



Roj: **STSJ M 11064/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:11064**

Id Cendoj: **28079310012017100126**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/10/2017**

Nº de Recurso: **55/2017**

Nº de Resolución: **56/2017**

Procedimiento: **JUICIO VERBAL**

Ponente: **JESUS MARIA SANTOS VIJANDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2017/0126388

RFª.- NOMBRAMIENTO DE ARBITRO. Juicio verbal nº 55/2017

Demandante: YOSHI SERVICIOS INMOBILIARIOS, S.L.

Procurador: D. José Luis Blázquez Mendoza.

Demandado : Dª. Lourdes

Procurador: David García Riquelme.

SENTENCIA N° 56/2017

Excmo. Sr. Presidente:

D. Francisco Javier Vieira Morante

Ilma. Sra. Magistrada Doña Susana Polo García

Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a 19 de octubre del dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por medio de Lexnet el 19 de julio de 2017 y por el Registro General de este Tribunal Superior de Justicia con fecha del siguiente día 20 tiene entrada en esta Sala la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales D. José Luis Blázquez Mendoza, en representación de YOSHI SERVICIOS INMOBILIARIOS, S.L. (en adelante YOSHI), en cuya virtud solicita el nombramiento judicial de un árbitro que dirima, en equidad, las controversias surgidas con Dª Lourdes en relación con el Local nº 5, planta Baja, Edificio I, del Conjunto Residencial Comercial Parque de La Ermita, sito en Los Molinos (Madrid), c/ Miguel Hernández Boneta núms. 2 y 4. Dicho local sería propiedad de la mercantil demandante -doc. 1- y, según afirma, estaría indebidamente ocupado por la demandada, socia de la reclamante en tanto que partícipe de un 1% de su capital social. En el suplico de la demanda se solicita la celebración de vista.

SEGUNDO .- Tras cumplimentar la demandante el requisito de postulación procesal mediante comparecencia *apud acta* verificada el 27 de julio 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, emplazándose a la demandada por



diez días hábiles, con los apercibimientos legales, con traslado de la demanda y documentación acompañada, al efecto de que conteste a la misma -Decreto 27.07.2017).

TERCERO .- La demandada contesta a la demanda mediante escrito presentado vía lexnet en fecha 13 de septiembre de 2017 en el que solicita se dicte Sentencia " *por la que se desestime íntegramente la demanda con expresa condena en costas* "; manifiesta asimismo -otrosí digo- " *que no interesa la celebración de vista, puesto que la divergencia objeto de resolución versa sobre una cuestión estrictamente sometida a valoración jurídica* ".

CUARTO .- Teniéndose por contestada la demanda y habiendo solicitado la demandante la celebración de vista, se señala la misma, por disposición expresa del art. 438.4 LEC , para el día 19 de octubre de 2017, a las 10:00 horas (DIOR 20.09.2017).

QUINTO .- Por escrito presentado el 26 de septiembre de 2017 -con entrada en esta Sala el siguiente día 28-, la actora propone como medios de prueba adicionales a la documental interesada con su demanda el interrogatorio de D^a. Lourdes , más documental consistente en exhibición por la demandada de los documentos que cita, e interrogatorio de la testigo D^a Sara , empleada de la demandada. La Sala, mediante Auto de 5 de octubre siguiente, acuerda el interrogatorio solicitado, denegando la restante prueba impetrada.

SEXTO .- Celebrada la vista en el día y hora señalados, quedaron los autos conclusos para deliberación y fallo.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande (DIOR 21.07.2017), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Sostiene YOSHI, en síntesis, que la demandada -socia de la reclamante con 1% de su capital- viene ocupando el inmueble descrito en el antecedente primero de forma abusiva, desde su adquisición por la sociedad, sin que posea título alguno que justifique dicha ocupación.

Ante tal situación, relata la actora -hecho quinto- que su administrador único, D. Juan Manuel , ha requerido a D^a. Lourdes para que desaloje el indicado inmueble, " *comunicándole la intención de interponer la presente demanda si persistía en su actitud de no abandonar el local* ", para cuya acreditación acompaña -doc. 4- copia del burofax remitido el 24 de enero de 2017.

Invoca YOSHI el convenio arbitral contenido en los Estatutos de la Sociedad contenidos en la escritura de constitución -doc. nº 2, cuyo artículo 35º dice:

" *Toda cuestión o diferencia que pudiera surgir entre la Sociedad y los socios, o entre éstos entre sí, como tales, y en la medida en que lo permitan las disposiciones vigentes, será sometida a arbitraje de equidad, conforme a la Ley de 5 de diciembre de 1988* ".

Aduce la demandante -FJ 4º- que la cláusula arbitral no establece " *un método específico de designación del árbitro único previsto* ", por lo que, " *no habiéndose podido alcanzar el acuerdo 'ad hoc'* ", este Tribunal debe designarlo a solicitud de cualquiera de las partes en virtud del art. 15.2.a) de la vigente Ley de Arbitraje .

Por su parte, la demandada opone, con carácter previo y principal, la falta de legitimación activa - *legitimatio ad causam* - de YOSHI SERVICIOS INMOBILIARIOS, con invocación del art. 15.3 LA y de la Sentencia de esta Sala 21/2017, de 21 de marzo -y remisión a las demás que en ella se citan (roj STSJ M3263/2017-, habida cuenta de que, aun no previendo el convenio arbitral procedimiento alguno para la designación de árbitro, YOSHI nunca requirió a D^a. Lourdes a los efectos de designar árbitro: no se habría acreditado en autos ni el referido requerimiento ni la negativa expresa o tácita de la demandada a realizar tal designación, ni el transcurso de plazo alguno establecido al efecto.

Señala, sobre este particular, que " *en el presente procedimiento la parte demandante se ha limitado a enviar un burofax a mi representada aduciendo una serie de cuestiones sobre la ocupación del local y el ejercicio de acciones judiciales (Doc. 4 de la demanda), pero en ningún caso sobre el nombramiento del árbitro y así poder suplir la falta de procedimiento de designación del árbitro en un procedimiento que además excede de la supuesta ocupación del local por parte de mi representada. Por lo tanto no se dan los presupuestos de la acción de designación que requiere acreditar que no ha existido acuerdo para la designación de árbitros o que al menos éste se ha intentado por la parte a quien interesa* ".

Asimismo, aun reconociendo expresamente que no es materia que haya que dilucidar en el limitado ámbito de este procedimiento arbitral, expone la demandada que YOSHI se encuentra incurso en causa de liquidación, ex art. 363 LSC, en sus apartados a), c) y d) -como evidenciarían, en concreto, el doc. 2 de la demanda y los docs. 3 y 4 de la contestación-, y postula que " *la verdadera y real controversia que mantienen las partes es la disolución, liquidación y adjudicación del único del haber social de YOSHI -el local litigioso-..., el pago de las*



cantidades adeudadas a mi representada..., y no la existencia o no de ocupación del local (por D^a Lourdes) o del título que ampara su ocupación ".

En el acto de la vista las partes se ratifican en sus respectivos alegatos y pretensiones.

Ambas proponen como prueba la documental que acompañan a sus escritos de demanda y contestación, siendo ésta admitida.

Formula la actora protesta por la inadmisión de la exhibición documental interesada en su escrito de 25.09.2017, reiterando la Sala para su denegación las razones expuestas en su Auto de 5 de octubre de 2017, a saber: que la documental cuya exhibición se pretende trasciende el objeto propio de esta causa: versa, a todas luces, sobre la "cuestión de fondo" que se debate entre las partes, y no sobre lo que ahora se dilucida: la verificación, *prima facie*, de si existe un convenio arbitral y de si concurren las demás circunstancias que, en su caso, justificarían el nombramiento de un árbitro por parte de la Sala.

Con esta delimitación objetiva se practica el interrogatorio de la parte demandada en su día acordado. A preguntas de la proponente, manifiesta la Sra. Lourdes que en ningún proceso anterior le han pedido **arbitraje** y, respecto de una demanda de desahucio incoada por la actora, no sabe si su Abogado ha invocado o no la sumisión a **arbitraje**. A preguntas de su Letrado, afirma que no ha recibido comunicación alguna ni verbal ni por escrito de la aquí demandante para el nombramiento de árbitro.

La actora presenta en este acto documental compuesta por un solo documento, numerado con el nº 5, que incorpora escrito de 17 de mayo de 2017, por el que la representación de D^a. Lourdes interpone declinatoria por sumisión a **arbitraje** en los autos de juicio de desahucio por precario nº 181/2017, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 8 de Collado Villalba. Con traslado a la parte demandada, la Sala acuerda su admisión, sin perjuicio de su valoración en Sentencia.

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 este 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** queda amparado o no por el convenio arbitral, 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 el alcance del art. 35º 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 el caso -como dijimos en nuestro Auto 20/2014, de 18 de septiembre , y en la Sentencia 77/2015, de 22 de noviembre -, la doctrina sentada por las SSTs, 1ª, nº 886/2004, de 15 de septiembre (FJ 4) -ROJ STS 5699/2004 - y nº 776/2007, de 9 de julio (ROJ STS 5668/2007) en relación con el llamado "**arbitraje** estatutario". Así, la STS nº 776/2007 declara (FJ 3):

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

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

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

TERCERO .- A la luz de lo que antecede hemos de analizar, a continuación, aquel alegato de la demandada que, con apoyo en la Sentencia de esta Sala 21/2017, de 21 de marzo , entiende que YOSHI carece de legitimación activa porque nunca requirió a Dª. Lourdes para designar árbitro de común acuerdo, aun cuando el convenio no previera un procedimiento al efecto.

Afirmada la controversia y constatada *prima facie* su realidad, su definitiva concreción y eventual acreditación de los hechos en que se funda habrá de hacerse en el seno del correspondiente proceso arbitral;- dicho lo cual, 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-* : *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 posteriormente, 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 YOSHI -doc. nº 2 de la demanda- contienen una cláusula de sumisión a **arbitraje** - art. 35º- en los términos *supra* transcritos. Este extremo no es controvertido, de ahí que resulte irrelevante para la decisión de esta causa el que, en otro proceso, la aquí demandada haya podido invocar la existencia de esa cláusula. No se discute, pues, que 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, aun cuando hubieran existido negociaciones infructuosas o requerimientos fallidos para intentar evitar el litigio sobre las controversias surgidas entre las partes -v.gr., doc. nº 4 de la demanda-, tal extremo, por sí solo, no eximía a la aquí actora de haber intentado el nombramiento de árbitro antes de incoar la demanda, aun sin procedimiento pactado al efecto, requiriendo a tal fin a la ahora demandada.

En este punto, la Sala, una vez examinado el doc. nº 4 que se acompaña a la demanda, no puede compartir la afirmación de la actora de que comunicó a la Sra. Lourdes " *la intención de interponer la presente demanda si persistía en su actitud de no abandonar el local* ". Ninguna prueba en tal sentido obra en las actuaciones. Lo que acredita el burofax -doc. 4- remitido el 24 de enero de 2017 a las 15,02 hs. es el requerimiento a la demandada para que desocupe el inmueble, " *advirtiéndole de que en caso de no verificarlo, se procederá a llevar a cabo las acciones legales que pudieran corresponder a YOSHI SERVICIOS INMOBILIARIOS, S.L., para la mejor defensa de sus derechos e intereses, entre las que se encuentran la acción de desahucio por precario* ", que efectivamente ha ejercitado ante la Jurisdicción ordinaria -doc. nº 5.

Esa genérica advertencia -ejercicio de acciones legales- no entraña, por muy laxamente que se quiera interpretar, un requerimiento para el nombramiento de árbitro de común acuerdo: por el contrario, se trata simplemente de advertir a la ahora demandada de que, si no desocupa la vivienda, se emprenderán acciones legales, ejemplificando una de las posibles, pero sin la menor referencia a que se vaya a acudir al **arbitraje** pertinente, ni instando, directa o indirectamente, a la designación consensuada de árbitro. Conclusión que se ve corroborada por el propio doc. nº 5 aportado la actora, que evidencia que ha planteado su demanda de desahucio por precario ante los tribunales ordinarios.

Cumple hacer estas precisiones porque lleva razón la demandada cuando rechaza la concurrencia del presupuesto de la acción de designación: que no haya sido posible nombrar árbitro por el procedimiento pactado o, en su defecto, por la falta de acuerdo de las partes en dicha designación.

En consecuencia, tal y como hemos dicho, entre otras, en nuestras **Sentencias 84/2015, de 17 de noviembre** (roj STSJ M 13470/2015, FJ 4), **44/2016, de 31 de mayo** (roj STSJ M 8097/2016), **61/2016, de 11 de octubre** (roj STSJ M 10730/2016, FJ 3) y **21/2017, de 21 de marzo** (roj STSJ M 3263/2017, FJ 4), "falta el presupuesto legal de la designación judicial de árbitros previsto en el art. 15.3 LA: " *que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes* ", o, en su defecto, que dicho nombramiento ni siquiera haya sido intentado.

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

También conviene recordar que, a diferencia de lo que ha sucedido en otros supuestos enjuiciados por este Tribunal, en que en el acto de la vista la demandada se ha allanado a la solicitud de nombramiento de árbitro -lo que, en este tipo de procesos, es perfectamente posible dada su naturaleza claramente disponible-, aquí no se da tal circunstancia: la demandada sostiene con firmeza la falta del presupuesto de hecho legalmente previsto para la estimación de la demanda.

CUARTO.- De conformidad con el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desestimada la demanda procede imponer las costas de este procedimiento a la parte actora, pues tampoco es de apreciar que el caso presente serias dudas de hecho o de Derecho.

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS



1º) Desestimar la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. José Luis Blázquez Mendoza, en representación de YOSHI SERVICIOS INMOBILIARIOS, S.L., contra Dª Lourdes , para el nombramiento de árbitro que dirima, en equidad, las controversias surgidas en relación con el Local nº 5, planta Baja, Edificio I, del Conjunto Residencial Comercial Parque de La Ermita, sito en Los Molinos (Madrid), c/ Miguel Hernández Boneta núms. 2 y 4.

2º) Con imposición de las costas del procedimiento a la parte demandante.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ