



Roj: **STSJ M 8104/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:8104**

Id Cendoj: **28079310012018100111**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2018**

Nº de Recurso: **5/2018**

Nº de Resolución: **31/2018**

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: 28.079.00.2-2018/0012869

**RFª.- NOMBRAMIENTO DE ARBITRO. Juicio verbal nº 5/2018**

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

Procurador/a: Dª. Nuria Feliú Suárez.

#### **Demandados :**

Dª. Filomena

D. Maximo

D. Millán

D. Nazario

Dª. Herminia

Procurador/a: D. Luis Villanueva Ferrer.

Dª Josefa

D. Porfirio (en su propio nombre y en calidad de sucesor, *mortis causa* , de Dª. Lorena ).

Procurador/a: Dª. Ana Enamorado Sánchez

#### **SENTENCIA N° 31/2018**

#### **Excmo. Sr. Presidente:**

**D. Francisco Javier Vieira Morante**

**Excma. Sra. Magistrada Doña Susana Polo García**

**Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande**

En Madrid, a 12 de junio del dos mil dieciocho.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por medio de Lexnet el 2 de febrero de 2017 y por el Registro General de este Tribunal Superior de Justicia con fecha del siguiente día 5 tiene entrada en esta Sala la demanda presentada por la Procuradora



de los Tribunales D<sup>a</sup>. 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** .- Mediante DIOR de 6 de febrero de 2018 se requiere a la representación de la actora para que, en plazo de diez días, presente tantas copias de la demanda y documentos en soporte digital como partes existieran, lo que es cumplimentado por escrito registrado en este Tribunal Superior el siguiente día 20 de febrero.

Por Decreto de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala de fecha 23 de febrero de 2018 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 días 13 y 19 de marzo de 2018 la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Ana Enamorado Sánchez, en nombre y representación de D. Porfirio , en el primer caso, y de D<sup>a</sup>. Josefa y D<sup>a</sup>. Lorena , en el segundo, presentó sendos escritos allanándose a la demanda mostrando su conformidad con la designación judicial de Árbitro y no considerando precisa la celebración de vista.

Requerida la antedicha Procuradora para acreditar la representación que ostenta mediante la presentación del preceptivo poder especial para allanarse (DIOR 21/03/2018), cumplimenta dicho requerimiento el siguiente día 27 de marzo de 2018 (DIOR 02/04/2018).

**CUARTO** .- D. Nazario presenta su contestación a la demanda el día 15 de marzo de 2018 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.

Citado para otorgar representación por comparecencia apud acta el día 4 de abril -DIOR 21.03.2018- y manifestando hallarse fuera de España hasta el día 9 de dicho mes -escrito datado y presentado el 28.03-, es citado nuevamente para el día 11 de abril, fecha en que comparece ante la Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala y confiere su representación técnica a favor del Procurador de los Tribunales D. Luis de Villanueva Ferrer, teniéndose por personado y parte y por contestada la demanda (DIOR 11.04.2018).

**QUINTO** .- D<sup>a</sup>. Herminia y D. Millán , bajo la misma postulación -Procurador, D. Luis de Villanueva Ferrer y defensa -Letrado D. Álvaro Toledano Fernández-Porras, presentan su contestación a la demanda (DIOR 2.04.2018) el día 23 de marzo de 2018, suplicando, con carácter principal, su íntegra desestimación con condena en costas a la demandante. " *No obstante, con el ánimo de evitar prolongar la designación de un órgano arbitral..., con carácter subsidiario solicita que se nombre tres árbitros de la Corte Española de Arbitraje, especializados en Derecho Mercantil* ".

**SEXTO** .- D. Maximo y D<sup>a</sup>. Filomena , bajo la misma representación y defensa que D. Nazario , presentan su contestación a la demanda el día 28 de marzo de 2018 oponiéndose también a la petición de designación de árbitro e interesando, además de la celebración de vista, la desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte actora.

**SÉPTIMO** .- 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 22 de mayo de 2018, a las 10:00 horas (DIOR 20.04.2018).

**OCTAVO** .- El 23 de abril de 2018 tiene entrada en esta Sala escrito del Procurador D. Luis de Villanueva Ferrer, en nombre de D. Maximo , D<sup>a</sup>. Filomena y D. Nazario , por el que, a la vista del escrito de allanamiento presentado el 13.03.2018 por la Procuradora D<sup>a</sup>. Ana Enamorado Sánchez en nombre de D. Porfirio , interesa se requiera a este último, a través de su representación procesal, para que aporte al Tribunal las grabaciones completas de las reuniones celebradas por las partes los días 17 y 30 de enero de 2017, cuyo contenido íntegro interesa como prueba.

Por Providencia del siguiente día 25 de abril se requiere a la Procuradora D<sup>a</sup>. Ana Enamorado Sánchez, en la representación que ostenta de D. Porfirio , para que en el término de tres días aporte a las presentes actuaciones la grabación incorporada a los archivos de la Sociedad, a la que se refiere en su escrito de fecha 13 de marzo nº 426/2018; requerimiento que es cumplimentado el siguiente día 3 de mayo mediante escrito



al que se acompañan tres CDs correspondientes a la grabación de la reunión de 30 de enero de 2018 (DIOR 8/5/2018).

**NOVENO** .- Por necesidades del servicio se acuerda dejar sin efecto el señalamiento acordado (DIOR 21.05.2018), citándose nuevamente para la celebrar el acto de la vista el día 12 de junio de 2018, a las 12 horas (DIOR 22.05.2018), tras las cual quedaron los autos conclusos para deliberación y fallo

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande (DIOR 06.02.2018), 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** . En cuanto a la legitimación pasiva expresa la demanda que solicita la designación de árbitro *frente a la totalidad de los accionistas, dado que aquello sobre lo que se ha de laudar tiene fundamentalmente "un componente económico que afecta al conjunto de los accionistas..., independientemente de las situaciones que puedan concretarse en la posterior demanda arbitral, en la que se delimitará de un modo pleno el objeto de la controversia, y en las contestaciones que a ella se formulen"*.

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 los socios respecto de los Acuerdos a tomar por la Sociedad en relación con los aspectos recogidos en la (referida) Acta Notarial".

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. Filomena y D. Millán -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.

A continuación -hecho tercero-, la demandante, tras recordar su primer intento de nombramiento de árbitro suscitado ante esta Sala -que dio lugar a la Sentencia 66/2017, de 13 de diciembre (doc. nº 7), desestimatoria, por no acreditar la concurrencia del presupuesto material de la acción consistente en haber intentado previamente llegar a un acuerdo con los demandados para tal designación-, detalla los sucesivos requerimientos efectuados a los socios a tal fin en los siguientes términos literales:

Burofaxes notificados - **doc. nº 8** - a los Sres accionistas de fecha 3/1/2018 expresando la voluntad de acudir al arbitraje para resolver las controversias existentes y convocando a dos fecha alternativas -16 o 17 de enero- para intentar llegar a un acuerdo en el nombramiento del árbitro. Solo acceden a recoger dicha comunicación la Sra. Dª. Josefa y la Sra. Dª. Lorena , así como el Sr. D. Nazario . El resto de los notificados, Dª. Herminia , D. Millán , D. Maximo y Dª. Filomena no recogen las notificaciones practicadas.



E-mails de fecha 10/01/2018 - **doc. nº 9** - dirigidos a las direcciones electrónicas comunicadas por burofaxes a la sociedad por los Sres. Accionistas D<sup>a</sup> Herminia y D. Millán , D. Maximo y D<sup>a</sup>. Filomena . En dichas comunicaciones se procedía a comunicar a los accionistas que no habían recogido el burofax remitido el texto de dicho burofax, y se les recordaba que las reuniones al fin de proceder a intentar designar un árbitro... se celebrarían los días 16 y 17 de enero con la finalidad de facilitar la asistencia en una u otra fecha.

*El 11 de enero de 2018 se remiten de nuevo a los Sres. Nazario Herminia Millán que no recogieron los burofaxes de 3/3/2018 (sic), el mismo burofax entregándose aviso por el servicio de correos sin que se recojan las comunicaciones - **doc. nº 10** -.*

Continúa relatando la demandante que, a resultas de los anteriores requerimientos tuvo lugar una primera reunión, el día 16 de enero, a la que comparecieron los liquidadores en representación de la sociedad (D. Porfirio y D<sup>a</sup>. Serafina ), D<sup>a</sup>. Josefa y el Letrado D. Alfredo Méndez Rebollal, en representación de **D. Nazario** . Dicha reunión concluyó sin acuerdo alguno en cuanto a la designación de árbitro - **docs. núms. 11 y 12**, actas de manifestación de los Sres. Liquidadores.

*Añade la demandante que, en evitación de perjudicar el derecho de cualquier accionista que no hubiera comparecido..., se convoca por notificación notarial a una tercera reunión a celebrar el día 30 de enero a las 9,30 de su mañana, a los Sres. Accionistas D<sup>a</sup> Herminia y D. Millán , D Maximo , D<sup>a</sup>. Filomena y D. Nazario . Constituido el Notario en los domicilios que se señalan en el Acta Notarial, **se rechaza la recepción de tal notificación** por los requeridos, excepto por D. Nazario que sí acepta el requerimiento. Posteriormente, a la vista del rechazo, se vuelven a remitir por correos y se acepta por D<sup>a</sup>. Herminia y por personación ante el Notario D. Maximo y D<sup>a</sup>. Filomena - **doc. nº 13** .*

*En la fecha señalada, comparecen a la reunión, además de los liquidadores, el Sr. D. Alfredo Méndez Rebollal, Letrado, en representación de **D. Nazario , D. Maximo y D<sup>a</sup> Filomena** ; y D. Álvaro Porras Fernández, Letrado, en representación de D. Millán y D<sup>a</sup>. Herminia -acta notarial de presencia, **doc. nº 14** .*

*Dicha reunión concluye sin posibilidad de acuerdo al manifestar los comparecientes en la que representación que ostentan que si no se levanta Acta Notarial de dicha reunión no participan en la misma al no tener luego la posibilidad de comunicar a sus clientes el contenido de la misma y justificar su actuación profesional.*

*Añade la demandante que "se les explica a los comparecientes que al no tratarse de un acto reglado no ha sido requerido el Notario en tal sentido y que por lo tanto no existe tal posibilidad, pero que, sin embargo, pueden realizar cualquier acta de manifestación en el sentido que consideren y que será elevada a pública, con los mismos efectos que los que solicitan. A pesar de ello deciden retirarse de la reunión pero formulando las manifestaciones que consideran" -se acompañan los **docs. nº 15** , Acta de la reunión extendida por los Liquidadores; **nº 16**, Acta de manifestaciones extendida por D. Alfredo Méndez Rebollal en la representación que ostenta; y **nº 17** , Acta de manifestaciones extendida por D. Álvaro Porras Fernández-Toledano, en la representación ostentada).*

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 y que se ha demostrado cumplidamente la imposibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo de árbitro, 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* ".

Como ya hemos señalado en los antecedentes de esta Sentencia los demandados D. Porfirio , D<sup>a</sup>. Lorena y D<sup>a</sup>. Josefa se han allanado a la demanda mostrando su conformidad con la designación judicial de Árbitro y no considerando precisa la celebración de vista.

Por el contrario, D. Nazario , por una parte, y D. Maximo y D<sup>a</sup> Filomena , 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, alegando " *especialmente -por más que se califiquen de argumentos subsidiarios- la falta de legitimación activa de la actora* " -con invocación del art. 206 LSC-, que estiman particularmente evidente cuando se trata de someter a arbitraje la impugnación de sus propios acuerdos sociales. Asimismo, refieren los demandantes que la actora habría incumplido el art. 15.3 LA, puesto que, aun reconociendo haber sido convocados, al menos a la reunión del día 30 de enero de 2018 -y también, a la del día 17 anterior, en el caso D. Nazario - al efecto de lograr el nombramiento de árbitro, a la que acudieron representados por el Letrado que les defiende en las presentes actuaciones -D. Alfredo Méndez Rebollal-, esa convocatoria habría sido una mera escenificación para poder acreditar ante esta Sala el cumplimiento de un requisito, el intento de convenir en la designación del árbitro



antes de acudir a la vía judicial, que nunca se ha cumplido ni se ha intentado cumplir, lo que sería expresión de un actuar contrario a la buena fe.

En su virtud, interesan la desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte actora

Por su parte, D. Millán y D<sup>a</sup> Herminia , también con la misma postulación y defensa, presentan su contestación suplicando, con carácter principal, la íntegra desestimación de la demanda con condena en costas a la actora. " *No obstante, con el ánimo de evitar prolongar la designación de un órgano arbitral..., con carácter subsidiario solicitan que se nombre tres árbitros de la Corte Española de Arbitraje, especializados en Derecho Mercantil* ".

Fundan su oposición a la demanda, en línea con los demás codemandados que interesan su desestimación, en que se han convocado reuniones artificiales en las que se niega el diálogo; de ahí que se quiera dejar constancia de que se celebran, pero no de su contenido. Advierte la defensa que sus mandantes no asistieron a la reunión del 17 de enero porque no se encontraban en Madrid, extremo que conocía la demandante por haber interesado D<sup>a</sup>. Herminia que se celebrase en otro momento -docs. 9 de la demanda y 2 de la contestación- por hallarse tales días en Alicante -doc. 3 de la contestación. Reconocen los demandados, como en el caso precedente, haber acudido representados por su Letrado en las presentes actuaciones, D. Álvaro Porras Fernández-Toledano, a la reunión convocada por MyM (EDICIONES) en la Notaría de D. Emilio Sánchez Carpintero el día 30 de enero de 2018, quejándose de que el Notario fuese a levantar acta de los asistentes, pero no del contenido de la reunión y apela al acta de manifestaciones efectuada por el propio Letrado ante el Notario, tras la reunión celebrada ese día 30, y que la misma actora acompaña como doc. n<sup>o</sup> 17 de su demanda. Se queja de que EDICIONES no quisiese en dicha reunión hablar del objeto del arbitraje, circunscribiéndola al nombramiento del árbitro, y estima, por todo lo dicho, que no se ha cumplido con buena fe el art. 15.3 LA en lo que concierne al intento de nombramiento de árbitros.

En el acto de la vista, con carácter previo, la defensa de D<sup>a</sup>. Lorena pone de manifiesto el fallecimiento de ésta el día 6 de mayo de 2018, firmándose el pasado 6 de junio escritura de adjudicación de herencia por la que sus acciones en la mercantil demandante han pasado a su hijo D. Porfirio . Aporta copia de dicha escritura e interesa se declare la sucesión procesal del Sr. Porfirio por D<sup>a</sup> Lorena -y máxime dado que ambos se habían allanado a la demanda-, lo que es acordado por la Sala sin objeción de parte alguna.

La actora se ratifica íntegramente en su demanda, solicita la admisión de la documental que la acompaña y se opone a los alegatos y pretensiones de los demandados que no se allanan, que resultarían desmentidos por los documentos obrantes en autos. Precisa que la convocatoria a una reunión para nombrar árbitro propiamente era innecesaria, una vez efectuados los requerimientos al efecto; asevera que el objeto de la reunión no era ni tenía por qué ser la anticipación del contenido de la demanda arbitral, cuando los puntos sobre los que ha de versar el arbitraje sí constan identificados desde el primer momento; y se opone a la petición subsidiaria de D. Millán y D<sup>a</sup> Herminia , por entender que el número de tres árbitros, aunque inicialmente considerado, fue desechado por incrementar en exceso los costes del arbitraje.

El Letrado de los demandados D. Nazario , D. Maximo y D<sup>a</sup> Filomena ratifica en todos sus extremos su escrito de contestación, abundando en las razones por las que entiende que la parte actora no ha tenido la menor intención de llegar a un acuerdo sobre el nombramiento de árbitro. Interesa se tenga por reproducida la documental que ha acompañado a su contestación y adjunta, al amparo del art. 270.1.1<sup>o</sup> LEC , nuevos documentos -docs. 4, 5 y 6-, con oposición de la actora, quien los estima impertinentes en tanto que concernientes a la solicitud ante el Registro Mercantil de Madrid de un Auditor de Cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de la sociedad en liquidación correspondientes a 2017, el Acuerdo del Registrador Mercantil XIV accediendo a tal solicitud y el recurso de alzada incoado contra el mismo... La Sala, aun advirtiendo, prima facie, la falta de correspondencia de dicha documental con el objeto del presente proceso, resuelve admitirla para su más detallado examen y sin perjuicio de su valoración en sentencia; decisión contra la que ni se recurre ni se formula protesta.

La defensa de D<sup>a</sup> Filomena y D. Millán se remite en sus propios términos a los argumentos y pretensiones de su escrito de contestación supra reseñados.

D. Porfirio y D<sup>a</sup> Josefa reiteran su allanamiento a la demanda, poniendo especial énfasis en que se designe un único árbitro.

La Sala admite la documental aportada por las partes y, suscitada por la Presidencia la posibilidad de llegar a un acuerdo, las partes mantienen sus respectivas posiciones.

**SEGUNDO** .- Como ya dijimos en nuestra Sentencia 66/2017, de 13 de diciembre -en la precedente demanda de nombramiento de árbitro interesada por EDICIONES-, 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, en 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.



Recordamos estos extremos para reprobar que la contestación a la demanda de D. Nazario , D. Maximo y D<sup>a</sup> Filomena insista "especialmente" en un argumento, la falta de legitimación activa de la sociedad demandante por versar la controversia sobre acuerdos de la propia sociedad, que ya ha sido rechazado por esta Sala en el FJ 3º de la precitada Sentencia 66/2017, de 13 de diciembre -roj STSJ M 14013/2017 -, al que en su integridad nos remitimos.

**TERCERO** .- A partir de lo cual, hemos de examinar el otro alegato, común a todos los demandados que se oponen al nombramiento de árbitro interesado, a saber: el pretendido incumplimiento del art. 15.3 LA por la actora, la cual solo pro forma habría intentado la designación de árbitro por las partes.

También dijimos en la precitada Sentencia 66/2017 -FJ 4º-, como hemos reiterado en otras muchas -v.gr., más recientemente, en la Sentencia de 13 de marzo de 2018 , recaída en autos 3/2018- que, " *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.

Pues bien, hemos de decirlo con toda contundencia y claridad: en absoluto es de apreciar, en el presente caso, que la demandante haya incumplido el requisito material de la acción que consiste en requerir previamente a los demandados para *intentar* el nombramiento de árbitro o árbitros.

Aun dejando de lado las vicisitudes acaecidas en relación con la convocatoria efectuada a tal efecto del 17 de enero del presente año, es una realidad indiscutida -y acreditada por la documental obrante en autos- que el siguiente día 30 sí se celebra una reunión con el mismo fin de nombrar árbitro a la que asisten, no personalmente, sino representados por sus respectivos Letrados, entre otros, los cinco demandados que se oponen al nombramiento judicial de árbitro.



De acuerdo con la documental aportada y, en particular, según las actas de manifestación de los propios Letrados -doc. 17 de la actora y doc. 2 de la contestación de D. Nazario - es evidente de toda evidencia que hay un enconamiento entre las partes, y desde luego también y de modo señero en quienes se oponen a la designación arbitral incluso en esta sede, que es de por sí reveladora de la imposibilidad de ponerse de acuerdo en la designación arbitral.

En modo alguno puede reputarse incumplimiento de este requisito demandado por el art. 15.3 LA el hecho de que no se llegue a un acuerdo, de que el intento formalmente materializado no fructifique, sin que pueda asimilarse tal extremo -la falta de voluntad concorde- con una quiebra de la buena fe a la que esta Sala se ha referido como aquella conducta que trata de obstar al cumplimiento efectivo del convenio arbitral.

La sociedad demandante ha manifestado reiteradamente su deseo de iniciar un arbitraje; ha requerido a todos sus socios con el fin de nombrar árbitro; ese nombramiento no ha tenido lugar -de inmediato abundaremos sobre ello-, porque en la reunión del día 30 de enero el debate se suscita en torno a cuestiones previas: cuál ha de ser el ámbito del arbitraje, la documentación bajo la fe notarial del contenido de la reunión...; cuestiones que suscitan los Letrados de los demandados que se oponen al nombramiento también en esta sede, frente a la pretensión de la parte actora, según las propias manifestaciones efectuadas ante Notario de los referidos Letrados con posterioridad a la reunión, de que ésta se ciñese al nombramiento de árbitro...

Más allá de las desavenencias entre las partes, a todas luces no concurre mala fe en EDICIONES en lo que se refiere a su deseo de que se haga efectivo el convenio arbitral; dicha mercantil incluso intentó en el previo procedimiento ya suscitado ante esta Sala -el que dio pie a la S. 66/2017-, la suspensión del acto de la vista para llegar a un acuerdo sobre el nombramiento de árbitro. La defensa de la codemandada entonces allanada mostró su conformidad, a diferencia de los restantes codemandados, quienes refrendaron su falta de interés en que, iniciada ya la vista, tuviese lugar una tentativa de pacto *sobre un objeto del proceso que entienden improcedente en todo caso* ... La ahora demandante también notificó a los entonces demandados en el procedimiento 65/2017 la presentación de tal demanda de nombramiento de árbitro al día siguiente de haberla interpuesto. Ese intento de acuerdo en el acto de la vista y la notificación de la presentación de la demanda, dijimos entonces, era una manifestación de buena fe de la actora; y la comunicación de la solicitud ante esta Sala de árbitro no pudo dar lugar a la estimación de la demanda por exigencias de la *perpetuatio legitimationis*, esto es, porque la determinación de la concurrencia de los requisitos de la acción había de ser considerada por el Tribunal 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.

Más aún: si se analizan los alegatos de los representantes de los demandados que se oponen al nombramiento de árbitro en la reunión del día 30 veremos cuán inconsistente resulta imputar a la actora un proceder contrario a la buena fe: de entrada, al deseo manifestado por dichos Letrados de que el Notario documentase el contenido de la reunión para poder así dar cuenta a sus clientes de lo acaecido, se opone la Sociedad sin perjuicio de las manifestaciones que quisieran efectuar ante el propio Notario, como efectivamente hicieron a posteriori: la negativa de la sociedad a esa pretensión propició que uno de los Letrados se ausentase, acto seguido, de la reunión: ciertamente, no es de recibo pretender que quien acude a una reunión en representación de alguien, gozando pues de su confianza, haya de dejar de intervenir en la misma porque los representantes de la sociedad no accedieran a la presencia del Notario. Y lo que es tan importante: otra de las razones dadas como causa de la desavenencia en tal reunión tiene que ver con el hecho de no querer la Sociedad delimitar en ese momento el objeto del arbitraje. Postura, la de la Sociedad, perfectamente concorde con lo ya señalado por esta Sala en la precedente Sentencia 66/2017, donde expresamente dijimos -cumple reiterarlo- que "*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*". Y máxime cuando la propia Sociedad en todo momento ha dejado muy claro que la controversia tenía que ver con las discrepancias *expresadas por los demandados* 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, especificando los puntos de discordia sobre los que habrá de versar el arbitraje según se encuentran recogidos en el Acta.

En definitiva, pactado inequívocamente el sometimiento a arbitraje de derecho de "*las controversias que se susciten entre la Sociedad y sus socios*" -sin que quepa apreciar, en el ámbito limitado de cognición propio de este procedimiento, restricción alguna de la voluntad de los demandados en la asunción de dicha cláusula compromisoria-, debe procederse a la designación de árbitro interesada, sin entrar a decidir otras cuestiones, puesto que la actora cumplió escrupulosamente con el requisito material de la acción a que hemos hecho referencia.

La Sala confirma su apreciación inicial de que la documental aportada en el acto de la vista, ex art. 270.1.1º LEC, en nada incide en el presente procedimiento.





La demanda ha de ser estimada en su integridad sin que haya lugar a aceptar la pretensión subsidiaria formulada por los demandados D<sup>a</sup>. Herminia y D. Millán , de que se designen tres árbitros, puesto que, a falta de acuerdo, el número de árbitros ha de ser uno por imperativo legal -art. 12.1 LA. Y ello sin perjuicio de que la Sala repare en sus manifestaciones acerca de que el árbitro sea especialista en Derecho Mercantil.

**CUARTO.-** Siendo procedente, pues, el nombramiento de un árbitro que decida, como árbitro único en Derecho, la controversia, el Tribunal, tal y como dispone el art. 15.6 LA, atiende a la naturaleza de la contienda que se pretende dirimir y acude para tal designación al Listado de Árbitros de la Corte de Arbitraje del ICAM que figuran como especializados en Derecho societario.

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 de sociedades, para su posterior sorteo entre ellos de un árbitro titular y dos suplentes, a presencia de las partes y de la Sra. 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. PEDRO ENRIQUE PAREDES GALLEGO.**

**D. TOMÁS PELAYO MUÑOZ.**

**D. FERNANDO PELEGRÍN ARENILLAS.**

**QUINTO.-** Rechazadas íntegramente las pretensiones de los demandados D<sup>a</sup>. Filomena , D. Maximo , D. Millán , D. Nazario y D<sup>a</sup>. Herminia , han de serles impuestas todas las costas causadas de este procedimiento, ex art. 394.1 LEC , a instancia de la parte actora y de las demandadas que se ha allanado con anterioridad a la vista, dada su mismidad de posición procesal -cfr., *mutatis mutandis* , Sentencia de esta Sala 69/2016, de 2 de noviembre , recaída en autos nº 35/2016 -roj STSJ M 11928/2016).

La Sala aprecia, asimismo, a los efectos de la condena en costas, que el litigar de dichos demandados oponiéndose a la designación de árbitro ha sido temerario, y ello, de modo muy particular, en consideración a las cuestiones de Derecho que ya han sido aclaradas en nuestra precedente Sentencia 66/2017, de 13 de diciembre , y en que, como queda razonado, adolece del menor sustento el alegato de infracción del art. 15.3 LA que se esgrime por dichos demandados, pretendiendo un actuar de la mercantil actora contrario a la buena fe.

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>. Nuria Feliú Suárez, en representación de EDICIONES MUESTRAS Y MOTIVOS, S.A. EN LIQUIDACIÓN, para dirimir, en Derecho, la controversia surgida con los demandados por las discrepancia *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, confeccionando, según lo expuesto en el fundamento cuarto 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. PEDRO ENRIQUE PAREDES GALLEGO.**

**D. TOMÁS PELAYO MUÑOZ.**

**D. FERNANDO PELEGRÍN ARENILLAS.**

2º) Con expresa imposición de las costas a los demandados D<sup>a</sup>. Filomena , D. Maximo , D. Millán , D. Nazario y D<sup>a</sup>. Herminia en los términos del Fundamento de Derecho 5º de esta Sentencia.

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.