



Roj: **STSJ M 12434/2020 - ECLI: ES:TSJM:2020:12434**

Id Cendoj: **28079310012020100330**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/11/2020**

Nº de Recurso: **56/2019**

Nº de Resolución: **25/2020**

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: 28.079.00.2-2019/0218627

Procedimiento ASUNTO CIVIL 56/2019 - Juicio Verbal (250.2) 14/2019

Materia: Arbitraje

Demandante: D./Dña. Simón

PROCURADOR D./Dña. JORGE LAGUNA ALONSO

Demandado: D./Dña. Valeriano y D./Dña. Victoriano

PROCURADOR D./Dña. IGNACIO GOMEZ GALLEGOS

AGRIMECA S.A.

PROCURADOR D./Dña. MARIA DOLORES MORENO GOMEZ

EXCMO. SR.

D. CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN

ILMOS. SRES.

D. FRANCISCO JOSÉ GOYENA SALGADO

D. DAVID SUÁREZ LEOZ

SENTENCIA N° 25/2020

En Madrid, a seis de noviembre de dos mil veinte

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Con fecha del Registro General de este Tribunal Superior de Justicia de 22 de noviembre de 2019, tiene entrada en esta Sala la demanda presentada por el procurador D. JORGE LAGUNA ALONSO, en nombre y representación de D. Simón, asistido por el letrado D. SERGIO BECERRA CORRALES, 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. Victoriano y D. Valeriano, administradores solidarios de la mercantil "AGRIMECA, S.A.", **arbitraje** que solicita sea de EQUIDAD.



SEGUNDO.- Por Decreto de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala de fecha 23 de diciembre de 2019 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 demandada por diez días hábiles, con traslado de la demanda y documentación acompañada, al efecto de que conteste a la misma.

TERCERO.- Por el procurador D. IGNACIO GÓMEZ GALLEGOS, en nombre y representación de D. Victoriano y de D. Valeriano, asistidos por el letrado D. MANUEL IGNACIO HERRERO DE EGAÑA MUÑOZ-COBO, se evacuó el trámite, formulando escrito de contestación a la demanda, con base en las alegaciones que estimó oportunas, oponiéndose a la demanda y solicitando la desestimación de la misma, con imposición de las costas a la parte demandante.

Mediante otrosí del escrito de contestación, solicitaba se fijara fecha para el oportuno apoderamiento apud acta.

Asimismo por la procuradora D.^a MARÍA DOLORES MORENO GÓMEZ, en nombre y representación de "AGRIMECA, S.A.", se formuló escrito de contestación a la demanda, con base en los hechos y fundamentos que estimó oportunos, solicitando la desestimación de la demanda y la expresa condena en costas.

CUARTO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 30 de enero de 2020, se fijó fecha para la comparecencia apud acta para otorgar poder, tal como se había solicitado por la parte.

Con fecha 10 de febrero de 2020 comparecieron D. Victoriano y D. Valeriano, otorgando el poder general para pleitos.

Por Diligencia de Ordenación de 12 de febrero de 2020, se tuvo por personados a dicha parte demandada, teniéndose por contestada la demanda y acordándose dar traslado a la parte demandante, de conformidad con el art. 438 L.E.C., sobre la oportunidad de celebrar vista, sin que dentro del plazo concedido se pronunciara, sin que tampoco lo hayan hecho las partes demandadas, quedando las actuaciones pendientes de fijar fecha para deliberación.

QUINTO.- Con fecha 28 de julio de 2020 se señaló para el inicio de la deliberación el 27 de octubre de 2020.

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 - no queda claro si uno o tres- frente a D. Victoriano, D. Valeriano y la mercantil "AGRIMECA, S.A.", de la que los dos primeros son administradores solidarios y que en su día, tras los trámites oportunos, estimando la demanda, se acuerde la designación de árbitro, a fin de que resuelva en equidad la controversia surgida entre las partes, con imposición de costas a la parte demandada si se opusiere.

La parte actora alega que pretende ejercitar en el procedimiento arbitral la acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad.

A tal fin, solicita de este Tribunal la designación de árbitro.

Invoca en apoyo de su pretensión el artículo 24 de los Estatutos de la mercantil "AGRIMECA, S.A." en el que se contempla el instituto del **arbitraje**.

Así el citado artículo, establece: "Con la salvedad de los casos en los que las leyes establecen un procedimiento especial de obligatoria observancia, las diferencias que puedan surgir entre los accionistas, como tales o entre éstos y la sociedad, o sus Administradores, serán dirimidas por tres árbitros, en equidad, nombrados de conformidad con la Ley de 5 de diciembre de 1988. Para la formalización judicial del compromiso, los socios, con renuncia del fuero propio, si fuese otro, se someten a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Madrid, siendo todos los gastos que la misma ocasiona y los daños y perjuicios originados, a cargo de quien con su conducta activa o pasiva hubiere dado lugar a ello."

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, ya en su sentencia de 13 de diciembre de 2017, criterio mantenido de forma constante en posteriores resoluciones, 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 23 de diciembre de 2019, 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, según mantiene la parte demandante, a la vista del artículo 24 de los Estatutos de la mercantil "AGRIMECA, S.A." aportado con la demanda como documento nº 1.

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 y 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.- Conforme a lo expuesto y vistas las alegaciones de las partes, dado que por las partes demandadas se cuestiona la validez -por inexistencia sobrevenida- de la cláusula de **arbitraje**, dentro de las limitaciones de conocimiento para la resolución de la pretensión deducida en la demanda, debemos examinar si, de la documentación aportada, deriva la existencia o no del convenio arbitral de referencia.

A tal efecto, hay que señalar que las partes demandadas alegan que el art. 24 de los Estatutos de la mercantil "AGRIMECA, S.A.", estuvo vigente hasta el 30 de julio de 2018.

La parte demandante ya reconocía en su demanda este hecho, si bien considera que la nueva redacción -que por lo demás la Sala desconoce, dado que no ha sido aportada a los autos-no es de aplicación a la acción que se pretende entablar contra los demandados D. Victoriano y D. Valeriano .

Discrepa la Sala de esta afirmación y ello por las siguientes consideraciones:

a) La anterior redacción del art. 24 y en definitiva la cláusula de **arbitraje** que pretende sea de aplicación la parte demandante, ciertamente recogía la voluntad de las partes litigantes de someter sus discrepancias a **arbitraje**. No lo niegan los demandados y tenemos como ejemplo la sentencia de esta Sala, de fecha 12 de junio de 2018, en la que al amparo de dicha cláusula se nombra, por cierto, un árbitro en equidad, no tres, a instancia de D. Simón , a fin de impugnar en dicha vía arbitral un acuerdo societario. Demanda de nombramiento presentada frente a "AGRIMECA, S.A." .

b) Dicha demanda arbitral y así lo señala la parte demandante en la presente demanda, fue inadmitida a trámite, en virtud del Laudo de fecha 24 de julio de 2019, dictado en el expediente NUM000 , de la Corte de **Arbitraje** del ICAM, "declarando la falta de competencia para conocer de las acciones ejercidas en la demanda por don D. Simón contra D. Victoriano y D. Valeriano ."

La razón, explica el árbitro, residía en que formulada demanda al citado fin impugnatorio, frente a "AGRAMECA, S.A.", sin embargo, lo que se dirimía, en realidad, era demandar a los citados D. Victoriano y D. Valeriano , excluyendo del litisconsorcio pasivo a la propia mercantil.

Dicha decisión arbitral no fue objeto de impugnación ante esta Sala.

c) Explica la parte demandante que, a la vista de lo resuelto por el árbitro, en el citado laudo, remitió el 3 de agosto de 2019 un burofax a los administradores de la sociedad, indicando "que se mantenía la intención de realizar el **arbitraje** en ejercicio de acción de responsabilidad de los administradores."

El 8 de agosto de 2019 se envió burofax en el que se informaba del nombre del árbitro señalado al efecto por la parte demandante y se requería a los administradores para que designaran su árbitro. Petición que fue reiterada en otro burofax de 1 de octubre de 2019, sin haber obtenido respuesta.

Conforme a lo anterior por la parte demandante se formula la presente demanda de nombramiento de árbitro ante esta Sala.



d) La demanda que pretende ejercitar la parte actora es nueva, empezando por que ahora se dirige contra dos demandados que antes no lo fueron, D. Victoriano y D. Valeriano, respecto de quienes quiere plantearse una acción de responsabilidad de administradores societarios. Y también, resulta nueva la acción ejercitada, dado que en la demanda que dio lugar al laudo de fecha 24 de julio de 2019, la acción era de impugnación de un acuerdo societario, aunque, en el fondo pare ser que la pretensión iba más en la línea de ejercitar una acción de responsabilidad, razón por la que el árbitro se declaró incompetente para conocer de la cuestión sometida a su decisión.

Tanto si desistió de la acción, como expone alguna de las partes demandadas, lo que no es el fundamento de la desestimación de la demanda arbitral, o por la incorrecta formación de la litis, al no demandarse a los administradores societarios, lo cierto es que, como sí señala una de las partes demandadas, estamos ante una demanda nueva.

La alegada intención de demandar, a la vista de lo resuelto en el laudo, a los administradores societarios, no mantiene vivo el anterior procedimiento arbitral, que en modo alguno se ha suspendido a fin de que se completara correctamente la llamada a la litis, sino que resolvió la demanda arbitral primigeniamente interpuesta, eso sí, sin entrar a conocer del fondo.

e) Atendidas las circunstancias expuestas, hemos de estimar la oposición planteada por las partes demandadas, y, en consecuencia, desestimar la demanda que examinamos, y ello por cuanto la pretensión de arbitrar la nueva demanda, en un procedimiento arbitral, requiere como presupuesto la existencia de un convenio arbitral, que refleje la voluntad de las partes litigantes de someterse a dicha vía, excluyendo la jurisdiccional.

Y a tal efecto, el art. 24 de los Estatutos de la sociedad "AGRAMECA, S.A.", en la redacción que tenían hasta el 30 de julio de 2018, no pueden amparar dicho presupuesto, dado que, como reconoce la parte demandante, perdieron su vigencia en dicha fecha, al acordar la sociedad una nueva redacción, que desconocemos, puesto que no se ha aportado a la Sala, siendo que las partes demandadas niegan la aplicación del nuevo artículo 24 y en cualquier caso su voluntad de someterse a **arbitraje**, al margen de que, al parecer también se ha instado por la parte actora la vía jurisdiccional.

Es carga de la prueba, que corresponde a la parte demandante, aportar a la Sala la existencia de un convenio arbitral para su examen, que justifique la intervención de la misma, a los efectos del art. 15 de la Ley de **Arbitraje**, dentro de las limitaciones que sujetan a este Tribunal, y sin perjuicio, en su caso del examen de la competencia por parte del propio árbitro, en aplicación de la doctrina Kompetenz- Kompetenz.

En consecuencia, no habiéndose acreditado la existencia de un convenio arbitral válido, que ampare la pretensión deducida por la parte demandante en su demanda, debemos desestimar ésta.

QUINTO.- La desestimación de la demanda determina, ex art. 394.1 LEC, que las costas causadas en este procedimiento, deban de ser impuestas a la parte demandante.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación.

III.-FALLO.

QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS la demanda de designación de Árbitro en equidad, formulada por el procurador D. JORGE LAGUNA ALONSO, en nombre y representación de D. Simón, para dirimir la controversia surgida con D. Victoriano y D. Valeriano, y la mercantil "AGRIMECA, S.A.", por la discrepancia expresada en la demanda que ha dado origen a esta litis.

Procede imponer las costas a la parte demandante

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.

PUBLICACIÓN.- 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.