



Roj: **STSJ M 3737/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:3737**

Id Cendoj: **28079310012019100056**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/04/2019**

Nº de Recurso: **59/2018**

Nº de Resolución: **16/2019**

Procedimiento: **Juicio verbal**

Ponente: **FRANCISCO JOSE GOYENA SALGADO**

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: 28.079.00.2-2018/0179091

Procedimiento Juicio Verbal (250.2) 59/2018

Materia: Arbitraje

Demandante: D./Dña. Aurora

PROCURADOR D./Dña. MARIA ELENA MARTIN GARCIA

Demandado: D./Dña. Eulalio y otros 4

PROCURADOR D./Dña. FELISA MARIA GONZALEZ RUIZ

D./Dña. Carlota

PROCURADOR D./Dña. FEDERICO ORTIZ-CAÑAVATE LEVENFELD

D./Dña. Cecilia

PROCURADOR D./Dña. SANTIAGO TESORERO DIAZ

Excmo. Sr. Presidente:

D. Juan Pedro Quintana Carretero

Ilmos. Sres. Magistrados

D. Francisco José Goyena Salgado

D. Jesús María Santos Vijande

SENTENCIA N° 16/2019

En Madrid, a cinco de abril de dos mil diecinueve

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Con fecha del Registro General de este Tribunal Superior de Justicia de 26 de octubre de 2018, tiene entrada en esta Sala la demanda presentada por la procuradora D.^a ELENA MARTÍN GARCÍA, en nombre y representación de D.^a Aurora , asistida por los letrados D. ALBERTO PIMENTA HERNÁNDEZ y D. EDUARDO SANTAMARÍA MORAL, que con base en las alegaciones y fundamentos que estimó oportunos, terminaba



solicitando el nombramiento judicial de un árbitro, que dirima la controversia surgida frente a D.^a Cecilia , D.^a Cecilia , D. Eulalio , D. Marino , D.^a Carlota , D.^a Lorena , D. Norberto .

SEGUNDO.- Por Decreto de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala de fecha 30 octubre 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 la demanda por diez días hábiles, con traslado de la demanda y documentación acompañada, al efecto de que conteste a la misma.

TERCERO.- Emplazada la parte demandada para el citado trámite, comparecieron D.^a Cecilia , D. Eulalio , D. Marino , D.^a Lorena , D. Norberto , representados por la procuradora D.^a FELISA MARÍA GONZÁLEZ RUIZ y asistidos por el letrado D. PABLO MARTÍNEZ LLORENTE, formulando escrito de contestación a la demanda, con arreglo a las alegaciones y fundamentos que estimó oportunos y solicitando la desestimación íntegra de la demanda, con imposición de costas a la parte demandante.

Asimismo compareció la demandada D.^a Carlota , representada por el procurador D. FEDERICO ORTIZ-CAÑAVATE LEVENFELD, y asistida por el letrado D. JUAN FRANCISCO RODRÍGUEZ MEJÍAS, formulando escrito de contestación a la demanda, con arreglo a las alegaciones y fundamentos que estimó oportunos y manifestando la conformidad de dicha parte con la solicitud de nombramiento de un árbitro, en cumplimiento del convenio arbitral contenido en el contrato de 9 de julio de 2004.

Asimismo compareció la demandada D.^a Cecilia , representada por el procurador D. SANTIAGO TESORERO DÍAZ, y asistida por la letrada D.^a MARINA FONTELA SANZ, formulando escrito de contestación a la demanda, con arreglo a las alegaciones y fundamentos que estimó oportunos y solicitando se dicte sentencia por la que: 1. Se estime la excepción de falta de legitimación pasiva de esta parte, desestimándose íntegramente la demanda formulada contra la misma.

2. Se condene a la parte demandante a abonar a esta parte las costas causadas por este procedimiento.

CUARTO.- Por diligencias de fechas 17 de diciembre de 2018 y 9 de enero de 2019, respectivamente, se tuvo por contestada la demanda, señalándose vista al haberse solicitado por una de las partes.

Celebrada la vista, con el resultado que obra en la correspondiente acta, quedaron los autos para sentencia.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco José Goyena Salgado, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Solicita la parte actora que se tenga por interpuesta demanda de designación judicial de árbitro frente a D.^a Cecilia , D.^a Belinda , D. Eulalio , D. Marino , D.^a Carlota , D.^a Lorena , D. Norberto , y que en su día, tras los trámites oportunos, estimando la demanda se acuerde la designación de árbitro, a fin de que resuelva la controversia a través de un procedimiento arbitral en los términos previstos en el convenio arbitral pactado en el Acuerdo 5 del contrato de fecha 9 de julio de 2004, con imposición de costas a la parte demandada.

La parte actora alega que con base en el contrato de 9 de julio de 2004, entre otros por la actora y los demandados, procedió a ejercitar su derecho de venta en relación con todas sus participaciones sociales en la sociedad "GRUPO INMOBILIARIO GOMENDIO, S.L." (GIG), derivadas de la participación futura, frente a los hermanos, haciéndolo por el precio pactado de 5.082.215'07 euros, así como que, para el caso de que los hermanos no se aviniesen a dicha adquisición y pago del precio expresado, les requirió para que se nombrara un árbitro de equidad, de acuerdo, igualmente, a lo previsto en el citado contrato.

Manifiesta, asimismo en su escrito rector de demanda, que no habiendo sido posible alcanzar un acuerdo sobre la designación de árbitro, se ve obligada a instar el presente procedimiento.

Invoca en apoyo de su pretensión el mencionado contrato de fecha 9 de julio de 2004, en el que se contempla el instituto del **arbitraje**. (doc. 2 de la demanda)

Así el Acuerdo 5 del contrato, establece: "Para cuantas cuestiones puedan surgir en relación con el cumplimiento o interpretación de los acuerdos y manifestaciones contenidas en este documento, las partes intervinientes acuerdan someterse a un **arbitraje** de equidad, cuyo laudo, que se emitirá en un plazo máximo de tres meses desde su iniciación, será de obligado cumplimiento.

A estos efectos, las partes designan como árbitro de equidad a D. Fulgencio , y en caso de fallecimiento e imposibilidad de éste, a la persona designada como albacea testamentario por D. Alexander ."



SEGUNDO .- Establece el artículo 15 de la vigente Ley de **Arbitraje** , 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".

El alcance de esta previsión, como ha tenido ocasión de manifestar esta Sala, en su sentencia de 13 de diciembre de 2017 , lo 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".

Asimismo, en nuestra sentencia de fecha 12 de junio de 2018 , entre otras, señalábamos que: "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)."

TERCERO .- Establecida la competencia territorial para conocer de la presente demanda, en virtud de lo resuelto en el Decreto de fecha 30 de octubre de 2018, procede establecer como primera consideración o presupuesto, la comprobación de la existencia de un convenio arbitral, en virtud del cual las partes se comprometen y sujetan a resolver las discrepancias e interpretación de la cuestión litigiosa a través de dicha institución.

Dicho presupuesto se acredita a la vista de la cláusula integrada en el Acuerdo 5 del contrato de fecha 9 de julio de 2004, aportado con la demanda como documento nº 2.

En cuanto al alcance de la resolución que debe adoptar este Tribunal, reiteradamente tiene señalado esta Sala que: "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** - restablecimiento del equilibrio de las prestaciones/obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento suscrito, a la vista del cambio de circunstancias -- 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."

Como segunda consideración, también señala esta Sala en su 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 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.

CUARTO.- La parte demandante ha manifestado su deseo de iniciar un **arbitraje**.

A tal efecto se aporta como documento nº 5 de la demanda, burofax, de fecha 1-10-2018, en el que, además de otras consideraciones, se les dirige la siguiente: "3. En caso de que los hermanos no confirmen expresamente en el plazo de siete días naturales su disposición a atender los anteriores requerimientos, sirva igualmente la presente comunicación a modo de requerimiento para la puesta en marcha del **arbitraje** ad hoc pactado mediante el correspondiente nombramiento de árbitro, que habrá de tener lugar por acuerdo entre los hermanos y D.^a Aurora en los siguientes cinco días naturales; en defecto de lo cual quedaría expedita la acción de D.^a Aurora para instar el nombramiento judicial del árbitro encargado de la tramitación y resolución en equidad del **arbitraje**, al amparo de la Ley 60/2003, de **Arbitraje**."

Ha dicho requerimiento, tal como consta en el doc. 6 de los aportados con la demanda, contestaron D. Norberto , D. Marino y D. Eulalio , en que, además de otras consideraciones sobre el fondo de la cuestión litigiosa, rechazaban que exista convenio arbitral para resolver la controversia planteada.

Hay que significar, llegados a este punto la distinta postura que existe entre los demandados, puesto que la demandada D.^a Carlota , manifestó, al contestar la demanda, la conformidad de dicha parte con la solicitud de nombramiento de un árbitro, en cumplimiento del convenio arbitral, mientras que los demás demandados D.^a Belinda , D. Eulalio , D. Marino , D.^a Lorena , D. Norberto , bien de forma expresa, como ya hemos señalado, al contestar al burofax, bien con ocasión de la contestación de la demanda, así como de la celebración de la vista en el presente procedimiento, se niega validez al convenio arbitral.

QUINTO.- La parte demandada que representa a D.^a Belinda , d. Eulalio , D. Marino , D.^a Lorena y D. Norberto , se opone a la presente demanda, alegando los siguientes motivos: 1º. El convenio arbitral es inaplicable, pues la reclamación trae causa de una materia indisponible y que por tanto, no es arbitrable. 2º. No estamos en el supuesto previsto en el art. 15.3 L A ni procede el nombramiento de ningún árbitro, y 3º. El convenio arbitral que invoca la demandante es nulo, pues el convenio infringe el principio de igualdad.

a) En relación al primer motivo señala la parte demandada, que la controversia que enfrenta a las partes se refiere a una materia inarbitrable -ex art. 1271 del Código Civil , en relación con lo dispuesto en el art. 2.1 de la Ley de **Arbitraje** -, pues trae causa de las manifestaciones contenidas en el Protocolo acerca de la herencia futura de los Fundadores y la porción que correspondería a sus hijos en dicha herencia futura.

En relación con lo anterior hace referencia la parte demandada a la manifestación séptima del protocolo, contenido en el contrato de fecha 9 de julio de 2004, y que dice: "SEPTIMA.- Que, con objeto de mantener el control y la unidad del denominado Grupo Gomendio, "los Fundadores" tienen la voluntad de que las acciones y participaciones de que son titulares en dicho Grupo (en la actualidad a través de la Sociedad Holding),



puedan irse transmitiendo a "los hermanos", bien sea en vida por actos de disposición intervivos a su favor, bien sea al fallecimiento de "los Fundadores" en virtud de transmisión mortis causa, recibiendo "las hermanas salientes" el valor de sus respectivas participaciones (equivalente, para cada una de ellas, a una novena parte del valor actual de tasación de las acciones y participaciones en el denominado Grupo Gomendio que son en la actualidad propiedad de "los Fundadores"), actualizándose su importe anualmente con base en la evolución del Índice General de Precios al Consumo desde la fecha de formalización del presente documento, hasta la fecha de su efectivo pago.

A tal efecto, se hace constar que el valor de la participación de "las hermanas salientes" en el valor de tasación de las acciones y participaciones en el denominado Grupo Gomendio que son en la actualidad propiedad de "los Fundadores", se fija en 15.246.645'22 euros, para cada una de ellas. Esta valoración se acepta expresamente tanto por "los hermanos" como por las "hermanas salientes", que manifiestan asimismo su expresa aceptación de la voluntad de "los Fundadores" cualquiera que sea la evolución que pueda tener en el futuro el valor de mercado de dichas acciones y participaciones.

De acuerdo con dicha voluntad, y sin perjuicio de su derecho de disponer de sus bienes y derechos como tengan por conveniente en cada momento, "los Fundadores" hacen constar su decisión de otorgar nuevas disposiciones testamentarias en las que se preverá, sin perjuicio de las disposiciones que tengan a bien disponer a favor del cónyuge supérstite, la adjudicación de las acciones y participaciones de que "los Fundadores" sean titulares en el denominado Grupo Gomendio a favor de "los hermanos", con la obligación de éstos de abonar dentro de los límites legales a "las hermanas salientes" el valor de sus respectivas participaciones en dichas acciones y participaciones, todo ello de acuerdo con las valoraciones anteriormente expuestas, previendo que, en caso de defecto o exceso en la valoración resultante a favor de "las hermanas salientes" con relación a la totalidad del caudal relicto existente, dicho exceso o defecto se compensará minorando o incrementando, según proceda, su participación en los tercios de mejora y libre disposición.

En el caso de que la transmisión a "los hermanos" de las acciones y participaciones de que "los Fundadores" son titulares en el denominado Grupo Gomendio se realizase por actos intervivos, es voluntad de "los Fundadores" que, de igual modo, se compense a "las hermanas salientes" en la cantidad que proporcionalmente, según la valoración anteriormente expuesta, corresponda a cada una de ellas en relación con el porcentaje de la participación transmitido a favor de "los hermanos", determinándose en cada momento el procedimiento más adecuado para ello."

La parte demandada considera que, es en base a dicha previsión del Protocolo sobre la herencia futura de los padres y la participación de los hijos, que se funda exclusivamente la pretensión de la demandante, que motiva la solicitud de la designación judicial de árbitro.

Considera, por otra parte que dicho Protocolo, en cuanto contiene previsiones dispositivas intervivos sobre la herencia futura de los padres, contradice lo que dispone el art. 1271.2 del Código Civil ., por lo que en consecuencia la materia objeto de discrepancia es inarbitrable.

El motivo expuesto debe ser desestimado.

Ciertamente el art. 1271 C. Civil , tras establecer como regla general que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio, incluidas las futuras, hace la excepción respecto de la herencia futura, en cuanto que no se podrá celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el art. 1056.

Ello no obstante y a los efectos y alcance de la resolución que compete adoptar a este Tribunal, la objeción no puede ser atendida, ya que excede, por tratarse de una cuestión que afectaría a la arbitrabilidad y en su caso, a la prosperabilidad de la pretensión de la parte actora, cuya resolución debe residenciarse en el procedimiento arbitral y en suma, en el árbitro que decidiera el litigio.

Prima facie, la pretensión actora se apoya en las obligaciones establecidas y aceptadas por las partes contratantes, aspectos y fundamentos que a los efectos y alcance de lo que debe resolver este Tribunal, no cabe calificar de inarbitrable. En realidad, la alegada inarbitrabilidad es una cuestión de fondo, que debe ser resuelta por el árbitro que en su caso, se nombre.

La previsión de realizar disposiciones testamentarias, que se contempla en la Manifestación séptima (Protocolo en la denominación de la parte demandada), se materializó en un momento posterior al citado contrato, concretamente el 17 de enero de 2013.

La incidencia que dichas disposiciones testamentarias realizadas por D. Alexander y en qué medida afectan, invalidan o condicionan el contrato precedente, que sirve de base a la pretensión actora, debe ser planteada por

la parte demandada en el procedimiento arbitral, no correspondiendo, por la naturaleza y alcance del presente procedimiento como ya hemos expuesto, ser valoradas y resueltas por esta Sala.

b) Como segundo motivo de oposición se plantea que no estamos ante el supuesto previsto en el art. 15.3 L A, no procediendo el nombramiento de ningún árbitro.

Considera la parte demandada que la parte actora parte de un error, ya que el convenio arbitral no prevé que deba designarse un árbitro, ya que el convenio nombra como árbitros, en primer lugar a D. Fulgencio y, en caso de fallecimiento o imposibilidad de éste, a la persona designada albacea en el testamento de D. Alexander . No existe "un procedimiento para la designación del árbitro", sino el nombramiento como árbitro de una persona concreta y determinada y, subsidiariamente, de otro árbitro por la decisión unilateral de D. Alexander , al designar un albacea.

El motivo debe ser desestimado.

En primer lugar debemos discrepar del error que achaca a la parte actora, pues contrariamente a lo que mantiene el motivo, el convenio arbitral sí establece que deba nombrarse un árbitro para dirimir, en equidad, las cuestiones que puedan surgir en relación al cumplimiento o interpretación de los acuerdos y manifestaciones contenidas en el contrato. Y ello hasta el punto que designa nominativamente un primer árbitro D. Fulgencio , y subsidiariamente, si el primero no pudiera realizar dicha función, otro árbitro, no identificado como el anterior, pero sí concretado en cuanto deberá ser el albacea testamentario designado por una de las partes contratantes, D. Alexander .

Cuestión distinta es que el primer árbitro, como consecuencia de su fallecimiento (doc. 3 de la demanda), el día 5 de diciembre de 2015, y por lo tanto antes del planteamiento de la presente demanda, obviamente no puede realizar la función arbitral que se le había reservado.

Por otra parte, la segunda previsión subsidiaria, de nombramiento de otro árbitro, ciertamente tampoco puede producirse, ya que D. Alexander , que falleció el día 7 de febrero de 2018, no ha designado en sus disposiciones testamentarias un albacea, tal como resulta del testamento abierto otorgado por dicho causante el 17 de enero de 2013 (doc. 4 de la demanda), sin que conste posterior disposición testamentaria del mismo, que modifique, amplíe o complete el anterior.

Atendido lo anterior, sin embargo, a juicio de la Sala no se produce la imposibilidad de nombrar un árbitro, conforme a la previsión establecida en el art. 15.3 L A, que, contrariamente a lo que mantiene la parte demandada, es de plena aplicación.

A este respecto cabe hacer las siguientes consideraciones:

a.- El convenio arbitral establecido en el contrato no vincula, indefectiblemente, su eficacia a la necesaria realización de un eventual **arbitraje** por los dos árbitros designados, en la medida en que la voluntad de las partes de dirimir las controversias que pudieran surgir del contrato por la vía arbitral, se plasma en un primer párrafo, independiente del segundo, en el que se indican dos posibles árbitros, uno nominado y el otro determinado por su condición de albacea testamentario.

Las partes no establecieron una condición determinante que anulara o dejara sin efecto el convenio arbitral, en el caso de que no pudiera ser llevado a cabo el **arbitraje** única y exclusivamente por las personas indicadas en el segundo párrafo.

Dicho segundo párrafo sí establecía una prioridad en cuanto a qué personas debían realizar el **arbitraje**, pero la imposibilidad de que por éstas se realizara la función arbitral, no deja sin efecto el primer párrafo, que es el que recoge la voluntad manifiesta de las partes contratantes de someterse a **arbitraje**, verdadera parte sustancial del convenio arbitral, ya que sin consentimiento de las partes, no hay convenio, hasta el punto de que no es necesario para la validez de un convenio arbitral, que éste incluya disposiciones sobre los árbitros (número, capacidad), lugar o idioma del **arbitraje**.

Al no haberse establecido la señalada vinculación determinante y ante la imposibilidad física de que puedan actuar los indicados por las partes, es por lo que tiene plena eficacia la disposición contenida en el apdo. 3 del art. 15 L A, precisamente para hacer viable la voluntad de las partes de someterse a **arbitraje**, una vez que las partes han agotado el cauce establecido para el nombramiento. (SSTSJ. Madrid 23-11-2015 , 13-12-2017)

b) Como segunda consideración hay que señalar que, aun cuando sea válido, en principio, el pacto entre los contratantes, por el que se encomienda a uno de ellos en exclusiva (a D. Alexander), la designación del árbitro que, en caso de no poder realizar su función el primero nominativamente designado, deba realizarla, con la fórmula contenida en el párrafo segundo del convenio arbitral (designando albacea en su disposición testamentaria), no es válido el que el designado para determinar el árbitro subsidiario, en cuanto parte



contratante, unilateralmente impida el cumplimiento de dicho convenio arbitral, parte integrante del contrato, ya que resulta contrario a lo que dispone el art. 1256 C. Civil .

Dicho precepto establece que: "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes."

Su interpretación y la sanción que supone han sido tratadas por la STS. de fecha 15 de junio de 2016 en los siguientes términos: "Ante la gravedad de las consecuencias que cabría extraer de una interpretación puramente literal de dicho artículo ("La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"), se ha sostenido autorizadamente, a la luz del comentario de García Goyena a su precedente, el artículo 979 del Proyecto del 1851 sin paralelo en la codificación decimonónica, que se trataría de una generalización poco meditada, para los contratos, de la regla del artículo 1115.I CC -nulidad de la obligación contraída bajo una condición puramente potestativa-, procedente de textos del Digesto referidos a las obligaciones nacidas de *stipulatio* (por consiguiente, con un solo acreedor y un solo deudor). No expresaría, así, sino el principio lógico de que, en frase del propio García Goyena, "quedar, y no quedar obligado, son cosas incompatibles".

En cualquier caso, con seguridad no puede darse al artículo 1256 CC un significado normativo distinto del que naturalmente se desprende del artículo 1091 del mismo Código : si "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse a tenor de los mismos", no puede uno de los contratantes desvincularse o desligarse del contrato por su sola voluntad; pero, claro es, salvo que otra cosa se haya pactado válidamente (arts. 1255 CC y 25.1 LCSP) en el contrato mismo de que se trate.

Cabalmente por ello, las Sentencias de esta Sala 1222/1995, de 9 de enero (Rec. 2800/1991), 1259/2007, de 30 de noviembre (Rec. 4502/2000), 85/2010, de 19 de febrero (Rec. 2129/2005) y 217/2011, de 31 de marzo (Rec. 807/2007) han declarado que no cabe dar al artículo 1256 CC el significado de prohibir la inclusión en el contrato mismo de un pacto que otorgue a uno de los contratantes un derecho potestativo de desistimiento o denuncia unilateral."

En el caso presente, como ya expusimos, no se establecía una condición por la que, si no podían nombrarse a los árbitros que previene el párrafo segundo del convenio arbitral, quedaba sin efecto y validez todo el mismo, pero tampoco se establecía un pacto en el que pudiera una de las partes contratantes, unilateralmente, dejar sin efecto dicho convenio.

La actuación de D. Alexander , al no nombrar, por decisión voluntaria suya, un albacea testamentario en sus últimas disposiciones testamentarias, ni tampoco en otro documento complementario o en un codicilo, habiendo podido hacerlo, siendo que debía conocer que el árbitro primeramente designado había fallecido con anterioridad a otorgar testamento, implica dejar de cumplir con lo establecido en el convenio arbitral y con ello, como hemos señalado, un intento unilateral de impedir el mismo y en definitiva de una parte sustancial de lo pactado por las partes, como es la voluntad de que las controversias que pudieran surgir del contrato se resolverían acudiendo al procedimiento arbitral, sin tener concedida por los otros contratantes dicha facultad.

Dicha conducta obstativa debe resolverse no el sentido que propugna la parte demandada, sino, por el contrario favoreciendo el cumplimiento del contrato pactado, de acuerdo con el principio de favorecimiento de la eficacia de los contratos, precisamente al amparo del art. 15.3 L A, que es la vía utilizada por la parte actora.

En otro orden de cosas, no obsta a lo anteriormente señalado, las consideraciones que se vierten en el escrito de contestación, sobre el motivo que examinamos, referentes a las especiales condiciones personales que debían cumplir los árbitros determinados en el convenio arbitral, en cuanto personas de especial confianza con D. Alexander , pues ello no se establece en el citado convenio, no dejando de ser una consideración, ciertamente sugestiva pero subjetiva e interesada de la parte, que no ha sido aceptada por otras partes. Por otra parte no deja de ser curioso que, atribuyéndose al primer árbitro dicho carácter de persona de la especial confianza de D. Alexander , no se indique en el contrato el segundo apellido. Y en cuanto al cargo de albacea, ciertamente suele recaer en persona o personas de la confianza del testador (*vir bonus*), por razones obvias, pero no es requisito establecido en los arts. 892 y ss. del C. Civil , que ostente una relación de especial confianza. Perfectamente puede encargarse la tarea de albaceazgo a una persona que ostente cualidades de honradez y fidelidad al cumplimiento de las disposiciones de última voluntad del testador, por ejemplo un abogado o un notario.

c) Como tercer motivo de oposición se alega que el convenio arbitral es nulo, pues infringe el principio de igualdad.

El motivo debe ser igualmente desestimado y ello, precisamente, por el hecho mismo de la imposibilidad sobrevenida de que pudieran ejercitar la función arbitral las personas determinadas en el convenio arbitral, bien por el fallecimiento del primeramente designado, bien por no haberse nombrado albacea. Las especiales



condiciones que la parte demandada atribuye a los citados, por su especial vinculación con D. Alexander , pueden y deberán ser corregidas precisamente a través de la vía empleada por la parte actora, esto es mediante la designación judicial, dado que el Tribunal no solo no estará afectado por dichas vinculaciones personales de especial confianza, sino que deberá designar, dentro del perfil que indiquen las partes, a los árbitros más objetivos posibles, dentro de la terna, entre la que se elegirá al árbitro definitivo.

SEXTO.- Por la representación procesal de D.^a Cecilia , se solicita la desestimación de la demanda formulada, respecto de dicha parte, alegando la excepción de falta de legitimación pasiva, dado que, en virtud del contrato suscrito por esta parte, de fecha 11 de noviembre de 2008, la demandada se desvinculó, en iguales términos que hiciera la actora, en virtud del contrato de 9 de julio de 2004, de la gestión y accionariado del GRUPO GOMENDIO, tanto en su participación presente como futura.

La excepción planteada, en el ámbito y alcance del procedimiento que se sigue ante esta Sala, de nombramiento de árbitro, debe desestimarse, sin perjuicio de que sea alegada en el procedimiento arbitral y resuelta, en su caso por el árbitro que conozca del litigio.

En principio y de acuerdo con el contrato de 9 de julio de 2004, la demandada aparece como parte contratante, por lo que la pretensión actora, igualmente en principio, está subjetivamente de forma correcta formalizada, para plantear la demanda de nombramiento de árbitro. Cuestión distinta, como decimos, que excede de la competencia de esta Sala, en el ámbito y objeto de dicha demanda, será el examen y en su caso la estimación de la alegada falta de legitimación pasiva, que resultaría de un contrato posterior al que sirve de fundamento a la parte actora para plantear su petición de nombramiento de árbitro.

SÉPTIMO.- En consecuencia, pactado inequívocamente el sometimiento a **arbitraje** en los términos ya expuestos, 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.

OCTAVO.- Siendo procedente, pues, el nombramiento de un árbitro que decida, como árbitro único en Equidad, la controversia anunciada en la demanda, el Tribunal, tal y como dispone el art. 15.6 LA, atendiendo a la naturaleza de la contienda que se pretende dirimir y cualidades que, razonablemente señalan las partes, esto es que tenga la condición de jurista con conocimientos en derecho de sucesiones y de obligaciones y contratos, acude para tal designación al Listado de la Corte de **Arbitraje** del ICAM y, en concreto, de los árbitros especializados en Derecho Civil.

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** :

Dña. M^a DEL CARMEN PASADINAS VÁZQUEZ

D. TOMÁS PELAYO MUÑOZ

D. VICENTE PÉREZ DE LA TORRE

SEXTO.- La estimación de la demanda determina, ex art. 394.1 LEC , que las costas causadas en este procedimiento, han de ser impuestas a las partes demandadas, con excepción de la demandada D.^a Carlota , que se allanó a la demanda (art. 395 L.E.C .).

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación.

III.-FALLO

QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS la demanda de designación de Árbitro único formulada por la procuradora D.^a ELENA MARTÍN GARCÍA, en nombre y representación de D.^a Aurora , para dirimir, en Equidad, la controversia surgida con los demandados D.^a Cecilia , D.^a Belinda , D. Eulalio , D. Marino , D.^a Carlota , D.^a Lorena , D. Norberto , por las discrepancias expresadas en la demanda que ha dado origen a esta litis.

Para la elección del árbitro único, se estará a lo expuesto en el fundamento quinto de esta sentencia, confeccionando 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:



- Dña. M^a DEL CARMEN PASADINAS VÁZQUEZ.

- D. TOMÁS PELAYO MUÑOZ

- D. VICENTE PÉREZ DE LA TORRE

Procede imponer las costas a las partes demandadas, con excepción de la demandada allanada.

Frente a esta resolución no cabe recurso alguno (art. 15.7 Ley de Arbitraje).

Así por esta nuestra sentencia, lo firman los Sres. Magistrados que figuran al margen.

DILIGENCIA.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma y se expide certificación de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ