

Recibido: 21 febrero 2019
Aceptado: 30 marzo 2019

Arbitraje, vol. XI, n^o1, 2018, pp. 213–218

“Decidme qué habéis hecho y os diré si os puedo ayudar”. O sobre las condiciones preprocesales para que un Tribunal pueda nombrar el órgano arbitral

Sentencia Sala Civil y Penal Tribunal Superior de Justicia de Madrid n^o 37/2018, de 13 noviembre 2018 *

Ixusko ORDEÑANA GEZURAGA **

1. La sentencia de la Sala Civil y Penal Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Madrid n^o 37/2018, de 13 noviembre 2018 viene a responder o fallar la pretensión de nombramiento judicial de árbitro de dos ciudadanos que actúan en litisconsorcio activo. Concretamente, D. Florián y D. Eladio demandan a D. Genaro porque, queriendo solventar mediante arbitraje de equidad el incumplimiento de dos contratos de préstamo, éste no responde a sus sendos requerimientos, ni de pago ni de designación de un árbitro que les resuelva la controversia en equidad. Es, por ello, que solicitan al Tribunal que, en cumplimiento del art.15.6^o Ley 60/2003, de 23 diciembre Arbitraje (en lo sucesivo, LA), designe a un árbitro y a sus respectivos suplentes. Configurando una acumulación de pretensiones, suplican al Tribunal que, al mismo tiempo, condene en costas al demandado. En este contexto fáctico, nos interesa, en primer lugar, legitimar la intervención judicial en el caso concreto; en segundo, con perspectiva sustancial, nos interesa ahondar en la aplicación que de la LA realiza el órgano jurisdiccional, remarcando que la conducta preprocesal de las partes guiada por (o reflejo de) su buena o mala fe es determinante para que proceda a nombrar a los árbitros; sin solución de continuidad y para completar el comentario, con enfoque estrictamente procesal, queremos referirnos al proceso que sigue el Tribunal para nombrar al árbitro titular y sus sustitutos; por último, y en relación a la pretensión acumulada (la solicitud de condena en costas), advertiremos la aplicación de las normas procesales (arts. 394 y 395 Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil –en adelante, LEC–), destacando el juego de la mala fe.

* *Vid.* el texto, *infra*, pp. 241-242.

** Profesor Derecho Procesal Euskal Herriko Unibertsitatea / Universidad del País Vasco.

2. Como hemos descrito, la sentencia que nos ocupa responde a una demanda de nombramiento judicial de árbitro. Para legitimar esta posibilidad tenemos que, brevemente, incardinar el arbitraje en el Derecho jurisdiccional diversificado. Identificamos esta rama del Derecho con el sistema estatal de resolución de conflictos jurídicos, en el que se encuadran la propia jurisdicción o Poder Judicial y los mecanismos extrajurisdiccionales, con un vínculo recíproco de complementariedad: los segundos ayudan a mejorar el funcionamiento del primero y éste requiere de aquéllos para ser más eficaz, al tiempo que la jurisdicción dota de garantías a las técnicas extrajurisdiccionales (especialmente seguridad jurídica), en un marco en el que prima la libertad del justiciable como elemento que determina su satisfacción con el servicio público de justicia¹. Estos dos últimos elementos son claves en el funcionamiento del arbitraje. Como sabemos, la libertad de las partes se expresa y recoge en el convenio arbitral, que deviene fundamento, causa y hoja de ruta del arbitraje, en general, y del proceso arbitral, en particular. Nos gusta decir, en este sentido, que el convenio arbitral es el alfa y omega del arbitraje (arts. 9 y 11 LA). Por otra parte, si bien es evidente que el arbitraje es un mecanismo extrajudicial (no nos olvidemos de que los árbitros, lejos de detentar potestad jurisdiccional, únicamente gozan de la autoridad reconocida por las partes en el caso y para el caso concreto) igual de cierto es que dos de los tres elementos más importantes del Derecho jurisdiccional (jurisdicción, acción y proceso), se aplican a esta técnica. De esta guisa, el Estado, en el marco del sistema estatal de resolución de conflictos –objeto de estudio de nuestra disciplina, el Derecho jurisdiccional diversificado– para poder reconocer efectos públicos a este mecanismo de origen privado (el laudo arbitral es título ejecutivo y detenta autoridad de cosa juzgada: arts. 43 y 44 LA), exige que en su tramitación se siga un proceso articulado en base al principio de dualidad de posiciones (el demandante debe probar su pretensión y el demandado para hacerle frente la resistencia) y que se reconozcan en el mismo a las partes unos derechos (recogidos específicamente en el art. 24 LA –igualdad, audiencia y contradicción–). Sin perjuicio de ello, como sabemos, en el arbitraje rige el principio de intervención judicial mínima (art. 7 LA), participando la jurisdicción en su desarrollo únicamente en los casos previstos en la LA. Se prevé, concretamente, su intervención en 6 supuestos: asistencia en pruebas, adopción de medidas cautelares, ejecución forzosa, acción de anulación, reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros y el nombramiento y remoción del órgano arbitral (art. 8 LA). Aunque en las siguientes líneas vamos a ahondar en esta última posibilidad, el listado mentado demuestra, avalando nuestra concepción del Derecho jurisdiccional diversificado, que la jurisdicción dota de garantías al arbitraje, realizando, al efecto, una labor de auxilio y control. El caso que nos ocupa (el nombramiento del órgano arbitral en unas circunstancias concretas), lógicamente, se ubica en las funciones de apoyo del Poder Judicial al arbitraje,

¹ Recogemos los elementos principales que justifican nuestra tesis, I. Ordeñana Gezuraga, “Bienvenidos arbitraje comercial y de inversiones y resto de mecanismos extrajurisdiccionales al Derecho jurisdiccional diversificado, rama del Derecho que ordena la solución de los conflictos jurídicos”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. X, nº 3, 2017.

atribuidas por la LA “a la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección” (art. 8.1º LA)

3. ¿Cuándo puede un TSJ nombrar el órgano arbitral –utilizamos este término para referirnos a esta técnica heterónoma porque el tercero que interviene *supra partes* decidiendo vinculantemente el conflicto puede ser uno o más–, encargado de un arbitraje? Como bien apunta la sentencia que manejamos (fundamento de derecho segundo), el art. 15.3º LA es claro: “si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros”. Luego, leemos que los hechos que justifican o fundamentan la *petitio* (el nombramiento judicial de árbitros), es decir, aquéllos que configuran la *causa petendi*, son los que muestran la falta de acuerdo de las partes para el nombramiento. Acertadamente identifica esta *causa petendi* el ponente como presupuesto material de la “acción” –en referencia a la pretensión– al tiempo que señala que “es condición misma de la ostentación de legitimación activa en estos procesos con su propio y objeto determinado”. Aclaremos este último fragmento reconociendo la legitimación activa, la posibilidad de demandar el nombramiento de árbitro, ocupando la posición activa del proceso –como, en el caso que nos ocupa, hacen D. Florian y D. Eladio–, a quien/es resulta perjudicado/s, a pesar de intentarlo, por la imposibilidad de designar al árbitro/s. Es claro su interés. El objeto del proceso, por su parte, identificado con la pretensión, es el mentado: el nombramiento judicial.

Sin solución de continuidad, apoyándose en jurisprudencia propia previa, el TSJ responde a otra cuestión: ¿Qué ocurre si las partes no han pactado el procedimiento para la designación del árbitro? ¿En base a qué criterio estimará, en su caso, el órgano judicial la pretensión consistente en el nombramiento de un órgano arbitral? El tribunal muestra la que, a nuestro juicio, es su aportación principal en este punto, afirmando que hayan pactado o no las partes el procedimiento de designación de órgano arbitral, para solventar la pretensión se ha atender “como elemento primordial” a la buena o mala fe que muestre (“evidencie” en términos del ponente) la actividad preprocesal de las partes en relación al cumplimiento efectivo del convenio arbitral. Señala expresamente que se ha de mirar a su “voluntad congruente con u obstante –de forma expresa o tácita– al cumplimiento efectivo del convenio arbitral”. Este razonamiento, que compartimos de lleno, es el que motiva el título de este comentario. Explica el ponente adecuadamente que, en sintonía con el art. 15 LA, la buena fe requiere que las partes que han pactado libremente el arbitraje (en el caso que nos ocupa, de equidad, en los dos contratos de préstamo, concretamente, en su estipulación quinta, es decir, como cláusula de contrato (art. 9.1º LA)) deben intentar su materialización y el consiguiente nombramiento del órgano arbitral. De manera harto interesante, el TSJ madrileño equipara

la buena fe incluso con el interés “en resolver un conflicto sobre dicha designación”, entendiéndolo, al tiempo, también requisito o fundamento de la pretensión de nombramiento de órgano arbitral, es decir, parte de la *causa petendi*. Luego, para justificar correctamente, y por ende, el órgano judicial poder estimar la pretensión de nombramiento judicial, los demandantes deben demostrar a aquél, en el proceso judicial, que han intentado designar al árbitro/s superando, incluso, los inconvenientes (“conflicto” en términos del ponente) acaecidos. En el supuesto real que motiva este comentario el TSJ entiende que la documentación presentada por los demandantes (los propios contratos de préstamo, y los correos electrónicos en los que se instaba al demandado a cumplir los contratos, y en su caso, a designar el órgano arbitral para subsanar el conflicto) muestra sobradamente esta voluntad, o si se prefiere, la buena fe de los demandantes, frente a la mala fe del demandado. Identifica con esta última la sentencia “la callada por respuesta (...) no entraña una conducta acomodada al principio general del Derecho que es el deber de actuar conforme a la buena fe”. Justifica, por ende, que los demandantes piensen “razonablemente” “visto el lapso transcurrido sin obtener respuesta, que el demandado se oponía a la designación de árbitro”.

En relación a los documentos aportados junto a la demanda para justificar su pretensión es importante remarcar que, conforme al art. 15.5º LA, tal y como recuerda la sentencia, el tribunal, solo, única y exclusivamente puede desestimar aquélla si de aquéllos difiere que no existe un convenio arbitral. Trae muy acertadamente a colación el magistrado ponente, en este punto, el segundo párrafo del apartado IV de la Exposición de Motivos LA para aclarar este análisis del convenio arbitral: no se trata de realizar un control sobre la validez del convenio arbitral, ni de oficio, ni a instancia de parte. Tampoco puede el órgano judicial realizar una verificación sobre la arbitrabilidad de la controversia. Ello ralentizaría indebidamente la designación de los integrantes del órgano arbitral y dejaría sin contenido la regla que establece que son los propios árbitros los primeros en pronunciarse sobre su competencia (art. 22 LA). Por tanto, el análisis que debe hacer –y hace en este caso– el TSJ correspondiente para estimar la pretensión de designación de árbitros sobre la existencia y validez del convenio arbitral es *prima facie* y a los meros efectos de dilucidar la pretensión que se les presenta, quedando intactas las facultades correspondientes de los árbitros. Por ello, en el supuesto fáctico que se le presenta, tras comprobar la existencia del convenio arbitral –en los términos apuntados– y de que la designación de árbitros no se ha podido hacer por acuerdo de las partes, pese haberse realizado el pertinente requerimiento al demandado, el TSJ madrileño procede a designar las personas físicas que han de integrar el órgano arbitral unipersonal correspondiente. Concretamente, y conforme a ley, designa tres personas para, mediante sorteo, nombrar a un titular y dos suplentes (art. 15.6º LA). También en respeto escrupuloso de la LA y de la voluntad de las partes (reza el 15.6º LA “al confeccionar dicha lista el tribunal tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e

imparcialidad”) los selecciona entre el Listado de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

4. La pretensión de nombramiento judicial de árbitro se sustancia por los cauces del juicio verbal (art. 15.4^o LA), tal y cómo se relata en los antecedentes de hecho de la sentencia que nos ocupa. Conforme a su ordenación, admitida a trámite la demanda, por decreto del letrado de la Administración de Justicia, éste da traslado de la misma y de la documentación que le acompaña al demandado para que la conteste, por escrito, en el plazo de 10 días (art. 438 LEC). La contestación se realiza conforme a lo ordenado para el juicio ordinario propiamente dicho (art. 438 con remisión a 405 LEC). En el supuesto concreto que comentamos, como relata el antecedente de hecho tercero, resultando fallido el emplazamiento del demandado en el domicilio designado en la demanda, se requiere a los demandantes, mediante sendas diligencias de ordenación, para que consignen un nuevo domicilio al efecto. Además de hacerlo, ante la imposibilidad de designar un tercer domicilio, los demandantes solicitan que, en el ejercicio de la facultad que le reconoce el art. 156 LEC, el letrado de la Administración de Justicia realice las averiguaciones pertinentes sobre el domicilio del demandado. Estamos ante algo frecuente en la práctica y trascendental si reparamos en la importancia de los actos de comunicación para el efectivo cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin perjuicio de ello, en el supuesto que nos ocupa, ante el resultado fallido del tercer emplazamiento, en aplicación del principio de preclusión que informa el proceso civil, se proclama precluido el trámite de contestación a la demanda y se declara en rebeldía al demandado (arts. 438 y 496 LEC). Conviene remarcar que esta declaración la hace el letrado de la Administración de Justicia, de oficio, ante la inactividad inicial y total del demandado y que no se considera ni allanamiento ni admisión de hechos de la demanda. Además, queda intacta su posibilidad de intervenir, en su caso, más adelante en el proceso, si bien adaptándose al mismo en la fase en la que se encuentre. Por lo demás, y como el demandado no se ha presentado en pleito –debería, conforme a ley, pronunciarse obligatoriamente en su escrito de contestación a la demanda sobre la pertinencia de la celebración de la vista (art. 438.4^o LEC)– y se deduce del quinto antecedente de hecho de la sentencia que los demandantes no se han pronunciado sobre ello (deberían hacerlo en el plazo de 3 días desde el traslado del escrito de contestación, y como no la ha habido, obviamente, no han solicitado vista) se dan los autos por conclusos para sentencia señalándose fecha para deliberación. Conviene recordar que, de celebrarse vista, se implementarían los actos procesales que prevé la LEC tanto para la audiencia previa al juicio como para el acto del juicio del juicio ordinario propiamente dicho (arts. 443–446 con remisión, respecto a la audiencia previa, a los arts. 414–430 y, arts. 431–433 respecto al acto del juicio). Por último, cabe apuntar que contra la resolución del TSJ que resuelve la pretensión no cabe recurso alguno (art. 15.7^o LA), por lo que deviene automáticamente firme, sin que ello contravenga el derecho a la tutela judicial efectiva, por no exigir éste, en el ámbito civil, la existencia de recurso.

5. Por último, completando el análisis procesal de la sentencia del TSJ madrileño, y vinculando el apartado tercero y, en especial, la mala fe del demandado (por no mostrar ningún interés ante los sendos requerimientos de los demandantes para cumplir los contratos y, en su caso, designar órgano arbitral para dilucidar su conflicto) con las costas del proceso, cabe señalar que el Tribunal fundamenta su imposición, tanto en la estimación de la demanda (art. 394.1º LEC), como en su mala fe. En este último sentido, conforme al art. 395.1º LEC, “se entiende que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación”. Aplican acertadamente, a nuestro juicio, este último precepto y sus consecuencias al pleito entre D. Florian y Don Eladio (posición activa) y D. Genaro (posición pasiva) los magistrados integrantes de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ madrileño argumentando que “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 (...) que no consta fuera atendido ni respondido”. Apelan, al efecto, a la preservación del “interés de la justicia”, reprobando la mala fe en el proceso de quien obliga a la contraparte a iniciarlo cuando pudieron perfectamente (llegando a un acuerdo sobre la designación del órgano arbitral) evitarlo.