

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid
(Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera)
nº 47/2016, de 14 junio 2016**

Formalización judicial.– Nombramiento de árbitros: procedencia.– Voluntad de las partes de someterse a arbitraje.– Arbitraje *ad hoc*: imposibilidad de designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes.

Ponente: Ilmo. Sr. D Jesús María Santos Vijande.

Partes: *Alpha Bioresearch, S.L. / Clinkey, S.A.*

Fuente: JUR 2016\196234.

Normas aplicadas: Arts. 15 y 21.1º LA.

No estamos en presencia de un arbitraje institucional. Las partes han previsto, ante todo, la designación de común acuerdo de árbitro ad hoc; en su defecto, se someten al arbitraje de 3 árbitros, de los cuales cada parte nombrará uno y el tercero será elegido de entre los pertenecientes a la lista de árbitros de la Corte de Arbitraje de Madrid: aquí la duda surge porque la cláusula no prevé quién designará ese tercero: si, como es habitual en la práctica, los dos árbitros previamente nombrados por las partes, o la propia Corte de Arbitraje de Madrid, caso éste último en el que podría inferirse la encomienda a dicha entidad de la gestión del arbitraje conforme a su Reglamento. Sin embargo, la dicción de la cláusula permite despejar esta duda cuando expresamente confiere la gestión del arbitraje a los árbitros – utiliza la locución “a quienes se les encomendará la gestión del arbitraje”, cuyo antecedente son los arbitrados designados– y no a la Corte referida. A lo que se ha de añadir que la sumisión a arbitraje institucional debe ser particularmente clara, por su propia naturaleza, dado que entraña un contrato normativo en el que las partes condicionan y limitan pro futuro la autonomía de su voluntad, que es sustituida por las decisiones que legal y reglamentariamente competan a la institución administradora del arbitraje.

[...]

SEGUNDO: Como señala la demandada, el art. 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 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...

Asimismo, el ap. 5 de este art. 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 –ap. 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 esta Sala únicamente la competencia para el nombramiento de árbitros cuando no pudiera realizarse por acuerdo de las partes, este Tribunal debe limitarse a comprobar, mediante el examen de la documentación aportada, la existencia o no del convenio arbitral pactado entre las partes; si se ha pactado 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 pactado o legalmente establecido para la designación: en estas circunstancias, el Tribunal ha de proceder al nombramiento imparcial de los árbitros, caso de haberse convenido la sumisión a arbitraje (...), 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. 22.1º LA).

TERCERO: En este caso se constata que, en efecto, el contrato mencionado en el Antecedente 1º contiene una cláusula de sumisión a arbitraje – estipulación 5ª – en los términos *supra* transcritos.

La referida cláusula compromisoria, *prima facie*, indica claramente la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, y lo hace conforme establece el art. 9 de la vigente LA, esto es, adoptando la forma de cláusula incorporada a un contrato y expresando 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.

Sucede, empero, que la primera discrepancia surge en torno a la naturaleza del arbitraje a que las partes se hayan sometido: arbitraje *ad hoc*, según la actora, o arbitraje institucional, al decir de la demandada. La cuestión es de la mayor importancia porque, como esta Sala ha sostenido con reiteración y abundaremos sobre ello en esta resolución, si la sumisión lo fuera a arbitraje institucional es evidente de toda evidencia que, salvo casos extremos –como el analizado en la Sentencia de esta Sala de 10 mayo 2016, procedimiento de nombramiento de árbitro 94/2015 –, correspondería a la institución convenida la designación del árbitro, y no desde luego –por lo que más adelante se dirá– a esta Sala.

Pues bien, visto el tenor de la cláusula compromisoria, el Tribunal concluye que no estamos en presencia de un arbitraje institucional. Las partes han previsto, ante todo, la designación de común acuerdo de árbitro *ad hoc*; en su defecto, se someten al arbitraje de 3 árbitros, de los cuales cada parte nombrará uno y el tercero será elegido de entre los pertenecientes a la lista de árbitros de la Corte de Arbitraje de Madrid: aquí la duda surge porque la cláusula no prevé quién designará ese tercero: si, como es habitual en la práctica, los dos árbitros previamente nombrados por las partes, o la propia Corte de Arbitraje de Madrid, caso éste último en el que podría inferirse la encomienda a dicha entidad de la gestión del arbitraje conforme a su Reglamento. Sin embargo, la dicción de la cláusula permite despejar esta duda cuando expresamente confiere la gestión del arbitraje a los árbitros –utiliza la locución “a quienes se les encomendará la gestión del arbitraje”, cuyo antecedente son los arbitrados designados– y no a la Corte referida.

A lo que se ha de añadir que la sumisión a arbitraje institucional debe ser particularmente clara, por su propia naturaleza, dado que entraña un contrato normativo en el que las partes condicionan y

limitan pro futuro la autonomía de su voluntad, que es sustituida por las decisiones que legal y reglamentariamente competen a la institución administradora del arbitraje.

Hemos de recordar que esta Sala ya ha puesto de relieve la innegable la conexión que existe entre la autonomía de la voluntad de los contratantes, que ha de ser ejercida con libertad y en condiciones de igualdad, y la "limitación" que a esa autonomía supone la aceptación de un arbitraje institucional, que precisamente por ello ha de ser una aceptación libre, inequívoca y respetuosa con el principio de igualdad, cuya quiebra no sería admisible aun en el caso de que fuera consciente y deliberada.

Como hemos dichos en nuestras Sentencias de 13 noviembre 2014 y 10 de mayo de 201 (FJ 3, procedimiento de nombramiento de árbitro 94/2015), "de la 'limitación' que a la autonomía de la voluntad supone la sumisión a un arbitraje institucional da cuenta el art. 4.a) LA al señalar que, cuando una disposición de la LA deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, las está facultando, a su vez, para que, sobre ese asunto —excepto en el caso de lo previsto en el art. 34 LA—, pueda resolver, en lugar de las partes y en virtud de su decisión, una institución arbitral. Y más claro es aún el art. 4.b) LA cuando, expresa y terminantemente, proclama como integradas en el convenio arbitral las disposiciones del Reglamento de Arbitraje al que las partes se hayan sometido. La Exposición de Motivos de la LA es del mayor interés a la hora de efectuar una exégesis auténtica de este art. 4. Destacamos las siguientes afirmaciones: "Esta Ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del Reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido. Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral que, por mor de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo. De este modo, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral".

En otras palabras: las decisiones de la institución que administra el arbitraje se integran o, si se quiere, son expresión misma de la voluntad de todas las partes que suscriben el convenio arbitral —por delegación de éstas. Y qué duda cabe de que la institución administradora del arbitraje tiene encomendadas legalmente unas funciones y atribuidas unas responsabilidades de primer orden, que se traducen en verdaderas decisiones, cuya validez se enraíza y, por ello, se supedita a la validez misma del consentimiento de las partes que está en el origen de su actuación".

De ahí que sea evidente de toda evidencia que la sumisión a una institución arbitral deba realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad, que ha de ser inequívoca, y que resulte asimismo incuestionable que la posición de la institución arbitral en el ejercicio de sus funciones, que aúna y representa la voluntad de ambas partes, haya de estar regida por la debida ecuanimidad.

CUARTO: Verificada la existencia de convenio arbitral —ambas partes lo admiten— y que la sumisión lo es a arbitraje *ad hoc*, debemos plantearnos, acto seguido, si, a la vista de la prueba obrante en autos, la actora acredita la concurrencia del presupuesto material de su acción: que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes.

Ciertamente Alpha Bioresearch, S.L., no reclamó de Clinkey, S.A., el nombramiento de un árbitro de común acuerdo, ni, en su defecto, designó uno a la espera de que, de contrario, se nombrara un segundo árbitro, dando curso al procedimiento pactado. Alpha remitió un escrito, datado el 17 febrero 2016 —doc. 3 de la demanda—, en el que, tras reclamar la deuda correspondiente al primer plazo del Acuerdo de 26 julio 2013, junto con sus intereses y recargos, dice:

"En el Acuerdo de 26 julio 2013 se contempla la posibilidad de acudir al arbitraje, pero no se establece una renuncia expresa de las partes a su fuero propio. Al objeto de clarificar esta cuestión, le requiero para que me indique si quiere someter la controversia a una solución arbitral, en cuyo caso mi representada no se opondría y procedería a iniciar los trámites necesarios para ello. En caso afirmativo le indico que yo sería el interlocutor de Alpha Bioresearch para el nombramiento del árbitro, necesitando que me indique quién sería el representante de Clinkey, S.A. a esos efectos".

“Quedo a la espera de sus noticias para clarificar esta cuestión y someter la controversia al arbitraje o a la vía judicial, dejando esta cuestión a su elección dentro de un plazo prudencial de 10 días desde la recepción de esta carta”.

La demandada, en su réplica al anterior escrito –doc. 4 de la demanda–, tras negar la existencia de deuda alguna y afirmar que no existe ningún contencioso pendiente, manifiesta su “disconformidad con la totalidad de la comunicación de 17 febrero 2016, enviada por el Estudio Legal Foro Legal Abogados, y os emplazamos a desistir de reclamaciones o pretensiones sobre importes no debidos o cantidades adicionales no previstas en los acuerdos”.

De esta documental se sigue, a juicio de la Sala con toda evidencia, una voluntad claramente obstaculada de C. al cumplimiento de un convenio arbitral que, por otra parte, ha reconocido en estas actuaciones como existente. La demandada, al contestar al requerimiento, no se limita a negar la existencia de la deuda, niega la controversia misma e insta a la actora a que desista –a que no emprenda– reclamación de ninguna clase. En estas circunstancias estimamos que Alpha Bioresearch no podía razonablemente esperar que las partes se pusieran de acuerdo en el nombramiento de un árbitro o que, tras designar ella uno, pudiera confiar en que la demandada hiciese lo propio al efecto de luego proceder a la designación de un tercero de la lista de la Corte de Arbitraje de Madrid. ¿Qué sentido tendría ahora exigir a la demandante que inicie el procedimiento de nombramiento de árbitro pactado en el convenio, cuando la respuesta que recibe a su abierta solicitud a la demandada –dejando a su voluntad la elección de la vía arbitral o jurisdiccional, pero brindándose a designar un árbitro– consiste en negar la controversia e instar a que de ningún modo se reclame? La Sala considera, en definitiva, que ALPHA Bioresearch acude cabalmente a este tribunal porque razonablemente pudo deducir de la contestación a su requerimiento que no habría la menor colaboración para la designación de árbitro pactada...

Concurren, pues, los presupuestos materiales de la acción que la Ley exige –convenio e imposibilidad de designar árbitro–, por lo que la demanda ha de ser estimada.

Estimada la demanda, es evidente que no ha lugar a acceder a la petición subsidiaria de la demandada –que suplica que el Tribunal ordene que el arbitraje sea administrado por la Corte de Arbitraje de Madrid de acuerdo con su Reglamento–, pues, como queda dicho, ni se sigue del Convenio la sumisión a arbitraje institucional, ni en sentido estricto es materia propia del proceso de designación judicial de árbitro, como lo revela el hecho de que nada obsta a que, con independencia del nombramiento que ha de efectuar esta Sala en el ejercicio de una competencia indeclinable (FJ 4 de nuestra Sentencia de 13 enero 2015, FJ 5–, Sentencia 77/2015, de 2 de noviembre), las partes puedan en su caso convenir dicho arbitraje institucional –no ceñido a la designación de árbitros–; y como lo demuestra, asimismo, la circunstancia de que si tal arbitraje institucional hubiese sido pactado, en las circunstancias del caso y tal y como postula Clinkey, hubiera procedido la desestimación de la demanda, pues la voluntad unilateral de la actora habría tenido virtualidad suficiente para acudir a la Corte correspondiente al efecto de que ésta, de conformidad con su Reglamento y/o con lo pactado por las partes, hubiese procedido a la designación de árbitro interesada.

QUINTO: Siendo procedente, pues, el nombramiento de un árbitro que decida, como árbitro único de Derecho, la controversia, el Tribunal, tal y como dispone el art. 15.6º LA, atiende a lo expresamente manifestado por las partes –en este caso, por la actora en su escrito de demanda– sobre los requisitos que ha de reunir el árbitro designado. A tal efecto, la Sala, comenzando por la letra H –Resolución de 24 febrero 2016, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, 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 (...), 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 de entre los especialistas en contratos civiles y mercantiles, ordenada alfabéticamente, y confecciona la siguiente lista de árbitros, para su posterior sorteo entre ellos de un árbitro titular y de dos suplentes, a presencia de las partes y de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el art. 15.6º de la vigente Ley de Arbitraje.