



Roj: **STSJ M 14013/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:14013**

Id Cendoj: **28079310012017100168**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/12/2017**

Nº de Recurso: **65/2017**

Nº de Resolución: **66/2017**

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: 28.079.00.2-2017/0175749

RFª.- NOMBRAMIENTO DE ARBITRO. Juicio verbal nº 65/2017

Demandante: EDICIONES MUESTRAS Y MOTIVOS, S.A. "EN LIQUIDACIÓN".

Procurador/a: Dª. Nuria Feliú Suárez.

Demandados :

Dª. Lourdes

D. Carlos Francisco

Procurador/a: D. Luis de Villanueva Ferrer.

D. Luis Miguel

Procurador/a: D. Luis de Villanueva Ferrer.

D. Juan Antonio

Procurador/a: D. Luis de Villanueva Ferrer.

Dª. Nicolasa

Procurador/a: D. Luis Villanueva Ferrer.

Dª Petra

Ejerce su propia representación en su calidad de Procuradora

SENTENCIA Nº 66/2017

Excmo. Sr. Presidente:

D. Francisco Javier Vieira Morante

Ilma. Sra. Magistrada Doña Susana Polo García

Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a 13 de diciembre del dos mil diecisiete.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por medio de Lexnet el 16 de octubre de 2017 y por el Registro General de este Tribunal Superior de Justicia con fecha del siguiente día 17 tiene entrada en esta Sala la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Nuria Feliú Suárez, en representación de EDICIONES MUESTRAS Y MOTIVOS, S.A. "EN LIQUIDACIÓN" (en adelante EDICIONES), en cuya virtud solicita el nombramiento judicial de un árbitro que dirima, en Derecho, la controversia surgida con los demandados por las discrepancias expresadas por éstos en relación con las propuestas sometidas a la Junta General de Socios - Acuerdos a tomar por la Sociedad celebrada el día 26 de septiembre de 2017, cuya Acta, protocolizada notarialmente, se acompaña como **doc. nº 5** .

SEGUNDO .- Por Decreto de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala de fecha 18 de octubre de 2017 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 los demandados por diez días hábiles, con traslado de la demanda y documentación acompañada, al efecto de que conteste a la misma.

TERCERO .- El día 10 de noviembre de 2017 la demandada D^a. Petra , Procuradora de los Tribunales de Madrid, en su propio nombre y derecho, contesta a la demanda mostrando su conformidad con la designación judicial de Árbitro, que debería ser Abogado, no considerando precisa la celebración de vista.

CUARTO .- D. Juan Antonio , por una parte, y D. Carlos Francisco y D^a Lourdes , por otra, actuando bajo la misma representación y defensa -Letrado D. Alfredo Rebollal Méndez-, presentan sus respectivas contestaciones a la demanda el día 13 de noviembre de 2017 oponiéndose a la petición de nombramiento de árbitro e interesando, amén de la celebración de vista, la desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte actora.

D. Luis Miguel y D^a Nicolasa , también con la misma postulación y defensa (Letrado D. Álvaro Toledano Fernández-Porras), presentan sendas contestaciones a la demanda el día 14 de noviembre de 2017, solicitando su íntegra desestimación con condena en costas a la demandante.

QUINTO .- Teniéndose por contestada la demanda y habiendo solicitado la actora y varios de los demandados la celebración de vista, se señala la misma, por disposición expresa del art. 438.4 LEC , para el día 12 de diciembre de 2017, a las 10:00 horas (DIOR 23.11.2017), tras cuya celebración quedaron los autos conclusos para deliberación y fallo.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande (Decreto 18.10.2017), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sociedad demandante, en liquidación, pone de relieve que actúa representada por sus liquidadores mancomunados, según resulta del Auto 40/2016, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid en el Expediente de Jurisdicción Voluntaria nº 317/2015 y de los subsiguientes Decretos de nombramiento, que adjunta como **docs. núms. 2,3 y 4** .

Relata la actora que en la Junta General de la Sociedad celebrada el 26 de septiembre de 2017 -cuya Acta, protocolizada notarialmente, aporta como **doc. nº 5** - surgieron discrepancias entre la Sociedad y los demandados, " *al haber expresado su desacuerdo, del que deriva la controversia, en relación con las propuestas sometidas a la Junta General de Socios* " .

Invoca EDICIONES el convenio arbitral contenido en sus Estatutos de Sociales -acompaña como **doc. nº 6** copia de la certificación del Registro Mercantil de dichos estatutos-, cuyo artículo 34º, *inserto en el Capítulo V bajo la rúbrica Disolución y Liquidación de la Sociedad* , dice:

" *Las controversias que se susciten entre la Sociedad y sus socios será resueltas mediante el procedimiento de **arbitraje** de derecho, conforme a la Ley de 5 de diciembre de 1988, exceptuándose aquellos supuestos en que la Ley establezca imperativamente otro procedimiento*".

Actos seguido, especifica los puntos de discordia sobre los que habrá de versar el **arbitraje** según se encuentran recogidos en el Acta -doc. nº 5-, que conciernen:

1º) A si se ha respetado o no el derecho de información de los socios con la puesta a disposición de la documentación societaria realizada el 21.09.2017 y que los demandados no reconocen al no haberse verificado en la sede social;



2º) Al rechazo de la aprobación del Balance de Liquidación presentado por los Liquidadores y visado por la Interventora Judicial -punto 28º del Acta.

3º) A la votación del ejercicio de la acción social contra los Administradores Dª. Nicolasa y D. Luis Miguel -punto 26º del Acta- y a si deben, o no, ser computados los votos de los Administradores contra los que se dirige tal acción social al encontrarse los mismos en conflicto de intereses de la LSC.

4º) Al rechazo de la aprobación de las cuotas ya recibidas por los socios como una parte firme y definitiva de los saldos del balance de liquidación -punto 29º del Acta.

5º) Al rechazo de la aprobación de una reducción del capital social y reservas voluntarias -punto 30º del Acta.

6º) Al rechazo del derecho de separación de los socios -punto 31º del Acta.

Aduce la demandante que la transcrita cláusula arbitral - art. 34º de los Estatutos Sociales- no prevé un procedimiento a seguir para la designación de árbitros, por lo que se ha de aplicar la Ley de Arbitraje, y ser uno y en Derecho el Árbitro designado por este Tribunal para laudar. En su virtud, con invocación de los arts. 8 y 15.3 LA, interesa " *el nombramiento judicial de árbitro para dirimir la contienda existente entre Muestras y Motivos, S.A., y los socios reseñados, con expresa imposición de costas a la demandada si se opusiere a esta petición* ".

Ni en la demanda ni en la documental que a ella se acompaña se hace mención alguna ni se acredita que la actora haya requerido a los demandados, directa o indirectamente, para intentar el nombramiento de árbitro.

Como queda dicho, la codemandada Dª. Petra, contesta a la demanda mostrando su conformidad con la designación judicial de Árbitro, que debería ser Abogado.

Por el contrario, D. Juan Antonio, por una parte, y D. Carlos Francisco y Dª Lourdes, por otra, actuando bajo la misma representación y defensa, presentan sus respectivas contestaciones a la demanda -de contenido sustancialmente idéntico- oponiéndose a la petición de nombramiento de árbitro, ante todo, *por falta de legitimación activa de EDICIONES MUESTRAS Y MOTIVOS, S.A. (EN LIQUIDACIÓN), para impugnar sus propios Acuerdos* adoptados en Junta General con independencia de su legalidad o ilegalidad-art. 206.1 LSC y 11 bis.3 LA-, debiendo hacer constar en la demanda la condición con que en cada caso se promueve la impugnación (con cita de la STS, 1ª, 18.06.2012). Señalan también los codemandados que han solicitado la separación de dichos liquidadores del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, hallándose tal procedimiento pendiente de resolución -docs. 1, 2 y 3. En segundo término, de nuevo con mención del art. 206 LSC, esta vez en su apartado tercero, sostienen su falta de legitimación pasiva, habida cuenta de que las acciones de impugnación de acuerdos sociales deben dirigirse contra la sociedad. Con carácter subsidiario, alegan estos codemandados la defectuosa constitución de la litis, toda vez que "la empresa actora no ha procedido a demandar y/o traer a este procedimiento a todos los socios que componen el 100% del capital social: faltarían "Dª Marisol -que votó representada en la Junta de 26 de septiembre de 2017- y D. Jose Carlos que, si bien es cierto que interviene en este procedimiento como representante de la Empresa, no es menos cierto que no comparece como socio".

La contestación a la demanda de D. Carlos Francisco y Dª. Lourdes aduce, además, que el art. 34º de los Estatutos no prevé la sumisión a arbitraje de los conflictos entre los socios, siendo así que la propia demandante reconoce que el procedimiento se inicia con el fin de " *someter a dicho arbitraje las discrepancias existentes entre los socios* ".

Por su parte, D. Luis Miguel y Dª Nicolasa, también con la misma postulación y defensa, presentan sendas contestaciones en que, de un lado, en anuencia con lo expresado por otros codemandados, alegan la falta de legitimación activa de la mercantil actora para impugnar sus propios acuerdos ex art. 206 LSC. Mas, con carácter incluso previo, sostienen estos codemandados, con transcripción de la Sentencia de esta Sala de 21 de marzo de 2017 -recaída en el procedimiento nº 89/2016- que no procede el nombramiento de Árbitro porque la demanda infringe el art 15.3 LA, habida cuenta de que, aun no previendo el convenio arbitral procedimiento alguno para la designación, EDICIONES nunca requirió a los demandados al efecto de intentar llegar a un acuerdo sobre el árbitro o árbitros que hubiesen de laudar, incumpliendo así un requisito de procedibilidad de la solicitud de nombramiento judicial.

En el acto de la vista la parte demandante solicita, como cuestión previa, su suspensión al efecto de intentar convenir sobre el nombramiento de árbitro. La defensa de la codemandada-allanada muestra su conformidad, a diferencia de los restantes codemandados, quienes refrendan su falta de interés en que, iniciada ya la vista, tenga lugar una tentativa de pacto *sobre un objeto del proceso que entienden improcedente en todo caso*. El Tribunal, ante la falta de acuerdo y en aplicación del art. 19.4 LEC ordena la prosecución del juicio.

En cuanto al fondo la actora se ratifica su escrito de demanda, se opone a las excepciones formuladas de contrario y, de modo señalado, al entendimiento que del art. 15.3 LA refiere la contestación de D. Luis



Miguel y D^a Nicolasa ; solicita el recibimiento del pleito a prueba, proponiendo que se admita la documental acompañada a la demanda y la más documental -integrada por diez documentos- que aporta en el acto.

La defensa de D. Juan Antonio , D. Carlos Francisco y D^a Lourdes reitera los alegatos de su escrito de contestación y añaden incluso una excepción no aducida en su momento: la de defecto legal en el modo de proponer la demanda por entender que no ha quedado delimitada la controversia que se pretende someter a **arbitraje**. También interesa el recibimiento del pleito a prueba y la admisión de la documental pública y privada que acompaña a su escrito de contestación y del doc. n^o 5 de los aportados con la demanda, que hace suyo.

La representación de D^a. Petra corrobora su allanamiento.

Por último, la defensa de D. Luis Miguel y D^a Nicolasa , en primer lugar, lamenta un error material en el encabezamiento de su escrito de contestación -no dirigido a este Tribunal-, reiterando en todos sus puntos las defensas procesales y materiales contenidas en dicho escrito, no sin enfatizar - pese a estar ya resuelto por la Sala- que no han aceptado la suspensión de la vista -que juzgan legalmente improcedente- cuando previamente la contraparte no ha querido acordar. Formula, empero, una alegación complementaria, a la luz del allanamiento de la codemandada, que juzga fraudulento. Solicita el interrogatorio de D^a. Petra , que se tenga por incorporada la documental que adjunta a su contestación, y se opone a la admisión de la más documental aportada por la demandante en el acto de la vista por estimarla en unos casos impertinente y, en otros, extemporánea (arts. 283 y 270 LEC).

Tras un breve receso para deliberar sobre la prueba interesada, la Sala acuerda admitir la documental aportada, también la acompañada en el acto por la actora, sin perjuicio de su valoración en Sentencia de conformidad con el limitado objeto del proceso que nos ocupa. No se admite el interrogatorio de la codemandada D^a. Petra , por inútil para la decisión de la causa, puesto que, con independencia de lo que más adelante se dirá sobre el allanamiento -posible en este tipo de procesos-, cuáles sean las motivaciones del mismo -que es sobre lo que se la pretende interrogar- resultan de todo punto irrelevantes para el fallo que se haya de dictar dado el objeto de este proceso y el limitado ámbito de cognición que en él tiene lugar.

Interpuesto recurso de reposición por la representación de D. Luis Miguel y D^a Nicolasa por infracción del art. 301 LEC , y evacuadas alegaciones al respecto por las demás partes intervinientes, la Sala lo desestima, formulando la oportuna protesta la parte recurrente.

SEGUNDO .- El artículo 15 de la vigente Ley de **Arbitraje** dispone en su apartado 3 que, 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 o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello.

Asimismo, el apartado 5 de ese mismo artículo 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, este Tribunal debe limitarse a comprobar, mediante el examen de la documentación aportada, la existencia o no del convenio arbitral pactado, que se ha realizado el requerimiento a la parte contraria para la designación de árbitros, la negativa 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, como tantas veces hemos dicho, 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. 22.1 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), sobre la comprobación de la



arbitrabilidad de la controversia, y mucho menos entrar a resolver acerca de si el *thema decidendi* que se va a someter a **arbitraje** - impugnación de uno o varios acuerdos sociales o meras discrepancias que no alcancen la consideración de Acuerdo- lo es con las debidas legitimación activa y/o pasiva, pues dicho análisis concierne a la decisión de fondo, en sí misma considerada, que el árbitro ha de adoptar al dirimir la concreta contienda que ante él se suscite, entre la que se incluye, como queda dicho, la determinación de los límites de su propia competencia y, desde luego, el alcance del convenio arbitral, en este caso del art. 34º de los Estatutos sociales (en tal sentido, *mutatis mutandis* , las Sentencias de esta Sala 77/2015, de 2 de noviembre , y 80/2015, de 5 noviembre (roj STSJ M 12655/2015 y 12657/2015 , respectivamente).

A lo anterior hemos de añadir por su conexión con lo debatido en el presente procedimiento -como dijimos en nuestro Auto 20/2014, de 18 de septiembre , y en la Sentencia 77/2015, de 22 de noviembre -, la doctrina sentada por las SSTs, 1ª, nº 886/2004, de 15 de septiembre (FJ 4) -ROJ STS 5699/2004 - y nº 776/2007, de 9 de julio (ROJ STS 5668/2007) en relación con el llamado "**arbitraje** estatutario". Así, la STS nº 776/2007 declara (FJ 3):

La STS de 18 de abril de 1998 , siguiendo el precedente sentado por la RDGRN de 19 febrero de 1998, reflejó un importante cambio doctrinal al declarar que, en principio, no quedan excluidas del **arbitraje** y, por tanto, del convenio arbitral, la nulidad de la junta de accionistas y la impugnación de los acuerdos sociales; sin perjuicio de que, si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre él, so pena de ver anulado total o parcialmente el laudo, pues el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de los acuerdos sociales no empece su carácter negocial y, por tanto, dispositivo.

De esta doctrina se desprende que los Estatutos, como negocio constitutivo que tiene su origen en la voluntad de los fundadores, pueden contener un convenio arbitral para la resolución de controversias de carácter social, el cual, manteniendo el carácter de regla accesoria a los estatutos o paraestatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, y vincular no sólo a los firmantes, sino, mediante su inscripción en el Registro Mercantil, en virtud del principio de publicidad registral, a los socios presentes y futuros, en cuanto constituye uno de los elementos que configuran la posición de socio, de forma análoga a como admitía el artículo 163.1.b de la Ley de Cooperativas [LC] de 2 de abril de 1987, en precepto incorporado a la disposición adicional décima, apartado 2, de la LC vigente.

Y ello sin perjuicio, claro, está, de la necesidad de que la inclusión o la modificación posteriores de la cláusula compromisoria en los Estatutos haya de contar con la voluntad de los afectados, tal y como indica expresamente la mencionada STS nº 776/2007 , con cita de la STC 9/2005 .

TERCERO .- A la luz de estas consideraciones generales sobre el ámbito objetivo de este proceso, debemos en primer término, como antecedente lógico y jurídico de cualquier pronunciamiento sobre el fondo, analizar el alcance, en estos procesos, de los alegatos de falta de legitimación activa o pasiva y de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, esto es, el alegato subsidiario sobre la irregular constitución de la litis -por no formular la demanda contra todos los socios, y hacerlo solo contra aquellos con los que habría surgido la controversia.

Cuanto la Sala va a decir lo hace no sin dejar constancia previa de unas precisiones conceptuales, muy clarificadoras, de la STS, 1ª, 869/2011, de 7 de diciembre (FJ 2):

"Procede detener la atención en los términos legitimatio "ad processum" y "legitimatio ad causam". El primero hace referencia a la capacidad procesal, singularmente a la modalidad de capacidad para actuar en el proceso. Se funda en circunstancias subjetivas y, salvo la excepción de algunos actos procesales, tiene carácter abstracto o genérico, en el sentido de que hace abstracción del objeto concreto del proceso, o del acto. La legitimación propiamente dicha atiende al objeto del proceso, o mejor, a la posición o situación de una persona respecto del mismo. La legitimación tiene dos perspectivas: la procesal y la material (ésta es la tradicionalmente denominada "legitimatio ad causam"). La procesal - en el tipo o clase de ordinaria activa- consiste en la afirmación de un título -derecho subjetivo, relación jurídica, situación jurídica- coherente con el resultado procesal pretendido. Supone, por consiguiente, una afirmación y exige una coherencia jurídica entre la titularidad afirmada, con independencia de su realidad, y las consecuencias jurídicas que se pretenden. La legitimación material (tradicional "ad causam") hace referencia a la existencia y/o pertenencia -realidad de la titularidad- del derecho. Tiene una estrecha relación con el fondo del proceso, y aunque puede ser de examen prioritario, también cabe que se integre e identifique con el propio fondo del proceso".

La *legitimatio ad causam* , verdadera cuestión de fondo, debe ser analizada, también desde el prisma de la regular constitución de la litis, atendiendo a la naturaleza de la pretensión ejercitada y a los límites objetivos legalmente establecidos para el tipo de proceso que se ventile. En este sentido, no cabe sino insistir en que estamos ante una demanda de solicitud de nombramiento de árbitro, con el limitado objeto que le es propio; objeto que viene fundamentalmente precisado por la verificación, *prima facie* , de la existencia de un convenio



arbitral y la determinación, también *prima facie*, de su contenido y alcance objetivo y subjetivo, amén de la comprobación de que las partes no han podido proceder, *per se*, a la designación impetrada.

En Sentencias precedentes -v.gr., las citadas 77/2015, de 2 de noviembre, y 80/2015, de 5 noviembre - hemos señalado que la tutela jurisdiccional que consiste en nombrar un árbitro puede ser demandada y ha de hacerse efectiva respecto de las personas a que se refiera el convenio arbitral y, por qué no, respecto de sus sucesores; pero la Sala no puede entrar a analizar -lo hemos reiterado *ad nauseam* - la arbitrabilidad de la materia sobre la que recae la controversia anunciada, ni, más allá de los términos del convenio, el real alcance subjetivo de lo que se vaya a someter a la consideración del árbitro, en el que se incluye -obvio es decirlo- la legitimación activa o pasiva -en cuanto a la pretensión de fondo que se vaya a suscitar- de demandantes y demandados en el futuro procedimiento arbitral.

En el caso, es inconcuso que la solicitud de nombramiento de árbitro puede ser formulada por la Sociedad frente a los socios de la misma: tales son los sujetos que aparecen en la cláusula arbitral, y tales son a los que, *prima facie*, ésta vincula...

Tampoco cabe ignorar que la Sociedad actora se halla "en liquidación" y que su capacidad procesal -*legitimatio ad processum* - se ha integrado debidamente pues los liquidadores mancomunados ostentan la representación de la sociedad -art. 379 LSC-.

A partir de aquí la Sala tiene que recordar que la legitimación *ad causam* ha de analizarse en relación con el objeto específico del proceso de que se trate. En este momento hemos de verificar si, *prima facie*, existe un convenio que afecte a demandantes y demandados, y así es a todas luces. También hemos de reparar en que el convenio se inserta en el Capítulo V de los Estatutos Sociales, específicamente referido a la *Disolución y Liquidación de la Sociedad*: las controversias que la actora identifica aparecen, de nuevo *prima facie*, surgidas en el seno de las operaciones de liquidación de la sociedad; sin que tampoco esté de más traer a colación que la propia LSC prevé la posibilidad de que los liquidadores "*puedan concertar arbitrajes cuando así convenga al interés social*" (art. 379.3 LSC).

A salvo de lo que se dirá más adelante, es claro que, desde el limitado análisis que ahora estamos llamados a efectuar, la solicitud de nombramiento de árbitro se acomoda a las previsiones del convenio: surgimiento de controversias de plural naturaleza entre la sociedad "*en liquidación*" -que es formalmente la actora- y unos determinados socios que se oponen a las propuestas de los liquidadores.

A partir de estas verificaciones externas, no corresponde a esta Sala -en este procedimiento- analizar, en primer lugar, la real naturaleza de la controversia surgida, más allá de que lo es estando la Sociedad en liquidación: por ejemplo, si lo que se pretende impugnar son, o no, genuinos acuerdos sociales; tampoco hemos de analizar la legitimación *ad causam*, activa o pasiva, de la controversia que eventualmente se formule ante quien esté llamado a laudar: como regla, la legitimación para impugnar acuerdos sociales corresponde -en lo que guarda similitud con el caso actual- a los administradores -a título individual, y no como órgano de la sociedad- frente a la sociedad -art. 206 LSC; sin embargo, habrán de ser, en su caso, los árbitros quienes resuelvan al respecto y analicen si la peculiar situación de liquidación de la sociedad admite, o no, alguna suerte de modulación en las previsiones del art. 206 LSC y demás preceptos que pudieran resultar de aplicación (v.gr., art. 379 LSC).

En definitiva: no es propio de este procedimiento resolver si la sociedad en liquidación está legitimada activamente -a través de sus liquidadores- para impugnar la toma de acuerdos o el rechazo de operaciones de liquidación supuestamente adoptados en contra del interés social, ni si esos mismos Acuerdos han llegado a adoptarse o revisten la naturaleza de tales -v.gr., la controversia surgida en torno al recto ejercicio del derecho de información a los socios-, ni tampoco, por tanto, si se hallan legitimados pasivamente -y menos en régimen de litisconsorcio necesario (visto el tenor del art. 206.4 LSC)- los socios que no se han opuesto a las propuestas de los liquidadores o han de ser demandados todos los partícipes en la sociedad...De ahí que esta Sala, dentro de los límites de su enjuiciamiento, no deba llamar al proceso a los socios preteridos a los efectos del nombramiento de árbitro, respecto de los que ningún litisconsorcio pasivo necesario se representa como evidente. Si después la concreta pretensión que se hubiese de ejercitar ha de tener efectos directos, o no, sobre terceros ausentes del **arbitraje** o a quienes no vincule el convenio arbitral -o sí vincule porque les sea extensible-, o si dichos terceros han de ser llamados para que puedan intervenir adhesivamente en el procedimiento arbitral -o les asiste el derecho de hacerlo-, son todas cuestiones que, en su caso, han de ser planteadas y resueltas, en primer lugar, por el árbitro, ex art. 22 LA; y, eventualmente, por esta Sala, pero solo ante el posible ejercicio de la acción de anulación contra el Laudo -así, v.gr., en nuestra Sentencia 65/2016, de 13 de octubre (roj STSJ M 11921/2016).

A la luz de lo que antecede, se aprecia con mayor claridad, si cabe, la improcedencia de la excepción de "defecto legal en el modo de proponer la demanda" formulada en el acto de la vista por la defensa de D. Juan Antonio, D. Carlos Francisco y D^a. Lourdes. En primer lugar, nada justifica, y más con la vigente redacción del



art. 438.1 LEC -en conexión con el art. 405 LEC - que dicha excepción no haya sido alegada en el escrito de contestación; en segundo término, ya hemos dejado constancia en el FJ 1º de esta resolución de cómo la actora sí especifica los puntos de discordia sobre los que habrá de versar el **arbitraje** según se recoge en el Acta que acompaña como doc. nº 5; documento que, por cierto, la propia demandada que excepciona hace suyo. A partir de aquí, y sin perjuicio de la posibilidad de precisar e integrar el objeto del **arbitraje** que en su día pudiera celebrarse, habrá de ser el árbitro quien decida, en primer término, sobre la naturaleza de tales controversias y sobre si resultan o no amparadas por el convenio arbitral.

CUARTO .- Procede, a continuación, analizar aquel alegato de una de las contestaciones a la demanda que, con apoyo en la Sentencia de esta Sala 61/2016 , entiende que EDICIONES carece de legitimación activa porque nunca requirió a los demandados para designar árbitro de común acuerdo, aun cuando el convenio no previera un procedimiento al efecto.

Afirmada la controversia y constatada *prima facie* su realidad, su definitiva concreción y eventual acreditación de los hechos en que se funda habrá de hacerse en el seno del correspondiente proceso arbitral; sin embargo, sí es cierto que 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: *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, cuya existencia, lisa llanamente, no se ha verificado, porque ni siquiera se ha intentado efectuar el nombramiento, ni la contraparte ha mostrado oposición alguna al respecto. 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...

En este caso se constata que, en efecto, los Estatutos sociales de EDICIONES -doc. nº 6- contienen una cláusula de sumisión a **arbitraje** -art. 34º- 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 artículo 11 bis de la vigente Ley de **Arbitraje** , esto es, adoptando la forma de cláusula incorporada a los Estatutos sociales 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, con la misma claridad, el convenio no prevé un procedimiento de designación de árbitros. Ahora bien, en congruencia con lo que antecede, la Sala repara, asimismo -como ha hecho en otras ocasiones-, en que tal extremo, por sí solo, no eximía a la aquí demandante de haber intentado el nombramiento de árbitro antes de incoar la demanda, aun sin procedimiento pactado al efecto, requiriendo a tal fin a los ahora demandados. *Ninguna prueba en tal sentido obra en las actuaciones. La actora ni siquiera alega tal circunstancia, que es expresamente negada por varios de los codemandados* . Cumple hacer estas precisiones porque D. Luis Miguel y Dª. Nicolasa rechazan la concurrencia del presupuesto de la acción de designación: que no haya sido posible nombrar árbitro por el procedimiento pactado o, en su defecto, por la falta de acuerdo de las partes en dicha designación.



En consecuencia, tal y como hemos dicho, entre otras, en nuestras **Sentencias 84/2015, de 17 de noviembre** (roj STSJ M 13470/2015, FJ 4), **44/2016, de 31 de mayo** (roj STSJ M 8097/2016), **61/2016, de 11 de octubre** (roj STSJ M 10730/2016, FJ 3) **21/2017, de 21 de marzo** -roj STSJ M 3263/2017 - y **19 de octubre de 2017** - recaída en autos de nombramiento de árbitro nº 55/2017, "falta el presupuesto legal de la designación judicial de árbitros previsto en el art. 15.3 LA: " *que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes* ", o, en su defecto, que dicho nombramiento ni siquiera haya sido intentado, "lo que se constituye en presupuesto material de la acción -es decir, en condición misma de la ostentación de legitimación activa" -en palabras, v.gr., del FJ 4º **S. 21/2017** .

Esta circunstancia, como regla, debe abocar a desestimar la demanda sin proceder al nombramiento del árbitro solicitado.

También conviene recordar que, a diferencia de lo que ha sucedido en otros supuestos enjuiciados por este Tribunal, en que en el acto de la vista la demandada se ha allanado a la solicitud de nombramiento de árbitro - lo que, en este tipo de procesos, es perfectamente posible dada su naturaleza claramente disponible-, aquí no se da tal circunstancia: algunos de los demandados sostienen la falta del presupuesto de hecho legalmente previsto para la estimación de la demanda con invocación de jurisprudencia de esta Sala. Y, si bien uno de los codemandados está de acuerdo en la designación de árbitro, es claro que tal allanamiento no puede vincular a los demás ni dar lugar a una estimación parcial de la demanda, toda vez que la actora ha constituido esta litis conformando un litisconsorcio pasivo y lo ha hecho formulando una pretensión que concibe como unitaria e inescindible respecto de todos los litisconsortes: la propia demandante, acertada o equivocadamente -que en ello no hemos de entrar por las razones expuestas- pretende el nombramiento de árbitro que dirima la controversia con todos los codemandados, de suerte que la decisión de esta Sala a todos ellos vincule, habida cuenta de que la actora entiende que la decisión del árbitro también les ha de afectar; y esto sin olvidar - pues es esencial- que la intervención de esta Sala, con sus efectos vinculantes, solo es admisible con carácter subsidiario, es decir, una vez fracasado el que las partes, en el ejercicio de la libertad que informa la ratificación del convenio y el devenir mismo del **arbitraje**, no hayan logrado ponerse de acuerdo sobre la designación de árbitros: aspecto que ratifica la unicidad del pronunciamiento y su carácter inescindible para todos los que afirma concernidos por él.

En este punto, se imponen una serie de consideraciones sobre el doc. nº 8 acompañado por la actora como más documental en el acto de la vista, que, en sustancia, acredita que al día siguiente de haber interpuesto la demanda de nombramiento de árbitro comunicó a los demandados tal presentación. Este hecho no puede tener relevancia para la estimación de la demanda ante todo y sobre todo por razones procesales: sin perjuicio del poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso, de la eventual pérdida sobrevenida de interés legítimo en el pleito - art. 413.1 LEC - y de la posibilidad de formular alegaciones complementarias y aclaratorias -pero de carácter accidental (art. 412.2 LEC en conexión con art. 426.2 LEC , este último, *mutatis mutandis*, aplicable al juicio verbal-, la *perpetuatio legitimationis* -la determinación de la concurrencia de los requisitos de la acción- ha de ser considerada por el Tribunal, y ha de hacerlo por referencia al momento en que se entiende producida la litispendencia - art. 410 LEC y art. 412 LEC -: la fecha de interposición de la demanda, una vez admitida.

En este sentido, no podemos entender integrado el requerimiento para el nombramiento de árbitros, como presupuesto material de la acción, por la antedicha notificación efectuada con posterioridad a la presentación de la demanda. Y ello sin detrimento de que esa comunicación constituye ciertamente un acto de buena fe, que podría ser razonablemente interpretado como un intento de incitar a un acuerdo sobre el nombramiento de árbitro antes de la contestación a la demanda, por más que no entrañe un requerimiento expreso para convenir en dicha designación.

La demanda ha de ser, pues, desestimada

QUINTO.- Pese a la desestimación de la demanda, no ha lugar a la imposición de costas a la parte actora: la Sala aprecia que el caso, por su singularidad, presenta serias dudas de hecho y de Derecho (art. 394.1 *in fine* LEC).

Debemos aclarar primeramente que dicha eventual condena -que no vamos a imponer- afectaría solo a las costas causadas a instancia de los codemandados que no se han allanado, sin que, por razón de la naturaleza de este proceso -donde el allanamiento es un acto válido, aunque *in casu* no pueda resultar eficaz- fuera dable extender la imposición de costas al codemandado allanado -que no ha sido requerido para el nombramiento de árbitro y manifiesta su conformidad antes del acto de la vista-, a diferencia de lo que sucede en los procesos de anulación de Laudo arbitral, donde la íntegra asunción por uno de los codemandados de la posición jurídica de la actora sobre la anulación del Laudo hace inexcusable la extensión a ella de la condena en costas caso



de ser desestimada la pretensión de anulación (Sentencia de esta Sala 69/2016 de 2 de noviembre , recaída en autos nº 35/2016 -roj STSJ M 11928/2016).

Además de lo anterior -nunca procedería una condena total en costas-, hemos de convenir en que el caso -como revela lo manifestado a lo largo de esta Sentencia- suscita no pocas dificultades de hecho y/o de Derecho: de entrada, los alegatos de falta de *legitimatío ad causam* y de incorrecta constitución de la litis opuestos por los demandados, que han sido desestimados, pero que revelan su especial dificultad de análisis dada la singular naturaleza del objeto de este proceso y el hecho de que sea la sociedad quien demande aunque por iniciativa de sus liquidadores, a lo que no obsta, en cuanto a la problematicidad del caso, el hecho de que el convenio arbitral sí esté claramente referido a controversias surgidas en el seno de la actividades de liquidación de la sociedad. De otro lado, atendemos a que la inmediata comunicación de la interposición de la demanda por parte de EDICIONES -comunicación que no se ha negado por los demandados en el acto de la vista- entraña un grado añadido de dificultad a la hora de determinar en Derecho lo efectos que de ella se siguen; además, esa comunicación reviste el caso de una complejidad aneja a la puramente jurídica: no es un requerimiento para un nombramiento de árbitro, pero no obstante sí es un acto expresivo de buena fe en la voluntad de llevar adelante el convenio -criterio al que esta Sala siempre ha concedido relevancia en esta suerte de procesos-, a diferencia de la mala fe reprobada en otros supuestos como el enjuiciado en nuestra Sentencia 35/2017, de 16 de mayo -roj STSJ M 5177/2017 .

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

Desestimar la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Nuria Feliú Suárez, en representación de EDICIONES MUESTRAS Y MOTIVOS, S.A. "EN LIQUIDACIÓN", contra D^a. Lourdes , D. Carlos Francisco , D. Luis Miguel , D. Juan Antonio , D^a. Nicolasa y D^a Petra , para el nombramiento de árbitro que dirima, en Derecho, las controversias surgidas en la Junta General de Socios celebrada el 26 de septiembre de 2017; sin expresa imposición de las costas de este procedimiento.

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.