



Roj: **STSJ M 659/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:659**

Id Cendoj: **28079310012018100016**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/01/2018**

Nº de Recurso: **69/2017**

Nº de Resolución: **4/2018**

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: 28.079.00.2-2017/0181992

**RFª.- NOMBRAMIENTO DE ARBITRO. Juicio verbal nº 69/2017**

**Demandantes:** D. Olegario y NIBRA INVERSIONES, S.L.

Procurador/a: Dª. María Dolores González Company.

**Demandados :**

D. Jose Ramón

D. Abilio

LA RUMBA GESTIÓN, S.L.

Procurador/a: Dª. Andrea De Dorremochea Guiot

**SENTENCIA N° 4/2018**

**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 16 de enero del dos mil dieciocho.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por medio de Lexnet el 25 de octubre de 2017 y por el Registro General de este Tribunal Superior de Justicia con fecha del siguiente día 26 tiene entrada en esta Sala la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Dª. María Dolores González Company, en representación de D. Olegario y de la sociedad NIBRA INVERSIONES, S.L. (en adelante, NIBRA), en cuya virtud solicita el nombramiento judicial de un árbitro " *familiarizado con las disputas societarias* " que dirima, en Derecho, la controversia surgida con los demandados en tanto que administradores de la mercantil LA RUMBA TARUMBA, S.L. -de la que los actores son partícipes-, por desviación de negocio de esta sociedad, con infracción del deber de lealtad, a otras sociedades controladas por los administradores demandados - **docs. 2 a 4** de la demanda.



**SEGUNDO** .- Por Decreto de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala de fecha 27 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** .- Los demandados contestan a la demanda mediante escrito presentado vía lexnet en fecha 23 de noviembre de 2017 en el que, previa indicación de que acreditarán su representación mediante apoderamiento *apud acta*, solicitan se dicte Sentencia " *por la que se desestime íntegramente la demanda con expresa condena en costas a los actores de forma solidaria* "; manifiesta asimismo -segundo otrosí digo- " *la voluntad de que se celebre vista* ".

**CUARTO** .- Integrada la postulación procesal de los demandados por comparecencia *apud acta* nº 20/2017, de 14 de diciembre -acordada por DIOR de 28.11.2017-, se tiene por contestada la demanda y, de acuerdo con lo interesado por la parte demandada, se señala la celebración de vista - ex art. 438.4 LEC -, para el día 16 de enero de 2018, a las 10:00 horas (DIOR 14.12.2017).

**QUINTO** .- Celebrada la vista en el día y hora indicados, quedaron los autos conclusos para deliberación y fallo.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande (Decreto de 27.10.2017), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Pretenden los demandantes el nombramiento de árbitro único que solvente, en Derecho, la disputa surgida "por la desviación de negocio de LA RUMBA TARUMBA, S.L. (en adelante, LRT), a sociedades controladas por sus administradores", aquí demandados. Aduce, al respecto, que, como ya pusieron de manifiesto en la Junta General celebrada por LRT el día 12 de diciembre de 2016 -de la cuya Acta acompaña copia notarial como doc. nº 3- los demandados habrían desarrollado una actividad concurrente con la de LRT, en competencia desleal con ella, " *al constituir ellos mismos una sociedad competidora replicando el modelo de negocio de LRT, dando entrada a su círculo de contactos en el capital de la sociedad creada y excluyendo en todo caso a LRT de sus propias oportunidades de negocio* ".

Invoca LRT el convenio arbitral contenido en sus Estatutos Sociales -acompaña como **doc. nº 4** copia de la nota simple de la Sociedad donde constan dichos estatutos-, cuyo artículo 37, que integra el Título VII bajo la rúbrica " *solución de controversias* ", dice:

" *Todas las cuestiones que surjan entre los socios y la Sociedad o los Administradores se resolverán por medio de **arbitrajes** de derecho privado; sin perjuicio de ellos, para aquellas en que sea necesaria la intervención judicial, renuncian al fuero que pudiera corresponderles sometiéndose expresamente a la competencia de los Jueces y Tribunales de su domicilio social*".

Señala además la actora -hecho segundo- que, con carácter previo a la incoación de la presente demanda ha intentado poner en marcha el procedimiento arbitral, a cuyo fin remitió burofax -cuya copia acompaña como **doc. nº 5** - proponiendo el inicio de un **arbitraje** dirimido por un solo árbitro, " *al que los demandados no han dado contestación alguna* ".

En su virtud, "con el objeto de suplir la reticencia de los demandados" y tras argumentar sobre la validez del convenio arbitral estatutario, interesa el nombramiento de un único árbitro que laude, en Derecho, sobre la controversia surgida, manifestando la conveniencia de que sea un especialista en Derecho societario, y sugiriendo que la designación del mismo se haga de entre los árbitros incluidos en la lista de árbitros de la Corte de **Arbitraje** de Madrid, de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid.

La documental que acompaña la demandante no ha sido impugnada de contrario.

La contestación a la demanda, tras " *negar absoluta y tajantemente las maliciosas acusaciones que se vierten frente a los demandados como fundamento del procedimiento arbitral* ", opone un argumento principal -" *premisa esencial* "-: " *la inexistencia de convenio* ": así resultaría " *de los propios actos de los demandantes, que, junto otros socios de mercantiles en que también participan, han promovido al menos dos procedimientos judiciales frente a una entidad -LA RUMBA COLÓN, S.L.- que comparte parcialmente accionariado con LA RUMBA TARUMBA, S.L. y en cuyos Estatutos se contempla una disposición idéntica en materia de **arbitraje*** ". Cita al efecto la STS, 1ª, de 15.11.2010 .

Subsidiariamente, para el solo supuesto de que se estimase procedente la designación judicial de árbitro, se alega " *la patente falta de legitimación pasiva de D. Jose Ramón y D. Abilio* en la presente litis, habida cuenta



de que el árbitro cuya designación se interesa estaría llamado a dirimir un conflicto con los administradores de LRT, y ambos cesaron en ese cargo el 12 de diciembre de 2016 -tal y como acredita el propio doc. 3 de la demanda-, momento a partir del cual no les puede vincular el convenio arbitral.

A lo anterior añade la parte demandada que es rotundamente incierto que no respondiera " *al requerimiento cursado por la contraparte para la designación de árbitro* ": "La Rumba Gestión, S.L., solicitó aclaración respecto del objeto del **arbitraje** mencionado en la carta de los hoy actores -a fin de comprobar si su pretensión tenía viabilidad o no-, **toda vez que absolutamente ninguna información se proporcionaba al respecto** " (los resaltados son del Tribunal). " *Se acompaña como doc. n.º 3 copia del burofax remitido a la adversa, de fecha 17 de octubre de 2017, y como doc. n.º 4 acuse de entrega del mismo* ". Tal requerimiento aclaratorio no habría sido objeto de respuesta por parte de los demandantes.

Sostiene asimismo la demandada que en ningún caso procede su condena en costas dado que no ha sido interesada por la parte contraria.

La documental de la demandada no ha sido impugnada de contrario.

En el acto de la vista las partes, solicitan el recibimiento del pleito a prueba y la admisión de la documental que acompañan a sus escritos de demanda y contestación, que es aceptada por el Tribunal. La parte actora aporta en el acto del juicio *más documental* -copia de escritos de alegaciones referentes a procesos ante Juzgados de lo Mercantil aludidos por la propia demandada en su contestación-, por lo que son admitidos, sin perjuicio de su valoración en Sentencia; recurrida en reposición la admisión de dicha *más documental* , la Sala ratifica su decisión por la manifiesta pertinencia de esos documentos aportados en el acto de la vista; la defensa de la demandada formula protesta.

Asimismo, las partes se ratifican en sus respectivos alegatos y pretensiones, enfatizando la actora que su intención de acudir al **arbitraje** entrañe contravención alguna con sus propios actos y permita sostener la invalidez del convenio, al tiempo que niega la parcial falta de legitimación pasiva; ambas, invalidez y falta de legitimación, reiteradas de contrario.

**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** 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. 37º 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 de noviembre (roj STSJ M 12655/2015 y 12657/2015, respectivamente; así como la más reciente Sentencia 66/2017, de 13 de diciembre, recaída en autos de nombramiento de árbitro nº 65/2017].

A lo anterior hemos de añadir por su conexión con lo debatido en el presente procedimiento -cual sucedía, v.gr., en los casos enjuiciados en nuestro Auto 20/2014, de 18 de septiembre, y en las Sentencias 77/2015, de 22 de noviembre, y 66/2017, de 13 de diciembre-, 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 examinar el alegato "de inexistencia de convenio" - sic -, que, pese a su reconocimiento como cláusula estatutaria, traería causa de los propios actos de los demandantes.

Este motivo principal de oposición a la demanda carece de toda consistencia: *prima facie*, existe a todas luces un convenio arbitral; y, desde nuestro limitado ámbito de enjuiciamiento -no sustitutivo del que corresponde al árbitro- no se acierta a ver cómo a la pretensión de aplicar en este caso la cláusula 37ª de los Estatutos de la mercantil LA RUMBA TARUMBA -cuya existencia se reconoce-, puede oponerse la no aplicación por los demandantes de una cláusula de sumisión a arbitraje que, aunque de idéntico tenor, esté contenida en los estatutos de otra sociedad... Y más cuando la parte demandada reconoce -tampoco da más detalles- que los pleitos ante los Juzgados de lo Mercantil de Madrid lo son de los actores junto con "otros socios de mercantiles en que también participan".

A lo que cabe añadir, a *fortiori*, que el *ne venire contra factum proprium* solo se predica respecto de actos previos que causen estado en el sentido de que " sean inequívocos para crear, definir, fijar, modificar o extinguir o esclarecer, sin duda alguna, una determinada situación jurídica afectante a su autor y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una contradicción o incompatibilidad según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior" ( STS de 15.11.2010, citada por la propia demandada, y, entre muchas, SSTs 26.05.2009 y 27.02.2014, y de modo señero la **STS 734/2016**, de 20 de diciembre -roj STS 5538/2016-, FJ 5º.2, apartados 1 y 2). Pues bien, además de lo principalmente indicado en el párrafo anterior -imprudencia de aplicar la interdicción con los propios actos respecto de distintas cláusulas de sumisión a arbitraje-, no cabe olvidar, de un lado, que, por mor del principio de libertad que informa la institución arbitral, las partes pueden, ocasionalmente, decidir no aplicar una cláusula sin que ello entrañe de forma necesaria su desaparición e imposible aplicación para futuras controversias; de otro lado, tampoco cabe desconocer que aquí estamos en presencia de una cláusula contenida en los Estatutos de una mercantil, cuya existencia no es cuestionable por el solo comportamiento de alguno de los socios, sino que su desaparición depende de la correspondiente modificación estatutaria adoptada con las mayorías pertinentes.

**CUARTO** .- Y qué decir del alegato de falta de legitimación pasiva de los demandados, Sres. Abilio y Jose Ramón .



No está de más 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, 80/2015, de 5 noviembre, y 66/2017, de 13 de diciembre - 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, vistos los términos del convenio -art. 37º de los Estatutos de LRT- es inconcuso que la solicitud de nombramiento de árbitro puede ser formulada por la Sociedad o los socios frente a los administradores de la misma: tales son los sujetos que aparecen en la cláusula arbitral, y tales son a los que, *prima facie*, ésta vincula... -a diferencia del supuesto de hecho analizado en nuestra Sentencia 30/2017. No se discute que los Sres. Abilio y Jose Ramón han sido hasta el 12 de diciembre de 2016 administradores de LRT; asimismo, los demandantes afirman querer someter a la decisión de un árbitro controversias surgidas por su comportamiento desleal en calidad de tales. Basta esta consideración -unida a la del tenor del convenio- para que no pueda negarse su legitimación pasiva en la presente causa; y ello sin perjuicio, claro está, de que sea el árbitro que eventualmente se designe quien esté llamado a determinar en primer término -sin menoscabo del control jurisdiccional propio de una posible acción de anulación- el real alcance subjetivo y temporal del convenio arbitral, y si este es aplicable o no a personas que ya no ostentan la condición de administradores de la sociedad, pero que sí la ostentaban en el momento de acaecer los hechos que dan pie a la controversia que busca someter a **arbitraje**.

**QUINTO** - 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 (en palabras, v.gr., del FJ 4º de la **Sentencias de esta Sala 21/2017 y 66/2017** : *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...

En este caso se constata que, en efecto, los Estatutos sociales de LRT contienen una cláusula de sumisión a **arbitraje** - art. 37º- 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 exime a la parte 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.

Pues bien, los actores cumplieron escrupulosamente con ese requisito material de la acción: consta acreditado -y no es discutido- que remitieron un burofax a los demandados el día 5 de octubre de 2017, recibido el siguiente día 6, con un contenido del todo inequívoco: refieren su intención de iniciar un procedimiento arbitral contra los demandados por su actuación como administradores de LA RUMBA -encabezando el escrito con la rúbrica **Arbitraje La Rumba Tarumba, S.L.** - (el resaltado es del propio escrito); invocan el art. 37º de los Estatutos de la Sociedad; proponen encomendar la administración del **arbitraje** y la designación de un único árbitro a la Corte de **Arbitraje** de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid; y terminan indicando estar a la espera de contestación en el plazo de 5 días naturales, anunciando que, para el caso de falta de respuesta, en aplicación del art. 15.2.a) LA, acudirían a esta Sala en solicitud de nombramiento del árbitro llamado a laudar.

Como queda dicho, la demanda se presentó el 25 de octubre de 2017: dos semanas después de haber vencido el plazo por el que se requirió a las demandadas en el sentido expuesto.

Dice la actora que sí respondió al anterior requerimiento y en efecto así es, pero no precisa que lo hizo cumplidamente transcurrido el plazo de 5 días por el que fue requerida y una vez que ya se había presentado la demanda -remite su burofax el 26.10.2017 y es entregado el siguiente día 27. A este factor puramente cronológico -de por sí muy revelador-, debemos añadir que el contenido de la respuesta se limita a solicitar aclaración y concreción de la controversia que quieren someter a **arbitraje** al objeto de poder valorar si es uno de los supuestos recogidos en el art. 37º-. Respuesta claramente evasiva por una razón muy simple: como hemos reseñado, no es cierta la afirmación de la contestación a la demanda de que el burofax remitido por los actores " *no diese absolutamente ninguna información sobre el objeto del **arbitraje*** "; identifica el thema sobre el que se ha de laudar de un modo más que suficiente para poder conocer la naturaleza y ámbito de la controversia -que no tiene por qué ser precisada cual si de una demanda se tratase (v.gr., Sentencia de esta Sala 11/2016 ; de otro lado, ningún sentido tiene recabar información para saber si el **arbitraje** es viable: la parte aquí demandante expresa en el burofax la previa existencia de "una controversia como consecuencia de sus actos de administración de La Rumba", anunciando ya su intención de acudir a un procedimiento arbitral, no de discutir entre las partes quién tiene o deja de tener razón; sin que, por último, sea justificable limitarse a requerir más datos sin dar la menor razón de por qué no se entiende aplicable una cláusula arbitral con un tenor como el que hemos descrito, en el que, *prima facie*, es subsumible el thema genéricamente enunciado por la parte actora, y sin formular, siquiera de un modo eventual, alegato alguno sobre la propuesta de administración del **arbitraje** y designación de árbitro de que se ha sido objeto.

La Sala constata un extremo de la mayor relevancia: a diferencia del caso resuelto en nuestra Sentencia 45/2016, de 31 de mayo de 2016 ( *autos nº 19/2016* ), los aquí demandantes no se han limitado a aludir



con anterioridad a su demanda a conductas que juzgan indebidas de los administradores societarios, ha hecho algo más a lo que esta Sala ha conferido en repetidas ocasiones la debida trascendencia -sin ánimo exhaustivo, recientemente en la Sentencia 51/2016, de 5 de julio (autos nº 37/2016) y en la Sentencia de 21 de febrero de 2017 (autos nº 95/2016): se han dirigido a los demandados con la intención expresa y clara de iniciar el procedimiento de nombramiento de árbitro dando cumplimiento a la cláusula, y lo ha hecho en un entendimiento de la misma cabal y conforme a su tenor. En este sentido, es inequívoco el burofax de 5 de octubre de 2017, en el que se advierte, al propio tiempo, de que, de no recibir noticias, acudirán a este Tribunal en demanda de nombramiento de árbitro.

Ante un proceder así, claro, ajustado a la buena fe, la inicial callada por respuesta y la tardía y posterior de índole evasiva -por demás inoperante al haberse presentado ya la demanda tras dejar pasar un tiempo más que razonable de espera-, a juicio de esta Sala, no entraña una conducta acomodada a este principio general del Derecho que es el deber de actuar conforme a la buena fe. Los demandantes pudieron razonablemente pensar, visto el lapso transcurrido sin obtener respuesta, que los demandados se oponían a la designación de árbitro.

**SEXTO** .- Siendo procedente el nombramiento de un árbitro que decida, como árbitro único de Derecho, la controversia, el Tribunal, tal y como dispone el art. 15.6 LA, repara en lo expresamente manifestado por la actora en su escrito de demanda y en el acto de la vista, proponiendo la designación de un árbitro del Listado de la Corte de **Arbitraje** de Madrid; criterio al que se opone la demandada, que, para el caso de que la Sala proceda a dicho nombramiento, muestra su preferencia por un árbitro de la Corte Arbitral CIMA. Ante dicha discrepancia, la Sala acuerda que la designación tenga lugar de entre los árbitros especializados en Derecho societario de la Lista remitida por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid como pertenecientes a la Corte de **Arbitraje** del ICAM.

A tal efecto, la Sala, comenzando por la letra Ñ - *Resolución de 18 de abril de 2017, 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 94, de 20.4.2017, pág. 30675* -, 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 societario, 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. GONZALO JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ.**

**D. CARLOS JOSÉ JIMÉNEZ-LAIGLESIA PAN.**

**D. JOSEP MARÍA JULIÀ INSERSER.**

**SÉPTIMO** . En relación con el alegato de los demandados de que no ha lugar a imponerles las costas en virtud del principio dispositivo al no haber sido interesada tal condena por la actora cumple recordar que hoy es comúnmente aceptada la nulidad de los pactos sobre costas o, si se quiere, la negación del carácter disponible de esta materia: el pronunciamiento sobre costas es inexcusable y de orden público para el tribunal sentenciador, que ha de actuar con arreglo a lo dispuesto con carácter imperativo en la LEC, ex art. 1168 del Código Civil [v.gr., SSTS 1ª 503/1998, de 20 de mayo (fj 2), 495/2000, de 9 de mayo (fj 1), y 146/2012, de 26 de marzo (fj 2); y Sentencias de esta sala de 24 de noviembre de 2015 (autos nº 110/2014 ) y 55/2017, de 19 de octubre , FJ 4º -roj STSJ M 11063/2017 , esta última recaída en un procedimiento de nombramiento de árbitro].

Procede, pues, 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, los demandados fueron requeridos de forma fehaciente para que manifestaran su voluntad sobre el nombramiento de árbitro en los términos del convenio -doc. 5 de la demanda-, que no fue atendido en el plazo concedido al efecto, y cuando tardíamente -ya interpuesta la demanda- se responde por uno de los codemandados lo es de una forma, como hemos visto, evasiva y no acorde con la buena fe...

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. En este sentido, ya hemos dicho que lo pactado en la cláusula no excusa el demostrado silencio inicial de la demandada y su posterior y tardía respuesta evasiva frente al requerimiento pre-procesal efectuado por la actora en solicitud de 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>. María Dolores González Company, en representación de D. Olegario y NIBRA INVERSIONES, S.L., para dirimir, en Derecho, la controversia surgida con D. Abilio , D. Jose Ramón y LA RUMBA GESTIÓN S.L., por la desviación de negocio de LA RUMBA TARUMBA, S.L. a sociedades controladas por sus administradores, confeccionando, según lo expuesto en el fundamento sexto 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. GONZALO JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ.**

**D. CARLOS JOSÉ JIMÉNEZ-LAIGLESIA PAN.**

**D. JOSEP MARÍA JULIÀ INSERSER.**

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.