

El TSJ de Madrid confirma que la función de nombramiento judicial de árbitro no contempla el nombramiento de Instituciones Cortes Arbitrales

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Madrid 7 octubre 2022 (1)

The High Court of Justice of Madrid confirms that the function of judicial appointment of arbitrator does not contemplate the appointment of arbitral courts or institutions

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), n.º 32/2022, de 7 de octubre (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande), estima la demanda de nombramiento de árbitro con objeto de dirimir, en equidad, una controversia relacionada con la impugnación de acuerdos sociales, con expresa imposición de costas. Al mismo tiempo, el Tribunal se pronuncia acerca de la falta de competencia de los Tribunales Superiores de Justicia para designar instituciones o cortes arbitrales y sobre la compatibilidad entre los arts. 11 bis. 3 y 15 LA.

Demanda de nombramiento judicial de árbitro, convenio arbitral, arbitraje en equidad, arbitraje *ad hoc*, arbitraje institucional, instituciones arbitrales, arbitraje estatutario, impugnación de acuerdos sociales.

The Judgment of the High Court of Justice of Madrid (Civil and Criminal Court, Section First), No. 32/2022, of October 7 (Rapporteur: Mr. Jesús María Santos Vijande), upholds the request for the appointment of an arbitrator for the purpose of settling, in equity, a dispute related to the challenge of corporate agreements, with express imposition of legal costs. At the same time, the Court ruled on the lack of competence of the High Courts of Justice to appoint arbitral courts or institutions and on the compatibility between articles 11 bis. 3 and 15 of the Spanish Arbitration Law.

Claim for judicial appointment of arbitrator, arbitration clause, arbitration in equity, *ad hoc* arbitration, institutional arbitration, arbitral institutions, statutory arbitration, challenge of corporate agreements.



María Magdalena Pérez de Prada

Abogada en Cuatrecasas

Doctora en Derecho

I. INTRODUCCIÓN: EL NOMBRAMIENTO JUDICIAL DE ÁRBITROS COMO FUNCIÓN DE APOYO

JURISDICCIONAL AL ARBITRAJE (2)

La constitución del tribunal arbitral es uno de los momentos más importantes, delicados y decisivos del procedimiento arbitral, cuya agilidad depende, en gran medida, de que el tribunal se constituya de forma rápida y eficaz.

Por esta razón, y teniendo en consideración que algunas de las más relevantes ventajas del arbitraje frente a la jurisdicción son la rapidez y agilidad del procedimiento, resulta imprescindible evitar que, debido al desacuerdo entre las partes respecto del nombramiento de los árbitros que dirimirán su disputa o, incluso, del intento de dilación intencionado por alguno de los litigantes, el desarrollo del arbitraje quede suspendido o interrumpido de forma indefinida.

Con objeto de aliviar esta indeseable situación, el nombramiento judicial de árbitros, expresamente previsto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA), resulta de aplicación en aquellos casos en los que no haya acuerdo entre las partes sobre esta cuestión, siendo el auxilio jurisdiccional determinante para desbloquear el procedimiento (3). En efecto, el apartado tercero del art. 15 LA establece que, en caso de que las partes no logren alcanzar un acuerdo respecto de la designación de árbitro, *«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»*.

De esta forma, el arbitraje descansa en el apoyo de la jurisdicción, evitando que la institución quede vacía de contenido por el solo hecho de que las partes no consigan alcanzar un acuerdo o no sea posible designar al árbitro o árbitros a través del procedimiento acordado entre ellas previamente. Entre otras, esta función de intervención jurisdiccional dota de una mayor seguridad jurídica al arbitraje, garantizando su viabilidad y éxito en España.

En consecuencia, el nombramiento judicial de árbitros se revela como una función de apoyo fundamental (4) en el desarrollo y correcto funcionamiento del arbitraje con sede en España, tanto nacional, como internacional (5). Sin embargo, debemos precisar que la función de nombramiento judicial de árbitros será de aplicación, única y exclusivamente, en arbitrajes *ad hoc*; esto es, en aquellos arbitrajes que no estén sometidos a la administración de ninguna institución a los efectos del art. 14 LA, dado que, en esos casos, la institución será la encargada de designar al árbitro o árbitros correspondientes.

Ahora bien, ¿qué ocurre en aquellos casos en los que las partes solicitan al Tribunal Superior de Justicia competente el nombramiento de una institución o corte arbitral, con objeto de que administre el arbitraje y designe los árbitros?

Pues bien, la reciente Sentencia del TSJ Madrid CP 1ª de 7 de octubre de 2022 confirma el criterio mayoritario y rechaza, de forma clara y contundente, la posibilidad de que, entre las distintas funciones de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de nombramiento judicial de árbitros, se encuentre la designación de cortes arbitrales o instituciones administradoras de arbitrajes.

II. SENTENCIA DEL TSJ MADRID CP 1ª 7 OCTUBRE 2022

1. Antecedentes

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid resuelve, mediante esta sentencia, una demanda de nombramiento judicial de árbitro presentada por dos socias de una sociedad limitada contra la propia sociedad y su administradora única y socia mayoritaria. En la demanda se solicitó el nombramiento de un árbitro que dirimiera, en equidad, la controversia surgida entre las partes en relación con la impugnación de un acuerdo social, adoptado en junta de socios, relativo a la fijación de la retribución de la administradora, anunciándose que la controversia se extendería a otros acuerdos sociales.

La Sentencia rechaza, de forma clara y contundente, la posibilidad de que, entre las distintas funciones de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de nombramiento judicial de árbitros, se encuentre la designación de cortes arbitrales o instituciones administradoras de arbitrajes

La demanda se fundamentó en la existencia de un convenio arbitral, consagrado en la Disposición Final de los Estatutos Sociales de la sociedad, en virtud del cual *«todas las cuestiones que se susciten entre los socios en cuanto tales o entre estos y la Sociedad se someten al arbitraje de equidad y a la competencia del domicilio social, salvo lo dispuesto en las leyes imperativas»*. Del mismo modo, las demandantes apelaron a los propios actos previos de las demandadas, por cuanto una vez presentada demanda de impugnación de acuerdos sociales ante los Juzgados de lo Mercantil, opusieron declinatoria de jurisdicción, por considerar que la controversia estaba sometida a arbitraje, lo que fue estimado por el Juzgado de lo Mercantil competente.

Ante estas circunstancias, las demandantes remitieron un burofax a las demandadas requiriéndoles formalmente para que consensuaran la designación de árbitro, conforme a lo previsto en la cláusula arbitral. Sin embargo, ante la falta de respuesta de las demandadas, se concluyó la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre este particular y la necesidad de presentar la demanda de nombramiento judicial de árbitro.

Una vez admitida a trámite la demanda, siguiendo los cauces del juicio verbal (arts. 437 ss LEC) las demandadas contestaron a la demanda en tiempo y forma, mostrando su conformidad con el nombramiento judicial interesado, pero entendiendo que, dado que la controversia versaba sobre la impugnación de acuerdos sociales y que el art. 11 bis 3 LA (6) tiene, a su juicio, carácter imperativo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid debía nombrar una institución arbitral, con sede en Madrid, que fuera la que, a su vez, designara el árbitro dirimente y administrase el arbitraje. Asimismo, manifestaron que no era necesaria la celebración de vista, dado que solo mediaba prueba documental, y el objeto de la controversia se reducía a una cuestión meramente jurídica.

Una vez tenida por contestada la demanda, se requirió a las demandantes para que se pronunciaron sobre la necesidad de vista, coincidiendo en que era innecesaria a los efectos del art. 438.4º LEC (7), por ser la cuestión debatida de naturaleza estrictamente jurídica. En ese mismo escrito, las demandantes aprovecharon la ocasión para oponerse expresamente a la solicitud de las demandadas, consistente en el nombramiento de una institución arbitral por cuanto, por un lado, esta actuación no estaría prevista legalmente; y, por otro lado, la referida petición entrañaría una suerte de «reconvención», lo que estaría legalmente proscrito en virtud del art. 438.2º LEC, que dispone que: «*En ningún caso se admitirá reconvención en los juicios verbales que, según la ley, deban finalizar por sentencia sin efectos de cosa juzgada*».

2. Pronunciamientos relevantes previos

A) Existencia de convenio arbitral a efectos del art. 15.5º LA

Una vez planteados los antecedentes fácticos y procesales, la Sentencia, en su FD 2, ap. 1, se pronuncia sobre la competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para nombrar árbitro, atribuida (8), como decíamos, en aquellos casos en los que las partes no alcancen un acuerdo sobre la designación (9).

No obstante, con objeto de preservar el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje establece claramente cuáles son los límites de esta función de intervención jurisdiccional (10), destacando que, en el marco del procedimiento de nombramiento judicial de árbitro, el Tribunal no está llamado a realizar, ni de oficio, ni a petición de ninguna de las partes, un «control de validez del convenio arbitral» o una «verificación de la arbitrabilidad de la controversia», pues ello no solo «ralentizaría la designación», sino que dejaría vacía de contenido la regla *kompetenz-kompetenz* (11); esto es, que los árbitros son los únicos llamados a pronunciarse sobre su propia competencia (12).

Por ello, se especifica que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 15.5º LA, el Tribunal solo deberá desestimar la petición de nombramiento «*en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral*» (13); esto es, cuando «*prima facie, pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral*». Veámoslo: «*El tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral*».

Como acertadamente indica la Sentencia, el Tribunal deberá limitarse a comprobar, fundamentalmente, y en virtud de la documentación aportada, la existencia del convenio arbitral pactado (14) pero, también, la existencia del requerimiento a la parte contraria para proceder a la designación (15), su negativa, y el transcurso del plazo pactado o legalmente establecido para el nombramiento. Si todas estas circunstancias concurren, el Tribunal debe, directamente, «*proceder al nombramiento imparcial de los árbitros (...)*», especificándose que ello no supone 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 validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación le impida entrar en el fondo de la controversia (art. 22.1º LA)*».

En esta línea, la Sentencia aclara que el Tribunal no debe comprobar la arbitrabilidad de la

controversia, ni mucho menos entrar a resolver acerca de la viabilidad del *thema decidendi* que, en este caso, se refería a la impugnación de acuerdos sociales, pues dicho análisis concierne a la decisión de fondo, de modo que es el árbitro quien debe pronunciarse acerca de «*los límites de su propia competencia*» y, desde luego, sobre «*el alcance del convenio arbitral, en este caso del art. 20 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)*» (16).

Sin perjuicio de lo anterior, la Sentencia toma la ocasión para añadir «*por su conexión con lo debatido*» y en relación con el denominado «*arbitraje estatutario*» que tras el cambio doctrinal del Tribunal Supremo (17) no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral ni la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de 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*».

B) Verificación de la imposibilidad de nombrar árbitro conforme al procedimiento acordado por las partes

Por otro lado, en su FD 3, la Sentencia recuerda que, en todo caso, la intervención del Tribunal jurisdiccional está supeditada 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*», consistente en que no haya resultado posible la designación de árbitros a través del procedimiento acordado entre las partes.

En efecto, si bien el art. 15.3º LA no lo indica expresamente, la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid viene afirmando de forma explícita («*y, desde siempre, de forma implícita*») que, para decidir si procede o no acordar el nombramiento, debe atenderse, 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*» (18). Es decir, deberá examinarse (i) el procedimiento expresamente acordado por las partes para el nombramiento; y (ii) en caso de que no se haya pactado, se verificará si ha mediado o no oposición al arbitraje con carácter previo a su incoación.

En este sentido, no puede desconocerse que, en la Ley de 22 de diciembre de 1953 (19), en su art. 10, ap. 2, se exigía al interesado en la formalización del entonces llamado «compromiso», la justificación notarial de la negativa del contrario a iniciar el arbitraje y nombrar árbitro. Esta exigencia se diluyó en la posterior Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje (20), a pesar de que el actor seguía estando obligado, según el art. 39.2º, a indicar en su escrito de solicitud de formalización del arbitraje «*las circunstancias concretas de la falta de acuerdo*».

Por ello, aunque la actual Ley de Arbitraje no diga nada al respecto, la Sentencia considera que este presupuesto de la acción se aprecia «*razonable y acomodad[o] al art. 15 LA*», entendiendo que la buena fe exige que las partes que pactan la sumisión al arbitraje intenten su materialización antes de acudir a los Tribunales a través del correspondiente nombramiento de árbitro o árbitros. En este punto, el Tribunal precisa que la autonomía de la voluntad permite a las partes pactar el procedimiento para el nombramiento tanto en la propia cláusula arbitral, como posteriormente, cuando surgida la controversia llegue el momento de cumplir el pacto de sumisión. En efecto, la STJS

Madrid CP 1ª 19 octubre 2017 (21) ya especificó que el hecho de que el convenio arbitral no estableciese un procedimiento específico de designación de árbitros no eximía a las partes de haber intentado el nombramiento de forma extrajudicial.

C) Arbitraje estatutario

En su FD 2, apartado 2, la Sentencia se refiere brevemente a la validez del llamado «*arbitraje estatutario*», refiriéndose al importante cambio doctrinal que se produjo a partir de la STS Civ 1ª 18 abril 1998 (22), en virtud de la cual se declaró que ni la validez de la junta de accionistas, ni la impugnación de los acuerdos sociales (sin perjuicio de que algún extremo no esté en poder de disposición de las partes) debían «*quedar fuera*» del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral (23).

De este modo, se afirma que los Estatutos Sociales, en tanto que «*negocio constitutivo que tiene su origen en la voluntad de los fundadores*» puede contener un convenio arbitral con objeto de que se sometan a esta institución las controversias de carácter social, vinculando, no solo a los firmantes, sino también «*a los socios presentes y futuros*» (24).

3. La función de nombramiento judicial de árbitro no contempla el nombramiento de instituciones o cortes arbitrales

A continuación, en su FD 2, ap. 3, la Sentencia resuelve la «*petición*» formulada por las demandadas en sus contestaciones a la demanda, consistente, recordemos, en el nombramiento de una institución o corte arbitral, con objeto de que procediera a la administración del arbitraje y, a su vez, al nombramiento del árbitro correspondiente que dirimiera la controversia relativa a la impugnación de los acuerdos sociales.

La Sentencia entiende que la buena fe exige que las partes que pactan la sumisión al arbitraje intenten su materialización antes de acudir a los Tribunales a través del correspondiente nombramiento de árbitro o árbitros

Para resolver esta cuestión, la Sentencia acude a la doctrina contenida, entre otras, en la STSJ Madrid CP 1ª 19 enero 2016 (25), mediante la que no solo se aclaró que el juez no está llamado a realizar un control de la validez del convenio o una verificación de la arbitrabilidad de la materia (en los términos comentados anteriormente), sino que se pronunció expresamente sobre si, entre sus funciones, se encuentra la de decretar arbitrajes institucionales o no. En este caso, en el que el convenio arbitral, inserto en un contrato de préstamo, también remitía a las partes al sometimiento de un arbitraje en equidad, la parte actora interesaba «*con carácter principal, que el arbitraje se encomiende a alguna de las siguientes instituciones arbitrales, Tribunal Arbitral de Madrid o Tribunal Arbitral de Barcelona, a fin de que el que de ellos resulte elegido por sorteo, proceda a la designación de un solo árbitro*» y, con carácter subsidiario, que se designara a un árbitro único, elegido por sorteo de

entre las relaciones que respectivamente remitan a la Sala los Ilustres Colegios de Abogados de Madrid y de Barcelona, incluyendo en la lista tres nombres de cada una de dichas relaciones.

Pues bien, el TSJ de Madrid es claro al desestimar la petición principal de la actora, entendiendo que no procede que el Tribunal jurisdiccional decrete un arbitraje institucional, que ni consta en el convenio, ni resulta materia propia del proceso de designación judicial de árbitro. Veámoslo: *«tal y como hemos afirmado en reiteradas ocasiones, nos asiste la competencia indeclinable de nombrar el árbitro que corresponda — FJ 4 de nuestra Sentencia de 13 enero 2015 —ROJ STSJ M 199/2015)—, por lo que, sin perjuicio de lo que las partes pudieran convenir, no procede que el Tribunal decrete un arbitraje institucional que ni consta en el convenio ni, en sentido estricto, es materia propia del proceso de designación judicial de árbitro (v.gr., FJ 5, Sentencia 77/2015, de 2 de noviembre — ROJ STSJ M 12655/2015)»* (26).

A tal efecto, el TSJ de Madrid también se refiere a su STSJ Madrid CP 1ª 3 diciembre 2019 (27), que resuelve una demanda de nombramiento judicial de árbitro en la que se solicitaba la *«designación judicial de una institución arbitral de Madrid»*, con objeto de que fuera la que procediera a la designación del árbitro y a la administración del arbitraje. La demandante explicó que, ante la clara voluntad de las partes de someterse a arbitraje institucional, que incluían en el convenio el *«sometimiento expreso al arbitraje institucional del Tribunal Arbitral de Madrid»* (corte inexistente) analizó los distintos reglamentos de las distintas Cortes con sede en Madrid y optó por presentar la solicitud de arbitraje ante la Corte de Arbitraje de Madrid, por ser la más similar en su denominación al «Tribunal Arbitral de Madrid». No obstante, la Corte de Arbitraje de Madrid finalmente se declaró incompetente por la imprecisión del convenio *«al someter las disputas a una institución arbitral de cuya existencia la Corte no tiene noticia»*. Una vez presentada la demanda de nombramiento judicial ante el TSJ de Madrid, la demandada se allanó a la misma y solicitó la no imposición de costas, al no haber sido previamente requerida para la designación de Corte que administrara el arbitraje. Pues bien, el TSJ de Madrid rechaza el allanamiento al entender que *«la petición de la demanda contraviene el art. 15 LA, pretendiendo de esta Sala el dictado de un pronunciamiento para el que, lisa y llanamente, adolece de competencia, de atribución legal para emitirlo»*.

Y, ello, por cuanto, como decíamos en la introducción, es a la institución o corte arbitral a la que le corresponde el nombramiento de árbitro y no al Tribunal jurisdiccional, sin que pueda entenderse, como en el supuesto resuelto por la STSJ Madrid CP 1ª 13 noviembre 2018 (28), *«que aquéllas se han sometido, sin más, a arbitraje, pudiendo ser éste reputado también como un arbitraje ad hoc»*. En ese caso, el TSJ de Madrid consideró que, ante la falta de novación del convenio arbitral (pudiendo las partes haberlo transformado en un arbitraje *ad hoc*) y ratificándose en su posición, insistiendo ambas en que el TSJ nombrase una institución, *«no cabe sino desestimar la demanda, denegando la emisión del pronunciamiento interesado, para el que carecemos de habilitación legal»*.

Adicionalmente a las resoluciones citadas por la Sentencia objeto de comentario, encontramos, por ejemplo, la STSJ Madrid CP 1ª 8 octubre 2019 (29), en la que se resuelve un caso en que las partes habían sometido la resolución de las controversias relacionadas con un contrato de arrendamiento a una corte también inexistente: la Corte de Arbitraje en Derecho para el Fomento del Alquiler. En ese

caso, el TSJ de Madrid concluyó que se trataba de una insuperable, patente e incomprensible dificultad, añadida a la causa principal de la desestimación de la demanda (la ausencia de requerimiento previo a la interposición de la demanda para la formalización del arbitraje), desestimando la demanda en los siguientes términos:

«Concorre en el procedimiento que nos ocupa una dificultad esencial: no ha sido posible localizar la corte arbitral que se reseña en el contrato aportado junto con la demanda. Tal como consta en la Diligencia extendida por la Sra. Letrada de la Sala y que consta en las actuaciones, la "Corte de Arbitraje en Derecho para el Fomento del Alquiler", ni existe en la sede social que figura en el documento de compromiso arbitral aportado por la actora, ni se sabe si en algún momento estuvo allí, desconociéndose asimismo su existencia en el Il. Colegio de Abogados de Madrid. No cabe duda de lo insuperable que resulta tan patente como incomprensible dificultad».

Más recientemente, la STSJ Madrid CP 1ª 4 febrero 2020 (30), resuelve de forma un tanto distinta una demanda de nombramiento en la que se constató que la Asociación que instrumentaba la Corte Española de Arbitraje Económico de Derecho y Equidad a la que las partes habían acordado someterse en la cláusula arbitral había sido disuelta antes, incluso, del momento de la firma del convenio arbitral. En ese caso, el TSJ de Madrid consideró que la voluntad y consentimiento de las partes de someterse a arbitraje resultaba inequívoco, interpretando el convenio arbitral en relación con el principio de *favor arbitrandum* y, con objeto de evitar un inadmisibles «peregrinaje jurisdiccional», acordó proceder *«como si la parte del convenio arbitral de imposible cumplimiento no existiera»*; es decir, como si nada se hubiere dispuesto en el convenio acerca de la Corte ya disuelta (31). Finalmente, se estimó la demanda de nombramiento, concluyendo que lo adecuado era que el árbitro que se debía designar fuera escogido por sorteo de entre la lista de árbitros del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, especializados en derecho de arrendamiento (32).

En definitiva, y sin perjuicio de que los Tribunales deben decidir, caso por caso, si verdaderamente pervive la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, de conformidad con el principio de *favor arbitri* (y, si, por tanto, procede el nombramiento judicial de árbitro o árbitros) o si, a la luz de las circunstancias de cada caso en concreto, el principio esencial del procedimiento arbitral (la autonomía de la voluntad de las partes) desaparece si la institución en concreto no ha sido correctamente designada o no existe, lo cierto es que la STSJ Madrid CP 1ª 7 octubre 2022 confirma la doctrina contenida en sus últimas sentencias, clarificando que los Tribunales jurisdiccionales únicamente tienen competencia atribuida para el nombramiento de árbitros, cuando no haya sido posible alcanzar un acuerdo entre las partes, pero en modo alguno tienen facultades para nombrar instituciones o cortes arbitrales, lo que no constituye una materia propia de la designación judicial de árbitros prevista en el art. 15 LA.

Por último, la Sentencia se pronuncia acerca de la compatibilidad entre el art. 15.5º LA y el art. 11 bis 3 LA, que dispone que la impugnación de acuerdos sociales por vía de arbitraje se encomendará a la administración de una institución arbitral (que será la que deberá designar los árbitros). Sin perjuicio de la disquisición doctrinal que sobre este particular sigue existiendo, la Sentencia concluye que este precepto es perfectamente «conciliable» con el art. 15 LA pues, de lo contrario, habría sido

modificado en este sentido por la Ley 11/2011, modificación que no tuvo lugar. De modo que, ante la imposibilidad de nombramiento de institución arbitral (por falta de acuerdo, pues nada obliga a que los Estatutos Sociales establezcan de antemano cuál debe ser esa institución), el art. 11 bis 3 LA no actúa en detrimento de las competencias de los TSJ, cuya competencia se prevé únicamente para la designación de árbitros, y no de instituciones o cortes arbitrales.

Por consiguiente, la Sentencia constata la voluntad estatutaria de sometimiento a arbitraje, sin que conste una *«anuenta y persistente voluntad de acudir a arbitraje institucional»*, rechaza realizar una interpretación contraria a la prevista en la cláusula arbitral y a lo dispuesto en el art. 15 LA, *«como si esa voluntad de sumisión a arbitraje hubiese de decaer ante la falta de previsión y/o de acuerdo sobre la institución que hubiera de administrar el arbitraje relativo a la impugnación de acuerdos sociales»*, entendiendo que la función de los Tribunales es la de auxiliar al arbitraje y, por tanto, suplir el desacuerdo sobre *«la pertinencia de un arbitraje institucional no plasmado en el convenio, nombrando el árbitro o árbitros ad hoc que hayan de laudar»*, garantizando su independencia e imparcialidad, como preceptúa el art. 15 .6º LA.

4. Resolución

Finalmente, verificada, *prima facie*, la existencia del convenio arbitral, inserto en los Estatutos Sociales, que evidencia la voluntad de las partes de someterse a arbitraje en casos como el que nos ocupa, relativo a la impugnación de acuerdos sociales, así como la conducta procesal previa de las demandadas, consistente en la interposición de declinatoria de jurisdicción por sometimiento a arbitraje frente a la demanda de impugnación de acuerdos sociales presentada ante los Juzgados de lo Mercantil, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid estima la demanda de nombramiento judicial de árbitro (y no de institución arbitral) a fin de que dirima la impugnación de los distintos acuerdos sociales adoptados. En este sentido, sin perjuicio de que se trate de un arbitraje en equidad, se acuerda la designación de un árbitro del listado de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados del ICAM, de entre la lista de expertos en Derecho Mercantil societario. A tal efecto, y en virtud de lo dispuesto por el art. 15.6º LA (33), el Tribunal confecciona un elenco de tres árbitros (34), para su posterior sorteo entre ellos, debiéndose nombrar un árbitro titular y otros dos suplentes, a presencia de las partes y del Letrado de Administración de Justicia.

Asimismo, se condena en costas a las demandadas, entendiendo que no solo concurre el criterio del vencimiento previsto en el art. 394.1º LEC (35), sino también el inciso final del art. 395.1 de la LEC, al entender que existe mala fe (36) en la actuación de las demandadas *«habida cuenta de que, antes de presentada la demanda, se formuló a la parte demandada requerimiento para integrar el convenio intentando la designa de árbitro; requerimiento al que la demandada no ha respondido de un modo claramente evasivo y contrario a sus propios actos»*. De nuevo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid tiene en especial consideración, en concepto de actos propios, la invocación, con éxito, por parte de las demandadas, de la declinatoria ante la jurisdicción ordinaria, que supuso el archivo de las actuaciones jurisdiccionales.

Respecto de la mala fe de las demandadas, la sentencia insiste en que el fin de la condena en costas no es solo *«resarcitorio»*, en el sentido de satisfacer los gastos que el proceso ha ocasionado a la

parte vencedora, sino también el de «*preservar el interés de la Justicia*», «*cuya recta impartición y administración padecen cuando tienen lugar actuaciones procesales propiciadas por la mala fe o temeridad de algunas de las partes*». Y, en este caso, a juicio del Tribunal, las demandadas obligaron a la contraparte a iniciar acciones judiciales que podrían haberse evitado o, de lo contrario, haberse iniciado de buena fe por ambas partes si el acuerdo de designación no hubiera culminado con éxito (37).

Debemos precisar que el art. 395.1º LEC está previsto para aquellos casos en los que, aunque el demandado se allane a la demanda antes de contestarla, se aprecie mala fe en su actuación, entendiendo que, en todo caso, existe mala fe «*si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación*». Si bien es cierto que, en este supuesto, no hubo un allanamiento a la demanda como tal (de hecho, así lo reconoce la propia Sentencia), lo cierto es que, tal y como se recoge en los antecedentes, las demandadas, en sus contestaciones, mostraron su conformidad con el nombramiento judicial interesado, con una objeción de índole jurídica, consistente en que el arbitraje debía ser administrado por una institución.

Por último, se recuerda a las partes que, en aplicación del art. 15.7º LA, las sentencias que resuelven demandas de nombramiento judicial de árbitros, sea cual sea su sentido, no son recurribles (38).

BIBLIOGRAFÍA

CREMADES, B.M., «El proceso arbitral en los negocios internacionales», *Themis Revista de Derecho*, n.º 11, 1988, p. 13.

GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L., *La asistencia judicial al arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, Madrid, Reus S.A, 2009, p. 31.

MANTILLA SERRANO, F., *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Madrid, Iustel, 2005, p. 107.

PERALES VISCASILLAS, P., «La reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo)», *Arbitraje*, vol. IV, n.º 3, 2011, p. 671.

PÉREZ DE PRADA, M.M., *El nombramiento judicial de árbitros*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 67-77.

Remón, J., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, González-Bueno, C. (coord.), Dykinson, 2014, pp. 343-344.

STAMPA CASAS, G., «La reforma de la Ley de Arbitraje», *La Ley*, 2012, p. 4.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., «Arbitraje e intervención judicial», *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, Tomo 1, 2006, Centro de Ediciones de la Diputación provincial de Málaga (CEDEMA), pp. 247-248.

(1)

ECLI:ES:TSJM:2022:12227

[Ver Texto](#)

- (2) Sobre esta materia puede consultarse M.M. Pérez de Prada, *El nombramiento judicial de árbitros*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

[Ver Texto](#)

- (3) B.M. Cremades, «El proceso arbitral en los negocios internacionales», *Themis Revista de Derecho*, n.º 11, 1988, p. 13, afirma que: «Existe en algunos países la creencia equivocada de que el arbitraje constituye una competencia desleal y privada a la actividad judicial. Muy por el contrario, sus respectivas actuaciones son bien claras y diferenciadas: el Árbitro debe arbitrar, porque así se lo han encomendado las partes en el ejercicio de su libertad contractual; el Juez, garante establecido por la constitución de las justas relaciones entre los individuos, debe tutelar para que efectivamente se cumplan los compromisos libremente establecidos. El Juez no es ni puede ser un revisor en segunda instancia de los Árbitros, el procedimiento arbitral no es un seudo procedimiento judicial privatizado».

[Ver Texto](#)

- (4) Más aún, teniendo en consideración que la autonomía de la voluntad de las partes para designar a los árbitros que dirimirán su controversia constituye uno de los principios esenciales del arbitraje. En efecto, el primer párrafo del art. 15.2º LA concede a las partes la posibilidad de acordar, libre y voluntariamente, qué persona o personas dirimirán su controversia, siempre y cuando se respete el principio de igualdad.

[Ver Texto](#)

- (5) Art. 1.1º LA: «Esta ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje».

[Ver Texto](#)

(6)

Art. 11 bis 3 LA: «Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral».

[Ver Texto](#)

- (7) Art. 438.4º LEC: «El demandado, en su escrito de contestación, deberá pronunciarse, necesariamente, sobre la pertinencia de la celebración de la vista. Igualmente, el demandante deberá pronunciarse sobre ello, en el plazo de tres días desde el traslado del escrito de contestación. Si ninguna de las partes

la solicitase y el tribunal no considerase procedente su celebración, dictará sentencia sin más trámites».

[Ver Texto](#)

- (8) Recuérdese que, en virtud de la reforma de la LA, introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, la competencia para el nombramiento y la remoción judicial de árbitros está atribuida, según el art. 8.1º LA, a: «las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección». Esta reforma fue inicialmente bien acogida por la doctrina al entenderse que atraería, en mayor medida, a los arbitrajes internacionales a España, contribuyendo a «una mayor seguridad y certeza jurídica», P. Perales Viscasillas, «La reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo)», *Arbitraje*, vol. IV, n.º 3, 2011, p. 671.

[Ver Texto](#)

- (9) Art. 15.3º LA: «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».

[Ver Texto](#)

- (10) J.L. González-Montes Sánchez, *La asistencia judicial al arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre*. Reus S.A, Madrid, 2009, p. 31.

[Ver Texto](#)

- (11) *Vid.* la determinante STS Civ 1ª 27 junio 2017 (RJ 2017/3021, ECLI:ES:TS: 2017:2500).

[Ver Texto](#)

- (12) I. Tapia Fernández, «Arbitraje e intervención judicial», *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, Tomo 1, 2006, Centro de Ediciones de la Diputación provincial de Málaga (Crdema), pp. 247-248.

[Ver Texto](#)

- (13) J. Remón, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (C. González-Bueno, coord.), Dykinson, 2014, pp. 343-344.

[Ver Texto](#)

- (14) F. Mantilla Serrano, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Madrid, Iustel, 2005, p. 107.

[Ver Texto](#)

- (15) Efectivamente, además de la comprobación de la existencia o no de convenio arbitral, el Tribunal competente está obligado a verificar si: «(...) si se ha pactado 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 (...). Vid.. STSJ Madrid CP 1ª 13 julio 2016 (JUR 2016/210673, ECLI:ES:TSJM:2016:8909).

[Ver Texto](#)

(16) En este sentido se pronuncia claramente la STSJ Madrid CP 1ª 5 abril 2019 (AC 2019/736, ECLI:ES:TSJM:2019:3737): «*Prima facie*, la pretensión de la 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».

[Ver Texto](#)

(17) Vid.. SSTS Civ 1ª 15 septiembre 2004 (RJ 2004\5476) y 9 julio 2007 (RJ 2007\4960).

[Ver Texto](#)

(18) Vid.. STSJ Madrid CP 26 noviembre 2019 (ECLI:ES:TSJM:2019:12785).

[Ver Texto](#)

(19) Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado.
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1953-16398> Fecha de consulta: 12 de febrero de 2023.

[Ver Texto](#)

(20) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-28027>. Fecha de consulta: 12 de febrero de 2023.

[Ver Texto](#)

(21) ECLI:ES:TSJM:2017:11064.

[Ver Texto](#)

(22) LA LEY 4466/1998.

[Ver Texto](#)

(23)
La Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, introdujo, mediante su artículo 3 los arts. 11 bis y 11 ter en la LA, con el siguiente tenor literal: «Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario. 1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. 2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social. 3. Los estatutos sociales podrán establecer que la

impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral».

[Ver Texto](#)

(24) «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 n.º 776/2007, con cita de la STC 9/2005».

[Ver Texto](#)

(25) ECLI: ES:TSJM:2016:556.

[Ver Texto](#)

(26) En los mismos términos se pronuncia la STSJ Madrid CP 1ª 14 junio 2016 (ROJ STSJ M 7801/2016).

[Ver Texto](#)

(27) ECLI:ES:TSJM:2019:13523.

[Ver Texto](#)

(28) ECLI: ES:TSJM:2018:11439.

[Ver Texto](#)

(29) ECLI:ES:TSJM:2019:9199.

[Ver Texto](#)

(30) ECLI:ES:TSJM:2020:684.

[Ver Texto](#)

(31) Tal y como detalla la sentencia, la parte actora habría acudido inicialmente a un procedimiento judicial frente al que la demandada se habría opuesto formulando declinatoria por estar sometido el contrato a arbitraje. La declinatoria fue estimada y, una vez que la demandante formuló demanda de arbitraje, la demandada no compareció en el procedimiento, declarándola en rebeldía.

[Ver Texto](#)

(32) Esta solución es, como la propia sentencia reconoce, muy similar a la alcanzada en la anterior STSJ Madrid CP 1ª 6 octubre 2015 (ECLI:ES: TSJM:2015:11462). En ese caso también se estimó la demanda de nombramiento de árbitro una vez la demandante constató que el Colegio de Economistas al que se había encargado la designación de árbitro en el convenio arbitral- respondió al requerimiento señalando que «tal institución no tiene ni podría tener las competencias para actuar en procedimientos de arbitraje». Ante esta situación, y dado que no se había pactado ningún otro procedimiento para

nombrar árbitro, procedería su designación judicial.

Ver Texto

(33) Art. 15.6º LA: «Si procede la designación de árbitros por el tribunal, éste confeccionará una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado. Al confeccionar dicha lista el tribunal tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad. En el supuesto de que proceda designar un solo árbitro o un tercer árbitro, el tribunal tendrá también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes. A continuación, se procederá al nombramiento de los árbitros mediante sorteo».

Ver Texto

(34) La lista se confecciona siguiendo el orden alfabético de la lista remitida por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y según lo dispuesto por la Resolución de 9 de mayo de 2022, 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 13.5.2022) https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-7805. Fecha de consulta: 24 de febrero de 2023.

Ver Texto

(35) Art. 394.1º LEC: «En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares».

Ver Texto

(36) *Vid.*, a modo de ejemplo, la STSJ Madrid n.º 1/2020, de 7 de enero (JUR 2020/92538, ECLI:ES:TSJM:2020:134), que estimó la demanda de designación de árbitro imponiendo las costas al demandado que, a pesar de haberse allanado antes de contestar a la demanda, no fue capaz de acreditar que había contestado al requerimiento efectuado extraprocesalmente por el demandante (ni siquiera para mostrar su disconformidad con el sistema de designación propuesto por el demandante) y, por tanto, se dedujo mala fe en su actuación.

Ver Texto

(37) En este punto debemos mencionar STS n.º 620/2021, de 22 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3421) que sentó doctrina sobre este particular, señalando que, para fomentar el allanamiento —y, por tanto, la aceleración de la solución de conflictos— la ley exime del pago de las costas al litigante que se allana sin incurrir en mala fe, pero, por otro lado, si no atiende el requerimiento extrajudicial que le realice el futuro demandante y este se ve compelido a interponer una demanda ante los Tribunales de justicia, en caso de que el demandado se allane a la demanda, se le impondrán las costas por considerarse que ha actuado de mala fe, incentivando, de este modo, la solución extrajudicial de los conflictos.

Ver Texto

(38) G. Stampa Casas, «La reforma de la Ley de Arbitraje», *La Ley*, 2012, p. 4.

[Ver Texto](#)