



Roj: **STSJ NA 232/2018 - ECLI: ES:TSJNA:2018:232**

Id Cendoj: **31201310012018100009**

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

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **21/05/2018**

Nº de Recurso: **10/2018**

Nº de Resolución: **3/2018**

Procedimiento: **Formalización judicial del arbitraje**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER FERNANDEZ URZAINQUI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 3**

#### **ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

D. FRANCISCO JAVIER FERNANDEZ URZAINQUI

D. MIGUEL ANGEL ABARZUZA GIL

D. JOSE ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPÍ

En Pamplona, a 21 de mayo de 2018.

Visto por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, integrada en la forma al margen indicada, demanda sobre nombramiento judicial de árbitro nº **10/2018**, interpuesta por D. Jose Pablo , representado ante esta Sala por el Procurador D. Jaime Goñi Alegre y dirigido por el Letrado D. Juan Carlos Peralta Calvo, contra D. Luis Angel , representado ante esta Sala por el Procurador D. Javier Araiz Rodríguez y dirigido por el Letrado D. Ignacio María Iraizoz Zubeldia.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El Procurador D. Jaime Goñi Alegre, en nombre y representación de D. Jose Pablo , presentó demanda en solicitud de nombramiento de árbitro ante esta Sala en fecha 27 marzo 2018 frente a D. Luis Angel en base a unos hechos que en síntesis son los siguientes: ambas partes son socios de la mercantil Construcciones Lezondo S.L, heredera de la sociedad civil irregular Construcciones Resano Hermanos, que también formaban ambos socios, con el mismo objeto social y respecto de la que existe sucesión empresarial. Habiendo surgido discrepancias en cuanto a la liquidación societaria y considerando la obligación de sometimiento a **arbitraje** conforme al art. 23 de los estatutos sociales, se requirió al demandado para que aceptara someterse a **arbitraje** de equidad sin que éste lo haya aceptado. Después de alegar los fundamentos jurídicos que estimó oportunos terminaba suplicando "se dicte sentencia por la que se proceda al nombramiento de árbitro de equidad para dirimir la contienda existente entre las partes respecto de la liquidación de la sociedad Construcciones Lezondo S.L y su antecesora la Sociedad Construcciones Resano Hermanos, condenando a la parte demandada a estar y pasar por dicho nombramiento con expresa imposición de costas si se opusiere a esta petición".

**SEGUNDO** .- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, compareció el procurador D. Javier Araiz Rodríguez, en nombre y representación de D. Luis Angel , señalando que Construcciones Lezondo S.L. y la Sociedad Civil Construcciones Resano Hermanos son dos entidades distintas, sin que exista sucesión empresarial entre ambas. Es cierto que el art. 23 de los estatutos sociales de Construcciones Lezondo S.L establece que " *las dudas o cuestiones que se presente se resolverán por **arbitraje** ...*" por lo que, sin perjuicio de que dicha previsión pueda referirse a la interpretación de los propios estatutos, no al cómo se deba proceder en la liquidación del patrimonio social, esta parte se allana al nombramiento de árbitro interesado. Sin embargo, y en relación a la Sociedad Civil Construcciones Resano Hermanos, no consta en su contrato de constitución sometimiento alguno al **arbitraje** por lo que, al amparo del art. 15.5 de la Ley de **Arbitraje** 60/2003 , nos



oponemos al nombramiento de árbitro al no existir convenio arbitral que fundamente tal pretensión, amén de tratarse, de hecho y de derecho, de una cuestión distinta, debiendo, en su caso, liquidarse ambas entidades de manera distinta ya que a diferencia del acuerdo de disolución alcanzado en Construcciones Lezondo S.L, ni siquiera se ha adoptado tal acuerdo en la Sociedad Civil Construcciones Resano Hermanos. Después de alegar los fundamentos jurídicos que estimó oportunos terminaba suplicando se dicte sentencia en la que "me tenga por allanado al nombramiento de árbitro respecto a la liquidación de la Sociedad Civil Construcciones Resano Hermanos y, en su día, tras los trámites legales oportunos, dicte sentencia desestimando la misma en este punto y declarando no haber lugar al nombramiento de árbitro en relación a la liquidación de la Sociedad Civil Construcciones Resano Hermanos, con la condena en costas del actor".

**TERCERO** .- Conforme a lo dispuesto en el art. 486.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y mediante providencia de fecha 3 de mayo de 2018 se señaló para la votación y fallo de la demanda de nombramiento de árbitro el día 15 de mayo de 2018.

**CUARTO** .- En la tramitación de la presente demanda se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. Francisco Javier Fernández Urzainqui**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO** . La solicitud de nombramiento judicial de árbitro y su sustanciación.

La representación procesal de don Jose Pablo presentó ante este Tribunal solicitud de nombramiento judicial de árbitro para la resolución en equidad por el procedimiento arbitral de las cuestiones surgidas con don Luis Angel en la disolución y liquidación de la sociedad "Construcciones Lezondo, SL" que -afirmaba- era heredera o sucesora empresarial de la sociedad irregular Construcciones Resano Hermanos, de la que también formaban parte ambos litigantes.

Ampara la actora su solicitud judicial en la inserción en el artículo 23 de los estatutos sociales de una cláusula de sumisión de las dudas y cuestiones que se presentaran a la Ley 36/1988 y en la necesidad de la intervención judicial ante la frustración de las gestiones realizadas por su parte para la sustanciación del **arbitraje** ante el Colegio de Abogados de Pamplona.

Conferido el traslado de la demanda al demandado, compareció éste en autos por medio de Procurador que, en su representación procesal, se allanó al nombramiento de árbitro respecto de la liquidación de la sociedad limitada "Construcciones Lezondo, SL, y se opuso al nombramiento de árbitro respecto a la liquidación de la sociedad civil Construcciones Resano Hermanos, por no alcanzar a ésta el convenio arbitral, tratarse de sociedades distintas y no existir entre ambas sucesión empresarial.

### **SEGUNDO** . La procedencia del **arbitraje** y la necesidad del nombramiento judicial de árbitro.

Limitada la cognición judicial en el procedimiento de designación de árbitro a la *procedencia* del **arbitraje** como fórmula de resolución de la controversia entre partes, por la preexistencia de convenio arbitral de sumisión a ella ( art. 15.5 Ley 60/2003 ), y a la *necesidad* de la intervención judicial supletoria en la designación, por la falta de acuerdo entre ellas sobre el nombramiento o el procedimiento para efectuarlo ( art. 15.2 Ley 60/2003 ), ambos extremos aparecen en el presente caso acreditados, constando incluso, con su escrito de allanamiento parcial, la explícita conformidad del demandado a la solicitud deducida en la demanda, bien que con alcance limitado a las cuestiones que suscita la liquidación de la sociedad mercantil "Construcciones Lezondo, SL".

#### **1. La procedencia del **arbitraje**: la existencia de convenio arbitral .**

La existencia de convenio arbitral entre los socios litigantes se deriva en el presente caso del artículo 23 de los estatutos de la sociedad "Construcciones Lezondo, SL", según el cual " *las dudas o cuestiones que se presenten se resolverán por **arbitraje**, conforme a lo establecido en la Ley 36/1988 de 5 de diciembre , sin perjuicio de las acciones que por imperativo legal puedan corresponder a los socios y a los administradores* ". Y es que la inserción en los estatutos sociales - el **arbitraje** estatutario ( art. 11 bis de la Ley 60/2003 )- es una de las manifestaciones del convenio arbitral para la resolución de las cuestiones que se susciten entre los socios o entre éstos y la sociedad, sin que del tenor de dicho artículo -y a reserva de la interpretación que de él pueda hacerse en el **arbitraje**- se desprenda su limitación a las hermenéuticas que la redacción estatutaria suscita.

#### **2. La necesidad de intervención judicial en el nombramiento de árbitro.**

La Ley atribuye carácter supletorio a la intervención judicial en la designación de árbitro: " *Serán las partes directamente o las instituciones arbitrales las que con total libertad y sin restricciones...designen a los árbitros. Sólo para los casos en que resulte necesario suplir la voluntad de las partes...es necesaria la actuación judicial* " (E. de M. IV). Así lo corrobora el artículo 15.2 cuando supedita el nombramiento judicial a la "falta de acuerdo ".



En la cláusula arbitral inserta en los estatutos sociales no se hizo designación de árbitro, ni se estableció un específico procedimiento para su designación. Tampoco se alcanzó con anterioridad a este juicio un acuerdo entre los socios contendientes sobre el nombramiento que hiciera innecesaria la intervención judicial. Consta documentalmente acreditado que, con anterioridad a la interposición de procedimiento judicial intentó el ahora demandante el **arbitraje** de equidad del Colegio de Abogados de Pamplona y que este Colegio lo rechazó al no aceptar el hoy demandado su sumisión a él. También aparece acreditado un intenso cruce de correos electrónicos entre los letrados de ambos socios en orden a la resolución extrajudicial de sus diferencias mediante la formación de lotes para la división de los activos patrimoniales societarios, que concluyó sin acuerdo y con la expresa negativa de la parte aquí demandada a someterse al **arbitraje** propuesto de adverso.

Acreditada pues la concurrencia de esas dos premisas y el allanamiento, siquiera sea parcial del demandado, al nombramiento judicial de árbitro, procede acceder a él y efectuar la designación solicitada por sorteo según el procedimiento a que más abajo se hará mención.

### **TERCERO .- El alcance del arbitraje convenido en los estatutos sociales y la determinación por el árbitro de su competencia.**

El socio demandado se opone al nombramiento judicial de árbitro respecto de la liquidación de la sociedad civil Construcciones Resano Hermanos, porque al hallarse previsto el **arbitraje** únicamente en los estatutos de Construcciones Lezondo, SL, sólo la decisión de las cuestiones originadas en el seno de esta sociedad mercantil han quedado sometidas a él.

Alega el actor, para extender a ambas el **arbitraje** sobre la liquidación pendiente, que la sociedad mercantil Construcciones Lezondo, SL sucedió en la empresa a la civil irregular Construcciones Resano Hermanos que, tras el abandono de un tercer hermano, pasó a ser propiedad de los dos socios constituyentes de la compañía mercantil. Aunque la contestación a la demanda niega la continuidad o sucesión empresarial, los correos cruzados por sus respectivos letrados parecen referir el conflicto a la división de un patrimonio global comprensivo de bienes (pabellones, maquinaria y herramientas) de ambas sociedades -como sucede con los dos pabellones que se identifican como "nave de la sociedad irregular" y "nave vieja"-, a los que las negociaciones mantenidas asignan un tratamiento unitario bien distante del disociativo que el demandado pretende defender aquí.

Es cierto que el artículo 15.5 de la Ley de **Arbitraje** permite rechazar la petición de nombramiento judicial de árbitro formulada " *cuando aprecie que de los documentos aportados no resulta la existencia de un convenio arbitral* " y que la inexistencia de tal convenio es apreciable cuando sus efectos pretenden hacerse valer frente a quienes no lo han suscrito ni pueden verse subjetiva u objetivamente alcanzados por él; supuesto éste último particularmente conflictivo en el ámbito empresarial, en que con tanta frecuencia se desarrollan complejas fórmulas de sucesión, subrogación, sustitución y participación de terceros en relaciones jurídicas preexistentes que sólo mediante un examen del fondo de la contienda pueden esclarecerse.

Pues bien, la documental obrante en autos no proporciona elementos de juicio lo bastante sólidos como para pronunciarse fundadamente en este procedimiento acerca de la alegada continuidad o sucesión de la empresa constructora con las dos indicadas formas societarias, determinar el alcance subjetivo y objetivo del convenio inserto en los estatutos de la mercantil y resolver sobre la extensión de la competencia decisoria del árbitro a la liquidación de la totalidad del patrimonio generado por ambas sociedades. Pero no puede desconocerse que el tribunal jurisdiccional no tiene en el procedimiento de designación de árbitro la última palabra sobre la existencia y el alcance del convenio arbitral, no siendo por ello definitiva ni vinculante para el árbitro designado la apreciación que en dicho procedimiento pueda haberse hecho sobre ellos o sobre la extensión subjetiva y objetiva del convenio de sumisión a **arbitraje** y el consiguiente alcance de la competencia arbitral.

Y es que el artículo 22.1 de la Ley 60/2003 , siguiendo la regla doctrinalmente conocida con la expresión alemana *Kompetenz-Kompetenz* (competencia para decidir sobre la propia competencia) que inspirara la regulación general del **arbitraje** comercial internacional ( Ley Modelo UNCITRAL de 21 junio 1985, art. 16 ), establece la potestad o facultad de los árbitros "*para decidir sobre su propia competencia*", haciéndola incluso extensiva a "*las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia*".

Como pone de relieve la reciente sentencia 409/2017, de 27 junio, del Tribunal Supremo , existen dos tesis sobre el principio *Kompetenz-Kompetenz* . La llamada "*tesis fuerte* ", conforme a la cual la actuación del órgano judicial debería limitarse a realizar un análisis superficial acerca de la existencia del convenio arbitral, y la llamada "*tesis débil* ", según la cual compete al órgano judicial realizar un enjuiciamiento completo de la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. La citada sentencia considera que el legislador ha optado por esta segunda (débil) en los casos en que, iniciado un litigio judicial, se plantea por declinatoria la falta de jurisdicción por existir un convenio arbitral; pero se ha decantado por la primera (fuerte) "*en los casos en que se ha iniciado*



un procedimiento arbitral incluso en la fase previa de formalización del **arbitraje** ", al declarar en el artículo 22 de la ley 60/2003 a los árbitros " competentes para pronunciarse sobre su propia competencia ", a reserva de la eventual revisión de su decisión mediante la acción de anulación del laudo.

Que sobre la existencia del convenio arbitral no tiene el tribunal jurisdiccional la última palabra con el nombramiento del árbitro, sino que la tiene el árbitro designado, lo confirma el artículo 22.2 de la misma Ley de **Arbitraje** , al disponer que a la eventual oposición de la inexistencia o invalidez del convenio en el procedimiento arbitral no obsta " el hecho de haber... participado en el nombramiento de los árbitros ", incluso -se sobreentiende- a través del oportuno procedimiento judicial. Y lo confirma también el artículo 41.1.a) cuando reconoce la inexistencia del convenio y la resolución de cuestiones no arbitrables o no sometidas a su decisión como causas de impugnación y anulación del laudo, sin exceptuar de ellas el pronunciado por árbitro de designación judicial.

Pues bien, si tal doctrina es predicable de la existencia del convenio arbitral, con mayor razón lo será de otros extremos asimismo impeditivos del conocimiento y de una decisión arbitral de fondo del conflicto, como la determinación del alcance subjetivo y objetivo del convenio, de que en definitiva va a depender la competencia del árbitro para resolver las cuestiones sometidas a su decisión.

Aplicada esta doctrina a la formalización judicial del **arbitraje** que con la solicitud de nombramiento de perito se sustancia, es clara la procedencia de acceder a ella, dada la efectiva existencia de un convenio arbitral estatutario que vincula a los dos socios litigantes, sin perjuicio de la decisión que el árbitro pueda adoptar en el ejercicio de su función o cometido acerca del alcance objetivo y subjetivo del **arbitraje** convenido y la extensión de su competencia a toda o una parte de la liquidación patrimonial pendiente entre ambos socios; cuestión ésta que no es posible resolver sin un completo examen de fondo de la relación entre ambas sociedades y sus respectivos patrimonios empresariales.

#### **CUARTO . Naturaleza del arbitraje, número de árbitros y confección de la lista.**

Habiéndose solicitado en la demanda el nombramiento de " un árbitro...para resolver en equidad el contencioso " suscitado, el allanamiento del demandado a la solicitud deducida, con la única salvedad del objeto y extensión del **arbitraje**, permite estimar al demandado conforme con el número de árbitros (único) y la naturaleza (de equidad) del **arbitraje** propuesto.

En cuanto al procedimiento de designación, esta Sala, de conformidad con lo prevenido en el artículo 15.6 de la Ley de **Arbitraje** , ha confeccionado una lista con tres nombres, tomados a partir de un número obtenido al azar, de la relación de abogados en ejercicio elaborada al efecto por el Muy Ilustre Colegio de Abogados de esta capital, considerando que reúnen las cualidades necesarias para el desempeño del **arbitraje** promovido.

La terna insaculada, sobre la que se designará por sorteo ante la Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala al árbitro judicialmente nombrado para la decisión arbitral del conflicto y a sus suplentes, quedará integrada por los tres siguientes abogados:

- D<sup>a</sup> Sagrario (Col. nº NUM000 )
- D. Everardo (Col. nº NUM001 )
- D<sup>a</sup> Tomasa (Col. nº NUM002 )

#### **QUINTO . Las costas del procedimiento de designación.**

Acreditado el requerimiento a la demandada para alcanzar un acuerdo sobre el nombramiento de árbitro y la necesidad de instar el presente procedimiento judicial ante la injustificada falta de cooperación a tal designación, el allanamiento bien que parcial manifestado en la misma contestación a la demanda no releva al demandado de la condena al pago de las costas causadas, arregladamente a lo prevenido en los artículos 394 y 395 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; máxime si se considera que tampoco las objeciones que sustentan su oposición parcial a la solicitud formulada consta se hubieran hecho valer siquiera en las negociaciones previas al planteamiento de este juicio.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala ha adoptado el siguiente:

#### **FALLO**

**1º. Estimar la solicitud** formulada por el Procurador de los Tribunales don Jaime Goñi Alegre en representación procesal de don Jose Pablo frente a don Luis Angel .



**2º. Declarar haber lugar al nombramiento judicial** de un solo árbitro para resolver en equidad la contienda suscitada entre las partes acerca de la liquidación del patrimonio societario; nombramiento que recaerá en un abogado en ejercicio del Muy Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona, mediante su insaculación en presencia de la Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala de entre la terna confeccionada por el tribunal e integrada por los señores

-D<sup>a</sup> Sagrario (Col. nº NUM000 )

-D. Everardo (Col. nº NUM001 )

-D<sup>a</sup> Tomasa (Col. nº NUM002 )

**3º. Imponer las costas** de este procedimiento al demandado.

**4º. Hacer saber** a las partes que contra esta resolución **no cabe ulterior recurso jurisdiccional**.

Así por esta su sentencia lo pronuncian, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ