expresando que " *se allana totalmente a las pretensiones de la actora*", si bien suplica " *el dictado de Sentencia que en Derecho corresponda, todo ello sin pronunciamiento relativo a costas*".

QUINTO.- Por Diligencia de Ordenación de 15 de noviembre de 2019 se señala para el inicio de la deliberación y fallo de la presente causa el día 26 de noviembre de 2019, a las 10:00 horas.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande (DIOR 30.05.2019), 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 el demandado en relación con el incumplimiento del Contrato de Préstamo suscrito el 5 de septiembre de 2017, cuya copia acompaña como doc. nº 1: menciona la parte actora, en concreto, que el demandado no ha efectuado pago alguno de los intereses pactados ni devuelto el capital prestado, habiendo transcurrido sobradamente el plazo convenido de 1 año.

Invoca la demandante la cláusula 5ª del Contrato referenciado, que es del siguiente tenor:

"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".

Aduce la demanda -hechos tercero y cuarto- que se remitió un primer burofax a la demandada el 17 de julio de 2018 -cuya copia, no impugnada, acompaña como **doc. nº 2-**, requiriéndole para el cumplimiento del contrato de préstamo; burofax que no fue contestado pese a haber sido recibido. Ante lo cual, el 22 de marzo de 2019 volvió a requerir al Sr. Apolonio -copia de burofax, no impugnada, que se acompaña como **doc. nº 3-**, para que, de conformidad con la cláusula 5ª del Contrato, se procediera a designar, de común acuerdo, árbitro que resolviera en equidad, emplazándole a contestar en diez días, con la advertencia expresa de que, en caso contrario, se ejercitaría la presente acción ante los tribunales. Este último burofax fue recibido el 26 de marzo de 2019, alegando la actora -sin oposición de contrario- que no fue respondido, lo que justifica la necesidad de haber interpuesto la demanda de nombramiento judicial de árbitro ante esta Sala.

Mediante escrito datado y presentado el día 11 de noviembre de 2019 -con entrada en esta Sala el siguiente día 13- la parte demandada manifiesta su conformidad con la designación de árbitro de equidad, expresando que " *se allana totalmente a las pretensiones de la actora*", si bien suplica " *el dictado de Sentencia que en Derecho corresponda, todo ello sin pronunciamiento relativo a 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 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...

Sea lo anterior en el bien entendido de que, como también hemos dicho con reiteración (v.gr., entre las más recientes, **SS. 56/2017, de 19 de octubre** -roj STSJ M 11064/2017 -, y **30/2018, de 12 de junio** -roj STSJ M /2018), en este tipo de procesos es perfectamente posible el allanamiento, dada su naturaleza claramente disponible.

TERCERO.- Evidenciada la controversia entre las partes y acreditada por la documental aportada a la causa la existencia del Contrato de Préstamo mencionado 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**, que éstas han ratificado en sus respectivos escritos de alegaciones. 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** " para resolver 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 las partes en la asunción de dicha cláusula compromisoria-, debe procederse a la designación de árbitro *interesada por ambas* .

Siendo procedente, pues, el nombramiento de un árbitro que dirima, en equidad, las controversias surgidas en relación con el Contrato de Préstamo de 5 de septiembre de 2017, el Tribunal acuerda la designación de un árbitro del Listado de la Corte de **Arbitraje** del ICAM.

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 -sin desconocer que ha de laudar en equidad-, 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. Pablo

* Dña. Maribel

* D. Plácido



CUARTO.- 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 designara árbitro, con la advertencia expresa de que, de no verificarlo en el plazo que se otorgaba al efecto, se interpondría demanda ante este Tribunal -doc. 3 de la demanda; requerimientos que consta fueron recibidos, pero no que hayan sido respondidos. Esta realidad documentalmente acreditada -y no negada de contrario-, evidencia que la demandante se ha visto obligada a incoar la demanda que da pie a esta causa ante un comportamiento inicialmente obstante 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. Cristina Sarmiento Cuenca, en representación de D. Alvaro , para dirimir, en equidad, la controversia surgida con D. Apolonio en relación con el incumplimiento del Contrato de Préstamo suscrito en fecha 5 de septiembre de 2017, 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 Sra. Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala:

- * D. Pablo
- * D^{ña}. Maribel
- * D. Plácido

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.

PUBLICACIÓN.- Con fecha veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve, 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.