



Roj: **STSJ CAT 12519/2017 - ECLI: ES:TSJCAT:2017:12519**

Id Cendoj: **08019310012017100106**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **22/05/2017**

Nº de Recurso: **4/2016**

Nº de Resolución: **26/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE FRANCISCO VALLS GOMBAU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Sala Civil y Penal

Arbitraje nº 4/2016 (y acumulados 16/16 y 2/17)

(ANULACIÓN)

SENTENCIA N°26

Presidente:

Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau

Magistrados

Ilmo. Sr. D. Enric Anglada i Fors

Ilma. Sra. Dña. Nuria Bassols Muntada

Barcelona, 22 de mayo de 2017.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados que se expresan más arriba, ha visto el Procedimiento de Arbitraje núm. 4/16 (y acumulados 16/16 y 2/17) para la anulación de los Laudos Arbitrales parciales de fechas 3 de diciembre de 2016 y 6 de junio de 2016, así como del Laudo Arbitral final de 14 de octubre de 2016 (aclarado el 8 de noviembre de 2016) dictados por el árbitro D. José Luís Jori Tolosa en el Expediente núm. 11/2015. El demandante, ESPAI D'INVERSIONS 2005, S.L. ha sido representado por la Procuradora Dña. Montserrat Llinàs Vila y ha sido defendido por el Letrado D. Carlos Valls Martínez. La parte demandada, BALOO D'INVERSIONS S.L. ha sido representada por el Procurador D. Ignacio López Chocarro y defendido por el Letrado D. Alfonso Maristany Pintó.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 8 de marzo de 2016, la Procuradora de los Tribunales Dña. Montserrat Llinàs Vila, en representación de ESPAI D'INVERSIONS 2005, S.L., y asistido del Letrado D. Carlos Valls Martínez, presentó en la Secretaría de esta Sala demanda de anulación de Laudo arbitral de 3 de diciembre de 2016 dictado por el Árbitro D. José Luís Jori Tolosa en el Expediente núm. 11/2015, siendo parte demandada BALOO D'INVERSIONS S.L.

SEGUNDO.- Por Decreto de 15 de abril de 2016 se admitió a trámite la demanda concediendo a la parte demandada el plazo legalmente establecido para contestarla. Dicha demanda de anulación fue registrada con el núm. 4/2016.

La demandada contestó en escrito presentado el 25 de mayo de 2016.



De dicha contestación se dio traslado a la parte demandante para que en un plazo de 5 días presentase documentos adicionales o propusiese la práctica de prueba, lo cual verificó mediante escrito presentado el 8 de junio de 2016.

TERCERO.- En fecha 13 de junio de 2016 esta Sala dictó Auto acordando sobre la admisión de la prueba.

CUARTO.- Por Providencia de fecha 7 de julio de 2016 se señaló fecha para el acto de votación y fallo el 10 de octubre de 2016 a las 10:30 horas de su mañana.

QUINTO.- La representación procesal de ESPAI D'INVERSIONS 2005, S.L. solicitó la acumulación del procedimiento arbitral núm. 16/2016 al procedimiento núm. 4/16 y, por Providencia de 10 de octubre de 2016 se acordó su admisión y trámite y la consecuente suspensión del acto de votación y fallo señalado.

Tramitada dicha solicitud por los cauces procesales correspondientes, finalmente, por Auto de 17 de octubre de 2016, se acordó su acumulación.

La sustanciación del procedimiento núm. 16/2016 fue seguida hasta encontrarse en el mismo estado de tramitación que el núm. 4/2016.

SEXTO.- Por Auto de 28 de noviembre de 2016 se acordó admitir la prueba documental propuesta por ambas partes en el procedimiento núm. 16/2016 (acumulado al 4/2016)

SÉPTIMO.- En fecha 9 de enero de 2017 se interpuso demanda de arbitraje de anulación del Laudo Final dictado en fecha 14 de octubre de 2016 (aclarado el 8 de noviembre de 2016) por el Árbitro D. Josep Lluís Jori Tolosa por ESPAI D'INVERSIONS 2005, S.L., representado por la Procuradora D^a Montserrat Llinás Vila, siendo la parte demandada Baloo d'Inversions, S.L.

El 23 de enero de 2017 se dictó Auto incoando dicho procedimiento con el núm. 2/2017, admitiendo la demanda y dando traslado a la parte demandada.

También el 23 de enero de 2017 se dictó Auto acordando acumular de oficio el Expediente Arbitral de anulación nº 2/17 al Expediente Arbitral de anulación nº 4/2016, siguiéndose la sustanciación de la anulación del laudo definitivo interpuesto por la representación de ESPAI D'INVERSIONS 2005, S.L. en este último.

La parte demandada presentó escrito de contestación a la demanda y, por providencia de 2 de marzo de 2017 se acordó dar traslado de dicha contestación a la demandante para presentar documentos adicionales o proponer nueva prueba, lo cual verificó mediante escrito presentado el 14 de marzo de 2017.

El 16 de marzo de 2017 se dictó Auto de prueba y se acordó reclamar el Expediente Arbitral íntegro, el cual fue recibido el 21 de marzo de 2017 y unido a los autos por cuerda floja.

OCTAVO.- Por Providencia de 30 de marzo de 2017 se señaló para la votación y fallo del presente procedimiento el día 10 de abril de 2017 a las 10:00 horas de la mañana, la cual fue suspendida por necesidades del servicio y señalada nuevamente para el día 24 de abril de 2017.

Ha sido ponente el Magistrado de esta Sala **Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau** .

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO .- Planteamiento de la demanda de anulación de los laudos arbitrales.

1. - La representación de Espai d'Inversion 2005 S. L. (en adelante ESPAI) insta **demanda de anulación del primer laudo parcial de trámite dictado por el árbitro único en 3 de diciembre de 2016** que en su parte dispositiva acuerda que "... *existe controversia entre las partes y que por razón del convenio arbitral la controversia debe ser resuelta a través del presente procedimiento arbitral declarando asimismo la competencia del árbitro que la suscribe para conocer de la misma* ".

En **8 de enero de 2016, se dicta auto de aclaración del citado laudo parcial** en relación a la arbitrabilidad de la controversia y la prejudicialidad civil tras la presentación de un proceso declarativo ante el Juzgado de 1ª Instancia num. 41 de Barcelona , afirmándose, en síntesis, la arbitrabilidad concreta de la cláusula arbitral y denegándose la prejudicialidad.

ESPAI deduce demanda de anulación contra el primer laudo parcial en base a los siguientes motivos:

- a) Al amparo del art. 41. 1 a) LA, por inexistencia de cláusula arbitral (**FJ. 3º**).
- b) Al amparo del art. 41. 1 a) LA, por inexistencia de cláusula arbitral para el supuesto concreto que se pretende por la contraparte como es la separación de socios (**FJ. 3º**).



- c) Al amparo del art. 41. 1 c) LA, por cuanto se resuelven cuestiones no sometidas a su decisión (**FJ. 4º**).
- d) Al amparo del art. 41. 1 f) LA por ser contrario al orden público, por prejudicialidad civil (**FJ. 5º**).
- e) Al amparo del art. 41. 1 b) LA por indefensión, por falta de precisión y ambigüedad en el petitum (**FJ. 6º**), ya que también el procedimiento y actuaciones arbitrales comportan una infracción del art. 41. 1 f) LA.
- f) Al amparo del art. 41. 1 d) LA por cuanto el procedimiento arbitral: (a ?) no se ha ajustado a las medidas contenidas en el propio contrato que contiene la sumisión a arbitraje (**FJ. 7**), y (b?) ni tampoco a lo acordado por las partes (**FJ. 8º**).

2 .- En 6 de junio de 2016, se dicta segundo laudo parcial . ESPAI deduce demanda de anulación contra el segundo laudo parcial en que se declaraba que "... *la modificación de la demanda formulada por BALOO D'INVERSIONS SL es procesalmente correcta porque no causa indefensión* ..." que se acumula al precedente seguido con el número de Rollo 4/2016, en base a los siguientes motivos:

- a) Al amparo del art. 41. 1 a) LA, por inexistencia de cláusula arbitral (**FJ. 9º**).
- b) Al amparo del art. 41. 1 b) LA, por cuanto el segundo laudo parcial que admite la *mutatio libelli* genera indefensión impidiendo a ESPAI hacer valer sus derechos (**FJ. 10º**). Así como la infracción de los apartados 1 b) y 1 f) del art. 41 LA por falta de concreción del petitum a lo largo del procedimiento arbitral, y
- c) Al amparo del art. 41. 1 f) LA, por la falta de motivación de la temeridad de BALOO (**FJ. 11º**).

3 .- En 14 de octubre de 2016, se dicta laudo final en que se declara que: "... (1) *ESPLAI .. ha incumplido el Protocolo familiar al negarse a implementar en los Estatutos sociales de BON PREU HOLDING S.L., a través de Junta, la cláusula de separación y exclusión de socios prevista en el apartado VIII D) del Protocolo; (2) Condeno a ESPAI ... a acudir y comparecer en Junta General de socios de BON PREU ... y votar a favor de la modificación de los Estatutos sociales de dicha sociedad en el sentido de implementar, como nuevo artículo societario el siguiente art. 35 è Resolució de conflictes ..(3) Todo ello sin hacer especialmente pronunciamiento en cuanto al pago de las costas ...*". En **8 de noviembre de 2016 se dicta auto de aclaración** en que se estiman dos concretos extremos en la redacción el art. 35-e, en los términos que allí se establecen.

ESPAI deduce demanda de anulación contra el laudo final y la aclaración realizada por el árbitro, que es acumulada de oficio al R. 4/2016, en base a los siguientes motivos:

- a) Al amparo del art. 41. 1 a) LA, por inexistencia de cláusula arbitral (**FJ. 12º**).
- b) Al amparo del art. 41. 1 c) LA, por cuanto en el laudo se resuelven cuestiones no sometidas a arbitraje (**FJ. 13º**).
- c) Al amparo del art. 41. 1 d) LA, se denuncia que el procedimiento sustanciado no se ajusta a lo establecido en la LA (**FJ. 14º**), respecto a la aclaración solicitada.
- d) Al amparo del art. 41. 1 f) LA por ser contrario al orden público debido a la falta de motivación relacionado con la existencia de un mero compromiso y no concurrir un convenio arbitral para la imposición de una modificación estatutaria (**FJ. 15º**).
- e) Al amparo del art. 41. 1 f) LA por ser contrario al orden público, por falta de motivación del supuesto incumplimiento de ESPAI (**FJ. 16º**) que le facultaba a instar arbitraje y ello no puede serlo por no haber votado en una Junta (la celebrada en 25 de julio de 2014) en contra de la implementación de una cláusula como es la del art. 35 e.
- f) Al amparo del art. 41. 1 f) LA por ser contrario al orden público debido a la imposibilidad de cumplimiento del fallo por defectos de redacción (**FJ. 17º**) en relación con la Ley de Sociedades de Capital y los Estatutos sociales.

SEGUNDO.- Antecedentes.

Con carácter previo a la resolución de los motivos de anulación, a los efectos de una mejor comprensión del asunto planteado, se hacen constar los siguientes antecedentes:

ESPAI (sociedad patrimonial de D. Bernardo que es administrador y accionista único) y "Baloo d?Inversions S. L." (en adelante BALOO), sociedad patrimonial de D. Eloy , que es igualmente administrador y accionista único, son titulares, cada una del 50%, de las participaciones de la mercantil BONPREU HOLDING, S.L., cabecera del grupo empresarial BONPREU.

ESPAI Y BALOO, cada una representada por su administrador, son a su vez administradores solidarias de BONPREU HOLDING S. L. y, por extensión del grupo empresarial BONPREU, desde que fueron nombradas por un término indefinido en 22 de junio de 2011.



D. Eloy y D. Bernardo han tratado incluso con el nombramiento de un mediador en 2.011, de llegar a un acuerdo sobre una fórmula para la resolución de conflictos. BALOO solicitó posteriormente a ESPAI, la incorporación de una cláusula en los Estatutos sociales, concretado en el art. 35 è en el sentido siguiente:

En la propuesta del **art. 35 è** se dice:

"Article 35è: Resolució de conflictes

En el cas de que els Socis de la companyia en seu de Junta General votin en dues ocasions sobre una mateixa matèria en sentit diferent, de manera que es bloquegi la presa d'una decisió sobre aquesta matèria, es considerarà que la companyia està en una situació de bloqueig (el "Bloqueig"). Igualment, serà necessari que entre cadascuna de les dues votacions hagi transcorregut un termini mínim de quinze (15) dies naturals i un termini màxim de dos (2) mesos.

Als efectes del que es disposa en el paràgraf anterior, també es considerarà que existeix Bloqueig en cas que es produeixi el mateix efecte descrit en el paràgraf anterior mitjançant l'absència, en seu de Junta General, de Socis amb una participació social igual o superior al 50% del total del capital social.

En cas de Bloqueig s'aplicaran les regles següents:

a) Els Socis disposaran d'un termini màxim de deu (10) dies naturals des que s'hagués produït el Bloqueig durant el qual podran mantenir negociacions per resoldre el desacord.

b) Transcorregut aquest termini de deu (10) dies naturals sense haver arribat a un acord, qualsevol dels Socis, en el termini de vint (20) dies naturals, podrà realitzar una notificació fefaent a l'òrgan d'administració de la companyia manifestant la seva intenció d'exercitar el seu dret de separació a conseqüència del Bloqueig.

En aquest cas, l'òrgan d'administració comunicarà als altres Socis de la companyia, dins del termini de cinc (5) dies naturals a comptar des de la recepció d'aquesta notificació, l'exercici del dret de separació per part de l'esmentat Soci.

Exercitat el dret de separació per part d'aquest Soci, la companyia i el mateix Soci disposaran d'un termini de deu (10) dies naturals per arribar a un acord sobre el valor raonable de les participacions socials, o sobre la persona o persones que hagin de valorar-les i el procediment a seguir per a la seva valoració. A falta d'acord, aquestes participacions socials seran valorades per un auditor de comptes diferent al de la companyia, designat pel Registrador Mercantil del domicili social a sol·licitud de la companyia o de qualsevol dels Socis titulars de les participacions socials objecte de valoració.

En el termini màxim de dos (2) mesos a comptar des del seu nomenament, l'auditor emetrà el seu informe, que notificarà immediatament per conducte notarial a la companyia i als Socis afectats, acompanyant còpia, i depositant-ne una altra al Registre Mercantil.

Dins del dos (2) mesos següents a la recepció de l'informe de valoració els socis afectats tindran dret a obtenir en el domicili social el valor raonable de les seves participacions socials en concepte de preu de les que la companyia adquirís o de reemborsament de les s'amortitzen

c) En cas de que transcorri el termini de vint (20) dies naturals establert en l'apartat b) anterior sense que cap dels Socis hagi exercitat el seu dret de separació, qualsevol dels Socis podrà comunicar a l'altra Part l'obertura d'un Procés d'Escissió del Grup, que haurà d'aplicar i regir-se sota els principis exposats a continuació:

1. El Procés d'Escissió estarà coordinat per un comitè integrat pel Director Financer (PA), el Director d'Operacions (JS) i el Director Comercial (TA) del Grup (en endavant, el Comitè d'Escissió), i actuarà amb total independència i indemnitat pel que fa a la presa de les decisions corresponents. En aquest Comitè hi seran presents, amb veu però sense vot, els dos Socis/blocs que componen l'actual capital social, així com un assessor per cadascun d'ells. L'esmentat Comitè, integrat pels tres membres abans referits, adoptarà les seves decisions per majoria.

El Comitè d'Escissió encarregarà aquells aspectes del procés de disseny i execució de l'escissió a dur a terme on no hi hagi acord o en els que, per raons tècniques, sigui necessària la intervenció d'un consultor, a un tercer independent (en endavant, el Consultor). El Consultor serà una firma/assessor extern de reconegut prestigi, segons la matèria o especialitat sobre la que s'hagués de pronunciar. En cas que el Comitè d'Escissió no es posés d'acord en la designació i mandat a atorgar a una de les referides firmes en el termini d'un (1) mes, o si havent designat de comú acord a una firma, aquesta no acceptés el mandat o encàrrec, es proposarà una terna composta per una firma designada per cada Soci/bloc i una pel Comitè i es realitzarà un sorteig davant del Notari seleccionat pel Comitè d'Escissió amb l'objectiu d'identificar quina de les tres realitzarà el corresponent encàrrec.



2. Les funcions i criteris a seguir per part del Comitè d'Escissió i, si és el cas, d'aquells experts als que anomeni, consistiran en:

Elaboració i adjudicació a cada soci/bloc de dues parts, amb valoració del 50% del Grup cadascuna, tenint en compte que cada part haurà d'integrar tots els elements necessaris per funcionar com una unitat autònoma a mig termini.

Establiment d'un període transitori, tan curt com sigui possible, fins a permetre el funcionament autònom de les dues parts.

Principi de minimització del cost de separació de les dues unitats de negoci.

Celeritat i eficiència en el Procés d'Escissió.

Implicació del Comitè d'Escissió en el disseny i execució del procés en un entorn de neutralitat i independència en la proposta de solucions.

3. En cas que el Consultor no volgués coordinar l'execució del Procés d'Escissió, el Consultor proposarà al Comitè d'Escissió tres candidats per a cadascuna de les tasques que hagi de realitzar per executar l'escissió correctament: Advocats, Recursos Humans, Enginyeries, etc. En cas que el Comitè d'Escissió no arribés a un acord per atorgar els mandats corresponents en el termini d'un (1) mes, seran designats per sorteig davant Notari. En cas que algun dels assessors refusés realitzar la tasca, es farà un nou sorteig entre els assessors restants.

4. No s'exigirà responsabilitat en el disseny i execució de l'escissió a cap dels assessors ni al Comitè d'Escissió, excepte en cas de dol o negligència greu.

5. En cas que (i) transcorreguts dos (2) mesos des que una Part li requerís a l'altra l'obertura del Procés d'Escissió, el Comitè d'Escissió no estigués constituït, per qualsevol causa, o (ii) no s'hagués pogut subscriure el mandat al Consultor per no acceptació de l'encàrrec per part de qualsevol de les firmes seleccionades, per qualsevol altre motiu, en el termini de dos (2) mesos des que s'hagués decidit la seva contractació en el si del Comitè d'Escissió, es procedirà conforme a l'apartat següent.

d) En defecte del Procés d'Escissió, pels motius exposats en l'apartat c) 5 anterior, el Bloqueig es resoldrà de la manera descrita a continuació:

1. Qualsevol dels Administradors citarà a tots els Socis de la companyia en una Notaria de la seva elecció de la ciutat de Barcelona, a fi de que en el termini mínim de quinze (15) dies compareguin en aquesta Notaria a l'hora assenyalada.

En cas que un dels Socis no pugui assistir en la data proposada, haurà de comunicar-ho dins del cinc (5) dies següents un cop rebí la comunicació, justificant degudament els seus motius. En aquest supòsit, qualsevol dels Administradors citarà novament a tots els Socis proposant una nova data i hora. En cas que un dels Socis manifesti per tercera vegada la seva impossibilitat de poder comparèixer en la data i hora proposada, s'entendrà que s'ha produït un incompliment de les obligacions establertes en aquest apartat.

En aquest cas el Soci complidor podrà sol·licitar al Jutjat corresponent l'acompliment del procediment disposat en aquest Article.

2. Els Socis hauran de comparèixer a la Notaria en la data i hora proposada. Un cop reunits davant del Notari, cadascun dels Socis haurà d'oferir per escrit un preu per la totalitat de les participacions socials del Soci restant, juntament amb els termes i condicions addicionals, signant l'esmentat document i entregant-lo al Notari, però tenint en compte que s'haurà d'abonar el 50% de la quantitat oferta en el moment d'atorgar l'escriptura pública de transmissió de participacions socials, i el pagament del import restant de la de la totalitat del preu s'haurà de realitzar en el termini de sis (6) mesos a comptar des de l'atorgament.

3. El Notari procedirà a comprovar les ofertes realitzades pels Socis. El Soci que hagi ofert el preu major per les participacions socials del Soci restant estarà obligat a adquirir les participacions socials d'aquest Soci, de conformitat amb els termes i condicions establertes. L'escriptura pública de transmissió de les participacions socials haurà d'atorgar-se pel mateix Notari en el termini màxim dels dos (2) mesos següents.

Un cop es produeixi la transmissió de les participacions socials del Soci sortint, els Socis acorden de forma expressa que, en cas que, en qualsevol moment, el Soci adquirent d'aquestes participacions socials consideri transmetre, concedir, cedir, derivar o atorgar a qualsevol tercer, mitjançant qualsevol procediment i/o negoci jurídic, de forma directa i/o indirecta, qualssevol drets i/o interessos jurídics i/o econòmics sobre aquestes participacions socials, el Soci transmissor tindrà un dret de tanteig sobre el negoci jurídic i/o condicions ofertes per l'esmentat tercer, en idèntiques condicions a les establertes per ell.



A aquestes efectes, en el moment en que el Soci adquirent rebí una oferta per part d'un tercer sobre aquestes participacions socials, haurà de posar-ho en coneixement de l'òrgan d'administració de la companyia. A continuació, l'òrgan d'administració haurà de comunicar aquesta oferta al Soci transmissor mitjançant comunicació tramesa de forma fefaent. En aquesta comunicació hauran de constar el negoci jurídic, el preu, i els termes i condicions addicionals de l'oferta. El Soci transmissor disposarà d'un termini de seixanta (60) dies naturals a comptar des de la recepció de la comunicació de l'òrgan d'administració de la companyia per notificar a la pròpia companyia el seu interès o no sobre l'exercici del dret de tanteig sobre l'oferta presentada pel tercer.

En cas que el Soci transmissor estigui interessat en exercitar el dret de tanteig, haurà de notificar-ho a l'òrgan d'administració de la companyia de forma fefaent, havent-se d'executar la operació en conseqüència de conformitat amb els termes i condicions proposats per part del tercer.

En cas que el Soci transmissor no estigui interessat, o hagi transcorregut el termini de seixanta (60) dies sense que s'hagi comunicat l'exercici del dret de tanteig sobre l'oferta a l'òrgan d'administració, el Soci adquirent podrà dur a terme el negoci jurídic proposat pel tercer."

Téngase presente que Eloy y Bernardo firmaron un Protocolo Familiar en 5 de agosto de 2005 -fecha en que aún no se habían constituido las sociedades Espai y Baloo- para regular, entre otros extremos, la forma en que debían ser tomadas las decisiones en el grupo empresarial BON PREU, preveíéndose en dicho protocolo que: (" II. LA FAMILIA ") " si per qualsevol motiu un o diversos membres del GRUP BONPREU transmetessin les seves accions o participacions a una societat que actués com a holding, tant els accionistes -sempre que es compleixin els requisits per resultar-ne vinculats- com inclusivament, de forma solidària la mateixa societat quedaran vinculats a aquest protocol".

En las cláusulas C), D) y E) del apartado VIII del Protocolo (" INCIDÈNCIA DEL PROTOCOL EN ELS ESTATUTS DE LES ENTITATS QUE INTEGREN EL GRUP EMPRESARIAL BON PREU ") se establece que:

" C. Es preveu l'establiment d'unes regles per a la modificació d'estatuts, que permetin una raonable seguretat per als diferents grups familiars que formin part del capital de les societats afectades"

"D. S'inclourà la regulació adequada de la separació i escissió de socis com a mecanisme últim per donar sortida als possibles conflictes entre aquests".

"E. Així mateix, es prendran mesures per evitar els problemes que poden arribar a produir-se entorn possibles empats tècnics en diversos àmbits societaris:

Per evitar la possible paràlització dels òrgans d'una societat del Grup quan els socis estan dividits simètricament en grups familiars que voten de manera diversa, s'acceptarà laude arbitral.

Per evitar que es produeixi l'empat en el consell d'administració, s'aplicaran les regles previstes en l'apartat VII.B.1 relatives al vot diriment de determinats membres.

D. Eloy comunicó de manera fehaciente a su hermano D. Bernardo , su voluntad de inclusión en el Protocolo de la propuesta referida en relación con la inclusión de un artículo para la resolución de conflictos en los Estatutos de BonPreu Holdings, así como la celebración de una junta extraordinaria de la Sociedad para modificar dichos Estatutos en los términos que resultan de la propuesta. La comunicación tuvo respuesta el 10 de junio de 2.014, en que D. Bernardo manifestó estar de acuerdo en desarrollar un procedimiento de solución de conflictos, pero consideraba prioritario revisar los valores y principios inspiradores del Protocolo, así como someter la propuesta a la consideración del Consejo de Familia.

Seguidamente, BALOO, en la Junta General de Socios celebrada el 25 julio 2014, celebrada ante Notario, propuso la introducción de un nuevo artículo en los estatutos sociales (art. 35), en el que se pretendía regular los mecanismos de RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. ESPAÍ se opuso a la aprobación de la modificación de los estatutos sociales, razón por la cual BALOO considera que procede aplicar la citada cl. E) del apartado VIII del Protocolo familiar, que le permite instar el arbitraje.

Por **sentencia de 30 de julio de 2015** esta Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia estimo la petición deducida por BALOO de nombramiento de árbitro.

En 14 de octubre de 2015 tuvo lugar el inicio del arbitraje que se centra, como se señala en el laudo parcial (antecedentes II) , sin perjuicio de los términos en que se formule la demanda, en la condena a cumplir con la cláusula VIII-D del Protocolo Familiar, oponiéndose ESPAÍ al sometimiento de la cuestión a arbitraje en tanto que la citada cláusula no es aplicable a la controversia que se especificó verbalmente en dicho acto y además por la falta de un requisito de procedibilidad por no haber acudido previamente la parte al Consejo de Familia.

Con fecha de 3 de diciembre de 2015 se dicta el primer laudo de trámite, con aclaración por auto de 8 de enero de 2015, señalando que existe controversia entre las partes y que por razón del convenio arbitral la



controversia debe ser resuelta en el presente procedimiento arbitral, declarando asimismo la competencia del árbitro que suscribe para conocer de la misma, todo ello sin hacer un especial pronunciamiento sobre las costas devengadas en el incidente, lo que ha sido impugnado por ESPAI .

BALOO, a continuación, en la demanda formulada en el proceso arbitral solicita, en síntesis, que se declare que ESPAI ha incumplido el Protocolo Familiar al negarse a incluir el art. 35-é aludido y que se le condene a asistir a la Junta General de Bon Preu Holdings S.L. en un plazo determinado para votar a favor de la modificación estatutaria propuesta, apoderándose a BALOO, en su caso, para que en representación de ESPAI vote a favor de la inclusión en los Estatutos sociales del citado art. 35 en caso de incumplimiento del laudo por parte de ESPAI.

ESPAI se opuso a la petición de BALOO que se incorporase a los estatutos de BON PREU HOLDING la cláusula de separación y exclusión de socios propuesta de contrario, formulando a tal efecto diversas alegaciones, según constan en el proceso arbitral.

Asimismo, durante el proceso arbitral y tras la práctica de la prueba propuesta y admitida, BALOO, al amparo del art. 29.2 LA, frente al texto consignado en el escrito inicial de demanda, **modificó el petitum de su demanda inicial en el que se introducían determinadas variacionesa resultados de la prueba practicada** , manifestando estar dispuesto a aceptar una parte de las objeciones de ESPAI que fueron opuestas a la introducción de dicho art. 35-é en los Estatutos sociales. A dichos efectos, alegaba como fundamento de dicha iniciativa procesal el resultado de la prueba practicada, singularmente la exposición del Prof. Diego -perito de ESPAI-. Entendía el representante de BALOO que a través de dicho medio probatorio ha podido conocer cuáles son las objeciones que ESPAI tiene a la cláusula inicialmente propuesta, manifestando estar dispuesto a aceptar la mayoría de las mismas. Concretamente:

a) Con respecto a los plazos: propone una general ampliación de los mismos, en particular los establecidos en el apartado d) que regula el mecanismo de compraventa recíproca de participaciones.

b) Con respecto a la determinación de las materias que pueden dar lugar a la aplicación de la cláusula, las concreta en los siguientes términos que se exponen resumidamente:

a. aumento y reducción de capital

b. modificación de la estructura del órgano de administración, determinación de sus miembros, y cese y nombramiento de administradores.

c. modificaciones estructurales y operaciones corporativas.

d. aprobación y ejecución de planes y líneas estratégicas,.

e. aprobación de cuentas y gestión, aplicación de resultados y constitución reservas.

f. modificación de estatutos,

g. relaciones laborales o de prestación de servicios u obra por miembros de la familia Eloy Bernardo .

h. Inversiones por importe superior a 25.000.000 C.

i. Nombramiento de altos ejecutivos.

c) Acepta que para el mecanismo de separación, el valor de las participaciones sea la media aritmética de la valoración realizada por dos auditores

d) Para el supuesto del mecanismo de escisión, prevé que el Comité esté formado por los Directores-financiero, de operaciones y comercial del Grupo, y también por dos miembros externos, cada uno nombrado por un socio.

Aclara que la referencia al Director Financiero, de Operaciones y Comercial se entiende hecha al cargo y no a la persona, previendo un mecanismo alternativo para el supuesto de que la persona no pueda o no quiera aceptar. Se acepta que el Consultor en caso de desacuerdo salga de una terna.

e) Con respecto a la solución subsidiaria al proceso de escisión, prevé un doble mecanismo, acogiendo el que entiende propone la adversa (*cut the cake*).

En definitiva, solicitaba la modificación de la inicial demanda en dichos términos, previas las alegaciones de la otra parte, y todo ello con suspensión del plazo para presentar conclusiones.

ESPAI se opuso a la modificación de la demanda propuesta por BALOO al considerar que se trataba de una *mutatio libelii* causante de indefensión y de inseguridad jurídica, lo que dio lugar a que el árbitro único abriera un trámite incidental previo de naturaleza procesal que se resolvió en un segundo laudo de trámite.

Con fecha de 6 de junio de 2016, se dicta segundo laudo de trámite sobre modificación de la demanda en que se declara que dicha modificación es procesalmente correcta porque no causa indefensión, sin realizar



pronunciamiento sobre costas . **Y se concede a ESPAI** un plazo de cinco días para responder a la modificación de demanda, en los términos que a su derecho convengan .

ESPAI presentó escrito con fecha de 5 de julio de 2016 por el que se oponía la demanda modificada **y formuló una demanda reconvenzional, con carácter subsidiario, dando otro contenido al art. 35 sobre la resolución de conflictos** .

BALOO, con fecha de 5 de julio de 2016 contestó a la reconvección realizando determinadas objeciones a la propuesta del art. 35-é formulada por ESPAI y **señala que dicha cláusula debería tener un contenido que formula y consta en el proceso arbitral** , presentándose seguidamente por ESPAI un escrito de manifestaciones.

Solicitada prueba sobre los extremos interesados, fue admitida por el árbitro y practicada en sesión celebrada el día 20 de julio de 2.016

Presentados escritos de conclusiones por ambas partes conforme al calendario previsto, quedó pendiente de la resolución del correspondiente laudo.

En **14 de octubre de 2016, se dicta laudo final** declarando, en síntesis, que ESPAI D'INVERSIONS 2005 S.L. ha incumplido el Protocolo familiar al negarse a implementar en los Estatutos sociales de BON PREU HOLDING un mecanismo para la resolución de conflictos, y condenando a ESPAI a acudir y comparecer en Junta General de socios de BON PREU y votar a favor de la modificación de los Estatutos sociales de dicha sociedad en el sentido de implementar, como nuevo artículo societario el art. **35è Resolució de conflictes** . En la parte dispositiva del laudo se establece:

1º Declaro que ESPAI D'INVERSIONS 2005 SL ha incumplido el Protocolo Familiar al negarse a implementar en los estatutos sociales de BON PREU HOLDING SL, a través de acuerdo de Junta, la cláusula de separación y exclusión de socios prevista en el apartado VIII D) del Protocolo.

2º Condeno a ESPAI D'INVERSIONS 2005 SL a acudir y comparecer en Junta General de socios de BON PREU HOLDING SL en el domicilio social en el plazo de 15 días desde la fecha de -notificación de este Laudo y votar a favor de la modificación de los Estatutos sociales de dicha Sociedad en el sentido de implementar, como nueva artículo estatutario, el siguiente:

Artcle 35é: Resolució de conflictes.

En el cas de que els Socis de la companyia en seu de Junta General votin en dues ocasions sobre qualsevol de les matèries descrites a continuació en sentit diferent, de manera que es bloquegi la presa d'una decisió sobre aquesta matèria, es considerarà que la companyia està en una situació de bloqueig (el bloqueig). Igualment, serà necessari que entre cadascuna de les dues votacions hagi transcorregut un termini mínim de trenta (30) dies naturals i un termini màxim de tres (3) mesos,

Als efectes del que es disposa en el paràgraf anterior, també es considerarà que existeix Bloqueig en cas que es produeixi el mateix efecte descrit en el paràgraf anterior mitjanpnt l'absència, en seu de Junta General, de Socis amb una participació social igual o superior al 50% del total del capital social.

Les matèries a les quals serà d'aplicació el Bloqueig son les següents:

La reducció de capital quan aquesta sigui obligatòria de conformitat amb la legislació vigent.

L'augment de capital, quan s'acrediti que aquest és imprescindible per poder emprendre el pla de negoci aprovat per la Junta General i .no sigui possible recórrer a d'altres mitjans de finanparnent.

Modificació de l'estructura de l'òrgan d'administració de la companyia, determinació del nombre de membres, així com cessament i nomenament d'aministradors.

Operacions de fusió, així corn qualsevol operació societaria de modificació estructural de la companyia i operacions corporatives de compra, absorció, integració d'altra companyia, negoci, actius o unitats productives.

Aprovació de plans de negoci o estratègics o creació, implementació y execució de noves línies estratègiques de negaci.

Aprovació de comptes anyals, de la gestió social, l'aplicació del resultat de l'exercíci i distribució de reserves voluntàries.

Aprovació d'una política de distribució de dividendes.

Modificació dels Estatuts Socials de la Companyia, en cas que tal modificació sigui precisa per adaptar-se a una reforma legislativa.



L'establiment, modificació i resolució de qualsevol classe de relacions laborals o de prestació de serveis o d'obra entre la companyia i un o varis dels membres de l'òrgan d'administració o les seves societats patrimonials.

L'establiment de la retribució dels administradors.

La realització, per part de la companyia o de les societats del Grup Bonpreu, d'Inversions o adquisicions corporatives per import superior a 25.000.000 ?.

Nomenament d'alts executius de la Companyia, entenent com a tal el Director General i la resta de membres del Comité de Direcció

En cas de Bloqueig s'aplicaran les regles següents:

a) Període de negociacions

Els Socis disposaran d'un termini màxim de vint (20) dies naturals des que s'hagués produït el Bloqueig durant el qual podran mantenir.- negociacions per resoldre el desacord.

b) Dret de Separació

Transcorregut aquest termini de vint (20) dies naturals sense haver arribat a un acord qualsevol dels Socis, en el termini de vint (20) dies naturals, podrà realitzar una notificació fefaent a l'òrgan d'administració de la companyia manifestant la seva intenció d'exercitar el seu dret de separació a conseqüència del Bloqueig.

La voluntat d'exercir el dret de separació s'haurà de manifestar davant de Notari. A l'Acta de Manifestacions a atorgar pel Soci compareixent, el Notari haurà de fer constar la data i hora exacta de la seva compareixença amb l'objecte d'acreditar que ell ha estat el Soci que ha pres la Iniciativa. Una còpia d'aquesta Acta de Manifestacions haurà d'ésser enviada per part del Notari a la Òrgan d'Administració de la Societat.

En aquest cas, l'òrgan d'administració comunicarà a l'altre Soci de la companyia, dins del termini de cinc (5) dies naturals a comptar des de la recepció d'aquesta notificació, l'exercici del dret de separació per part de l'esmentat Soci.

Exercit el dret de separació per part d'aquest Soci, la companyia i el mateix Soci disposaran d'un termini de vint (20) dies naturals per arribar a un acord sobre el valor raonable de les participacions socials. Si no hi ha acord, aquestes participacions socials seran valorades per dos auditors de comptes diferents al de la companyia. Un d'ells serà designat per un soci i l'altre, per l'altre soci.

En el termini màxim de dos (2) mesos a comptar des del seu nomenament, els auditors emetran el seu informe, que notificaran immediatament per conducta notarial a la companyia i als Soci afectat, acompanyant còpia. La valoració resultant serà la mitjana aritmètica de les dues valoracions, sempre que entre una i altra valoració no hi hagi una diferència que superi el 25%. Si es donés aquest cas, es repetirà l'operació amb uns altres auditors, a no ser que els socis estiguessin d'acord en la modificació proporcional de les dues valoracions fins que la seva diferència no superi el 25%, i treguin la mitja aritmètica dels dos valors,

El soci que hagi exercit el dret de separació podrà renunciar-hi en qualsevol moment. En aquest cas es procedirà automàticament a la següent fase, procés d'escissió.

Dins dels dos (2) mesos següents a la recepció dels informes de valoració, el Soci que hagi exercit el dret de separació i no hi hagi renunciat, tindrà dret a obtenir en el domicili social el valor raonable de les seves participacions socials en concepte de preu de les que la companyia adquireix o de reemborsament de les que s'amortitzen.

c) Procés d'Escissió

En cas de que transcorri el termini de trenta (30) dies naturals sense que cap dels Socis hagi exercit el seu dret de separació o, havent-lo exercit, qualsevol dels Socis hagi posat fi al procés de separació, qualsevol dels socis podrà comunicar a l'altra Part l'obertura d'un Procés d'Escissió del Grup, que haurà d'aplicar i regir-se sota els principis exposats a continuació

1. El Procés d'Escissió estarà coordinat per un comitè integrat pel professionals de reconegut prestigi en el sector retail, designats un per cada soci i un tercer nomenat pels dos anteriors. Aquest Comitè actuarà amb total independència i indemnitat pel que fa a la presa de decisions. Els directius de la Companyia i en particular el Director Financer, el Director d'Operacions i el Director Comercial del Grup Bon Preu romandran a disposició del Comitè d'Escissió, prestant la seva col·laboració en tot allò que se'ls demani per tal d'obtenir la informació i opinió que el Comitè cregui convenient. L'esmentat Comitè adoptarà les seves decisions per majoria.

El Comitè d'Escissió podrà disposar dels mitjans que consideri oportuns, encarregant aquells aspectes del procés de disseny i execució de l'escissió a dur a terme on no hi hagi acord o en els que, per raons tècniques, sigui



necessaria la intervenció d'un consultor, a un tercer independent (en endavant, el Consultor). El Consultor serà una firma/assessor extern de reconegut prestigi, segons la matèria o especialitat sobre la que s'hagués de pronunciar. En cas que el Comitè d'Escissió no es posés d'acord en la designació i mandat a otorgar a una de les referides firmes en el termini d'un (1) mes, o si havent designat de comú acord a una firma, aquesta no acceptés el mandat o encàrrec, cada membre farà una proposta i es realitzarà un sorteig davant del Notari seleccionat pel Comitè d'Escissió amb l'objectiu d'identificar quina de les tres (3) realitzarà l'encàrrec.

2. Les funcions i criteris a seguir per part del Comitè d'Escissió i, si és el cas, d'aquells experts als que anomeni, consistiran en:

Elaboració dues parts, de forma que cada una d'elles representi el 50% del valor.

- Establiment d'un període transitori, tan curt com sigui possible, fins a permetre el funcionament autònom de les dues parts.

- Principi de minimització del cost de separació de les dues unitats de negoci.

- Celeritat i eficiència en el Procés d'Escissió.

§ Implicació del Comitè d'Escissió en el disseny i execució del procés en un entorn de neutralitat i independència en la proposta de solucions.

3. En tot cas, un cop completat el procés d'elaboració de la proposta d'escissió, l'assignació de la seva part a cada soci es farà per sorteig davant de Notari.

El Comitè vetllarà igualment en tot moment per garantir la imparcialitat, independència i equanimitat del procés, havent de supervisar la correcta execució del procés d'escissió, en els termes i terminis acordats per aquest mateix Comitè.

4. En cas que (i) transcorreguts dos (2) mesos des que una Part li requerís a l'altra l'obertura del Procés d'Escissió, el Comitè d'Escissió no estigués constituït per qualsevol causa, o (ii) transcorregut el termini de quatre (4) mesos no s'hagués arribat a emetre informe final d'escissió, es procedirà conforme a l'apartat següent.

d) Mecanismes de Separació per Proposta de Socis

En defecte del Procés d'Escissió, pels motius exposats en l'apartat c) 4 anterior els Socis hauran de posar-se d'acord en un termini no superior a quinze (15) dies des de la constatació que el procés d'escissió no es pot dur a terme, en qualsevol dels mecanismes descrits a continuació. En cas d'absència d'acord, s'aplicarà el Mecanisme 2.

Mecanisme 1:

1. Dintre del termini d'un (1) mes, qualsevol dels Administradors citarà a tots els Socis de la companyia en una Notaria de la seva elecció de la ciutat de Barcelona, a fi de que en el termini mínim de dos (2) mesos compareguin en aquesta Notaria a l'hora assenyalada.

En cas que un dels Socis no pugui assistir en la data proposada, haurà de comunicar-ho dins del vuit (8) dies següents un cop rebí la comunicació, justificant degudament els seus motius. En aquest supòsit, qualsevol dels Administradors citarà novament a tots els Socis proposant una nova data i hora. En cas que un dels Satis manifesti per tercera vegada la seva impossibilitat de poder comparèixer en la data i hora proposada, s'entendrà que s'ha produït un incompliment de les obligacions establertes en aquest apartat.

En aquest cas el Soci complidor podrà sol licitar al Jutjat corresponent l'acompliment del procediment disposat en aquest Article.

2. Com a requisit previ per l'inici d'aquest procediment, s'haurà de fixar el valor real de

les participacions socials de conformitat amb el procediment establert en el punt a) anterior (Dret de separació).

3 Els Socis hauran de comparèixer a la Notaria en la data i hora proposada. Un cop reunits davant del Notari, cadascun dels Socis, haurà d'oferir per escrit un preu per la totalitat de les participacions socials del soci restant, signant l'esmentat document i entregant-lo al Notari, però tenint en compte que s'haurà d'abonar el 50% de la quantitat oferta en el moment d'atorgar l'escriptura pública de transmissió de participacions socials, i el pagament del import restant de la de la totalitat del preu s'haurà de realitzar en el termini de sis (6) mesos a comptar des de l'atorgament

El preu ofert en cap cas podrà ser inferior al 75% del valor real fixat pels auditors, de conformitat amb el punt 2 anterior.



4. El Notari procedirà a comprovar les ofertes realitzades pels Socis. El Soci que hagi ofert el preu major per les participacions socials del Soci restant estarà obligat a adquirir les participacions socials d'aquest Soci, de conformitat amb els termes i condicions establerts. L'escriptura pública de transmissió de les participacions socials haurà d'atorgar-se pel mateix Notari en el termini màxim dels dos (2) mesos següents.

Un cop es produeixi la transmissió de les participacions socials del Soci sortint, els Socis acorden de forma expressa que, en cas que, en qualsevol moment, el Soci adquirent d'aquestes participacions socials consideri transmetre, cancel·lar, cedir, derivar o otorgar a qualsevol tercer, mitjançant qualsevol procediment i/o negoci jurídic, de forma directa i/o indirecta, qualssevol drets i/o interessos jurídics i/o econòmics sobre aquestes participacions socials, el Soci transmissor tindrà un dret a obtenir, com a complement de preu, la diferència entre el seu preu de venda i el preu de venda al tercer.

A aquests afectes, en el moment en que el Soci adquirent vengui les participacions socials comprades al transmissor, o una part d'aquestes, haurà de posar-ho en coneixement del soci transmissor mitjançant comunicació tramesa de forma fefaent. En aquesta comunicació hauran de constar el negoci jurídic, el preu, i els termes i condicions addicionals. El Soci adquirent disposarà d'un termini de trenta dies des de la nova venda per pagar al soci transmissor el seu complement de preu. El dret al complement de preu neix amb independència de les concretes participacions venudes, i, a efectes de la base de càlcul, té com a límit el nombre de participacions adquirides al soci transmissor.

El dret al complement de preu només existirà en relació amb vendes efectuades dintre dels quinze (15) mesos des de la formalització de la compravenda de participacions socials i no serà d'aplicació en cas que la transmissió es faci entre membres de la mateixa família.

Mecanisme 2:

1. En un termini de dos (2) mesos, qualsevol dels socis podrà prendre la iniciativa i comparèixer davant el Notari de la seva elecció i manifestar la voluntat d'activar el procés de divisió dels actius de la companyia.

Amb aquesta finalitat, a l'Acta de Manifestacions a atorgar pel Soci compareixent, el Notari haurà de fer constar la data i hora exacta de la seva compareixença amb l'objecte d'acreditar que ell ha estat el Soci que ha pres la iniciativa. Una còpia d'aquesta Acta de Manifestacions haurà d'ésser enviada per part del Notari a l'altre Soci.

2. Dintre d'un termini de tres (3) mesos, el Soci que hagi pres la iniciativa haurà d'elaborar dos lots iguals comprensius de la totalitat d'actius i passius de la Companyia, juntament amb una proposta concreta d'execució de la mateixa, i haurà de dipositar aquesta informació davant del mateix Notari davant el qual hagi manifestat la seva voluntat d'aquest procés.

3. Un cop rebuda aquesta informació, dintre del termini de deu (10) dies, el Notari traslladarà la proposta a l'altre soci de forma immediata.

4. Transcorregut el termini de quinze (15) dies hàbils, el Notari citarà a ambdues parts a fi i efecte que compareguin a la seva Notaria dintre dels trenta (30) dies hàbils següents. En el supòsit que alguns dels socis no pugui comparèixer a la data proposada, haurà de comunicar-ho al Notari i a l'altre Soci, i proposar una nova data dintre dels cinc (5) dies següents,

En cas contrari, s'entendrà que el Soci incomplidor no opta per cap dels lots i per tant, el Soci que hagi pres la iniciativa pot escollir el que prefereixi compareixent davant de Notari en un termini de cinc (5) i procedint a executar la divisió.

5. Un cop compareguin davant Notari els Socis, el Notari presentarà la proposta de divisió de lots elaborada pel Soci que hagi pres la iniciativa. D'aquesta forma, correspondrà a l'altre Soci escollir el lot que vulgui adjudicar-se, corresponent a el lot rebutjat al soci que hagi pres la iniciativa.

6. Un cop adjudicats els lots, s'haurà d'executar el procés en un termini màxim de quatre (4) mesos, a tal efecte tots els socis es comprometen a col·laborar actívement i de bona fe atorgant tots els documents públics i privats necessaris

3º).- Todo ello, sin hacer un especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas devengadas por la tramitación del arbitraje.

Posteriormente, ESPAI interesó aclaración y complemento del laudo, confiriéndose traslado a BALOO tras lo cual se dictó **auto de 8 de noviembre de 2.016** en el sentido siguiente:

"Ha Lugar a la aclaración del laudo final y definitivo dictado en las actuaciones en fecha 14 de octubre de 2016 en los dos siguientes aspectos:



1. En el apartado 2, *Mecanisme 1*, letra d) (*Mecanismes de Separació per proposta de Socis*), donde dice: *Com a requisit previ per l'inici d'aquest procediment, s'haurà de fixar el valor real de les participacions socials de conformitat amb el procediment establert en el punt a) anterior (Dret de separació)*, debe decir: *Com a requisit previ per l'inici d'aquest procediment, s'haurà de fixar el valor real de les participacions socials de conformitat amb el procediment establert en el punt b) anterior (Dret de separació)*.

2. En el apartado 3, *Mecanisme 2*, letra d) (*Mecanismes de Separació per proposta de Socis*), donde dice: *Un cop rebuda aquesta informació, dintre del termini de deu (10) dies, el Notari traslladarà la proposta a l'altre soci de forma immediata*, debe decir: *Un cop rebuda aquesta informació, dintre del termini de deu (10) dies, el Notari traslladarà la proposta a l'altre soci."*

Sin que haya lugar a la rectificación, ni al complemento del laudo, ni al resto de aclaraciones".

I- MOTIVOS DE ANULACION CONTRA EL PRIMER LAUDO DE TRAMITE de fecha 3 de diciembre de 2.015 y su aclaración en 8 de enero de 2.016.

TERCERO.- Inexistencia de cláusula arbitral contenida en el Protocolo Familiar .

1 .- El primer motivo de anulación del laudo se fundamenta en el art. 41. 1 a) LA y se refiere a las cuestiones propuestas por la demandante de anulación en un doble aspecto como son:

(a) La cláusula arbitral no es tal, puesto que es la llamada a un arbitrador y no a un árbitro y no se pretende regular controversias o disputas sino situaciones extremas de bloqueo, y

(b) El convenio arbitral no existe para el supuesto de hecho concreto que alude la adversa como la imposición de una cláusula de separación.

2 .- Hemos de rechazar la **cosa juzgada** , alegada con carácter previo por BALOO en su contestación a la demanda arbitral , como consecuencia de la sentencia 62/2015, de 30 de julio dictada por esta Sala en que se procedía al nombramiento de árbitro, respecto al pronunciamiento sobre la existencia y validez del convenio arbitral. Ya exponíamos -en consonancia con la Exposición de Motivos de la LA- que en dicha resolución solamente realizábamos un control inicial de la cláusula sin perjuicio de su examen por el árbitro, pues el Tribunal solamente podía, en el supuesto examinado, desestimar la petición de nombramiento del árbitro en el caso de inexistencia de convenio, sin posibilidad de efectuar un control de los requisitos de validez del convenio ya que sobrepasaría el marco del procedimiento siendo que la cuestión era arbitrable, tal como se declaraba en la referida sentencia.

En consecuencia, el examen efectuado por la Sala en la sentencia 62/2015, de 30 de julio , lo fue sin perjuicio de la resolución del árbitro sobre el convenio arbitral respecto a la concreta controversia y su arbitrabilidad.

3 .- El primer motivo de oposición del art. 41. 1 a) LA es, a entender de la demandante, que la cláusula arbitral no es tal, puesto que es una llamada a un arbitrador y no a un árbitro y no pretende regular controversias ni disputas sino situaciones extremas de bloqueo por empate técnico que no tienen cabida en un procedimiento arbitral. Añade, que la aceptación del laudo arbitral no puede comprender la sustitución de la voluntad de las partes mediante la integración de un elemento esencial del contrato como p. ej dispone el art. 1447 del Código Civil , o lo que es lo mismo el árbitro se enfrenta a la imposibilidad de imponer a las partes una cláusula de separación que no se encuentra comprendida en el convenio arbitral, a entender del demandante en anulación.

La demandada rechaza la admisión del motivo, ya que lo solicitado es solventar la resolución de conflictos. Asimismo, añade que el árbitro en el laudo parcial ha afirmado que la **posible** - dice al aceptarse el laudo - **paralización** es consustancial a la estructura societaria (50 % del capital cada uno de los socios) y a la circunstancia producida tras la votación divergente de la Junta y sin perjuicio de la solución definitiva que se adopte, puede incluso valorarse una fórmula alternativa -propuesta por ESPAI-. En cualquier caso, las cláusulas de un contrato deben interpretarse las unas con las otras, dando a las menos claras el sentido que resulte de todas ellas, sin olvidar que en el Protocolo (cl. VIII. D) prevé expresamente que se incluirá la regulación adecuada de la separación y exclusión de los socios como mecanismo último para dar salida a los posibles conflictos y en la cl. VIII.B se establece "... la conveniencia de que las modificaciones estatutarias permitan una razonable seguridad para los grupos familiares titulares del capital ..." concluyendo que hay controversia entre las partes y es arbitrable debiendo, en todo caso, aplicar el principio del *favor arbitrii* .

4 .- Hemos de rechazar la cuestión que la cláusula citada nos remita a una obligación de negociaciones posteriores. La interpretación de la controvertida cláusula no tiene el alcance pretendido por la actora como p. ej. sucede con el precio en el art. 1447 CCiv, en que puede dejarse al arbitrio de persona determinada y para el supuesto de que ésta no pudiese o no quisiese señalarlo se tendrá por ineficaz el contrato. Al respecto, debe tenerse presente como declara la jurisprudencia del TS (SSTS 21 de febrero de 1977 y 10 de marzo de 1986), que en dicho precepto (art. 1447 CCiv) no se instituye arbitraje alguno en el sentido procesal y propio



de la institución y por lo tanto en el de impedir el conocimiento por la jurisdicción ordinaria de la cuestión, sino pura y simplemente el de tener por cierto el precio cuando se ha dejado su señalamiento a tercera persona. Y no es este el caso de autos en que se contempla la llamada a un arbitrador sino la posibilidad de " *acudir al arbitraje* " para que se introduzca una cláusula estatutaria con la finalidad de evitar la posible paralización de los órganos sociales.

No obstante, a diferencia de otras cláusulas más habituales de arbitraje en que se señala con mayor precisión que las controversias que se susciten en la aplicación del protocolo o una parte de ella, se resolverán mediante arbitraje, en el caso examinado se afirma que se " *acepta el laudo arbitral* " para evitar que puedan llegar a producirse empates técnicos que conduzcan a *evitar la posible paralización de los órganos de una sociedad del Grupo cuando los socios están divididos simétricamente en grupos familiares que voten de manera distinta* . Y esta es la cuestión controvertida que el árbitro entiende producida, al menos para iniciar el arbitraje, en tanto que existe convenio arbitral y se produce un conflicto a resolver mediante la implementación de un precepto en los Estatutos (art. 35- e).

La implementación solicitada de dicha cláusula no significa que la sociedad se encuentre actualmente "bloqueada" sino lo que se pretende y ello es de conformidad con la cláusula arbitral es resolver la cuestión de que ESPAI no cumple con el Protocolo Familiar al negarse a implementar dicha cláusula estatutaria cuyo contenido se debate y resuelve en el laudo final e incluso fue objeto de propuestas por ambas partes, formulando, en un primer momento una petición luego modificada por BALOO y reconvenición, en forma subsidiaria, por ESPAI, para la resolución de conflictos. Cuestión distinta es la concreta implementación de esta cláusula y si la misma en la forma propuesta por BALOO tras la modificación de la demanda ha de ser estimada o rechazada.

5 .- En el segundo de los supuestos planteados al amparo del art. 41. a) LA se afirma que el convenio arbitral no existe para el supuesto concreto que se trata de dilucidar en el arbitraje, con imposición de una cláusula de separación.

En primer lugar, hemos de poner de relieve que queda fuera de toda duda la validez de las cláusulas arbitrales en los Protocolos familiares, conforme lo dispuesto en el RD 171/2007, de 9 de febrero, que regula la publicidad de dichos protocolos, permitiendo su inscripción en el Registro (DF. 2ª y 175 RRM).

En segundo lugar, hemos de señalar que la LA no distingue entre inexistencia o invalidez del convenio arbitral que comprende aquellos supuestos en que el convenio no puede probarse porque es unilateral o no fue aceptado (convenio inexistente) o inválido y de imposible ejecución bien por cuanto fue firmado por persona que carece de poder para representar a terceros (convenio inválido) o se refiere a una cuestión que resulta indisponible y afecta al orden público como podrían ser los referidos a derechos de la personalidad, estado civil de las personas o cuestiones matrimoniales relativas a la constitución del estado civil.

En dicho sentido, los límites a la arbitrabilidad se han de fundamentar en el art. 2. 1 LA, que establece como arbitrables todas aquellas cuestiones que sean de " *libre disposición conforme a derecho* ". Nótese que la arbitrabilidad es la idoneidad objetiva de una materia para ser resuelta en un proceso arbitral, para lo cual debe atenderse exclusivamente a las concretas peticiones o pronunciamientos solicitados por las partes. Por tanto, si analizadas en sí mismas, las peticiones pueden ser resueltas -en sentido positivo o negativo- por los árbitros, la materia es arbitrable.

En el caso examinado, la materia es arbitrable puesto que las cuestiones societarias y los protocolos familiares, o sea, la posible aplicación del arbitraje a dichas cuestiones ha sido resuelta positivamente y así hemos declarado en la STSJ Catalunya 9/2014, de 6 de febrero , en relación con los pactos parasociales ya que:

"... En sede de sociedades, el convenio arbitral puede establecerse una vez se ha producido la controversia si las partes interesadas así lo disponen o bien mediante un pacto para el futuro, para dirimir mediante el arbitraje los eventuales conflictos que puedan plantearse en la relación societaria, sin perjuicio de que la sumisión al arbitraje pueda ser renunciada por quien la pactó, expresa o tácitamente al no oponerla en el momento oportuno (STS, Sala 1ª 11-2-2010).

..... cualquiera que sea la opinión que se sostenga sobre su eficacia en relación con la sociedad cuando, como ocurre en el caso, los pactos parasociales han sido firmado por todos los socios, lo cierto es que dichos pactos se hallan coligados funcionalmente con el de sociedad, tratándose de pactos subordinados o interdependientes en tanto que destinados a regular aspectos de la relación jurídica societaria y adoptados sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos (STS de del 18 de junio de 2013).

Más claramente indica la STS de 6-3-2009 con cita de otras anteriores : "... los pactos parasociales , mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio entre ellos, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos en la ley y los estatutos, son válidos siempre



que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad - se refieren a ellos, entre otros, los artículos 42.1.c) del Código de Comercio, 7.1 del Real Decreto Legislativo 1.564/1.989, de 22 de diciembre, 11.2 de la Ley 2/1.995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, 60.1 .b) y ter, 112 y 116 de la Ley 24/1.988, de 28 de julio, del mercado de valores -. La jurisprudencia los ha tomado en consideración como negocios jurídicos válidos, entre otras, en las sentencias de 27 de septiembre de 1.961, 10 de noviembre de 1.962, 28 de septiembre de 1.965, 24 de septiembre de 1.987, 26 de febrero de 1.991, 10 de febrero de 1.992, 18 de marzo de 2.002, 19 de diciembre de 2.007 y 10 de diciembre de 2.008 ".

Ahora bien, la concreta petición deducida es si el árbitro ha respetado o no el ámbito objetivo de la aplicación de la cláusula. Al respecto, hemos de señalar que la arbitrabilidad en las cuestiones societarias y en los protocolos familiares, en general, es admisible, como hemos dicho, y lo que seguidamente debemos resolver es si el ámbito objetivo del convenio ampara o no la controversia que niega la demandante al afirmar que no existe convenio arbitral "... para asignar (la resolución) al árbitro (de) cuestiones relativas al cumplimiento de lo pactado en el contrato o Protocolo familiar que contiene el convenio arbitral " y ello por cuanto "... la pretensión de cumplimiento del Protocolo en su cl. VIII D) -es decir, la separación y exclusión de socios como mecanismo último para dar salida a los conflictos sociales- no existe cláusula arbitral ".

Al respecto, resulta admisible la opción del árbitro al realizar una interpretación integradora y sistemática del Protocolo familiar en que, en primer lugar, como hemos señalado al desarrollar los Antecedentes en el F.J. 2º se prevé el establecimiento de unas reglas para la modificación de los estatutos que permitan una razonable seguridad para los diferentes grupos familiares -y ello no es solamente una declaración de principios- sino que se complementa con la inclusión seguidamente de la separación y exclusión de los socios como mecanismo para dar salida a los posibles conflictos sociales. No se trata de imponer una separación sino regular una posible exclusión o separación para resolver conflictos y para ello se acepta un laudo con la finalidad de evitar la posible paralización de los órganos. O sea, el contenido del Protocolo que tiene naturaleza obligacional, lo que establece mediante una interpretación racional y lógica efectuada por el árbitro que debemos confirmar a salvo de arbitrariedad o carencia de lógica inexistente, es aceptar el laudo para la implementación de una modificación estatutaria para la resolución de conflictos y entre ellos la regulación adecuada de la separación y escisión como mecanismo último para dar salida a posibles conflictos. Cuestión distinta es que para la aplicación de dicho mecanismo que ha de ser una última ratio para el supuesto de que no se efectúe por los socios pueda acudir, en este supuesto, al mecanismo arbitral, lo que ha de merecer una respuesta afirmativa al ser objeto dicha materia de libre disposición y deducida de una interpretación integradora y sistemática del Protocolo familiar, sin perjuicio del examen que se efectuará al resolver sobre la impugnación del laudo final si el modo y manera en que se implementa dicha cláusula de resolución de conflictos puede o no afectar al orden público.

Téngase presente que el mecanismo de activación de dicha cláusula estatutaria y su contenido es una cuestión que corresponderá analizar cuando se examina la impugnación del laudo final y si ello se ajusta o resulta contrario al orden público. Pero no cabe duda que la posibilidad de introducir dicha cláusula para la resolución de conflictos ya que: (a) Se encuentra prevista en el Protocolo familiar, (b) Tiene un contenido obligacional para los firmantes del protocolo que se obligan a ello o aceptar un laudo; (c) Puede incluir un mecanismo de separación o exclusión por ser materia de libre disposición, (d) Se deduce de una interpretación integradora de los epígrafes C), D) y E) de la cl. VIII del Protocolo familiar, debiéndose tener en cuenta los antecedentes que explican su finalidad y porqué ello se ha incluido en el Protocolo familiar que encuentra su correspondencia con el objetivo de resolver conflictos y con la finalidad de otorgar una razonable seguridad para los dos grupos familiares que se enfrentan durante varios años, según consta en los antecedentes desarrollados en el F.J. 2º de la presente resolución, y (e) Otra cuestión es el modo y manera como debe implementarse la cláusula estatutaria y si resulta o no contraria al orden público, extremo, como reiteramos, que corresponde analizar en la impugnación al laudo final.

Han de desestimarse ambos motivos de impugnación del laudo parcial dictado en 3 de diciembre de 2016.

CUARTO .- Cuestiones no sometidas a la decisión arbitral .

1 .- Al amparo del art. 41. 1 c) LA se alega que en el primer laudo parcial impugnado se decide sobre cuestiones no sometidas a su decisión, puesto que, a entender del demandante, nos encontramos ante una sumisión parcial a arbitraje, ya que el Protocolo familiar solamente se refiere a la solución de conflictos para el supuesto de posible paralización de los órganos sociales, pero no incluye en su ámbito la imposición de una cláusula de separación, que se encuentra en otro apartado del convenio arbitral.

La demandante "ESPAI" en el análisis de la cláusula arbitral entiende que se ha forzado su interpretación en relación con otras cláusulas -VIII. C y VIII.D en relación con la VIII. E- para las que no se encuentra previsto el arbitraje que queda delimitado para los supuestos de posible paralización de los órganos sociales y, en su



consecuencia, la implementación coercitiva de una cláusula de separación y exclusión de los socios no puede entenderse comprendida en el convenio arbitral, añadiendo que lo pretendido es que se debata en el Consejo de Familia, que luego vuelve a reiterar en otro motivo y que será objeto de examen en el FJ. 7º de esta resolución.

La contraparte "BALOO" afirma que la cuestión suscitada pertenece al ámbito objetivo del arbitraje y resulta plenamente ajustada a lo dispuesto en el art. 9 LA.

2.- Al respecto, el árbitro entiende -según el auto de aclaración al primer laudo parcial- que no debe entrar en si se ha producido o no una situación de bloqueo de la sociedad en el sentido del art. 363 LSC, sino en valorar -que resuelve afirmativamente- si se ha producido un empate en una decisión que no ha podido aprobarse sobre la forma de resolución de conflictos, sin perjuicio de declarar que una reiteración de empates puede desembocar en una situación de bloqueo, por lo cual, existe, a su entender, la controversia y se encuentra comprendida en el ámbito del convenio arbitral.

Dicha interpretación de lo convenido en el Protocolo familiar con fuerza obligatoria para las partes, se encuentra ajustada y no es arbitraria puesto que el convenio arbitral lo que pretende no es sino aceptar el laudo arbitral para "evitar la posible paralización de los órganos de una sociedad del grupo" y ello puede suceder cuando existe un conflicto que ESPAÍ también señalaba en la demanda deducida ante un Juzgado de 1ª Instancia -en este caso, sobre el incumplimiento del Protocolo familiar-, o bien cuando se produce una reiteración de empates que desemboca en una situación de bloqueo o paralización. Cuestión distinta es si el árbitro -excediendo de sus competencias- resuelve cuestiones distintas y diferenciadas a aquellas que regula el convenio arbitral al implementar la cláusula para la resolución de conflictos y la regulación de los mecanismos que pudieran incluso desembocar en la exclusión o separación de socios que también se encuentra previsto en la cláusula VIII- D y que no puede desconocerse ni aislarse de la resolución de conflictos que se establece en la VIII- E, pero como venimos señalando dichos mecanismos y su ajuste al orden público habrá de dilucidarse en la impugnación del laudo final, siempre que se haya desarrollado un procedimiento contradictorio sustanciado conforme a los principios de defensa, igualdad de partes y proscripción de la indefensión.

Nótese que en el Protocolo Familiar y en apartado relativo a "Incidencia del Protocolo en los Estatutos de las Entidades que integran el grupo empresarial Bon Preu" se establece que los Estatutos sociales de una sociedad anónima o limitada constituyen una parte del conjunto de instrumentos idóneos por medio de los cuales se ha planificar adecuadamente las soluciones relativas al funcionamiento de una sociedad familiar y, se añade, en este apartado, que las partes manifiestan de forma expresa su voluntad (pacto obligacional) de adaptar el contenido de los mencionados estatutos a las exigencias que se desprenden de este Protocolo. Y seguidamente se desarrollan diversos aspectos relativos a la información, representación, voto, derecho al dividendo y luego la modificación de los estatutos que permitan una razonable seguridad para los diferentes grupos familiar así como último remedio la inclusión de la separación y exclusión de los socios como mecanismo último (apartado D), añadiéndose que se tomarán las medidas para evitar los problemas que puedan producirse para evitar posibles empates técnicos y posible paralización de los órganos, en el apartado E, y se acepta un laudo arbitral que comprende, por tanto, mediante la interpretación sistemática efectuada -en forma no arbitraria por el árbitro- de que la modificación estatutaria para la resolución de conflictos ampare aquellas medidas que puedan producirse ante los empates técnicos en una sociedad en que, como dice el árbitro, en el primer laudo parcial impugnado, la posible paralización es consustancial a la estructura societaria (50 % del capital cada uno de los dos socios) y a la circunstancia producida de la votación divergente en Junta.

Ha de rechazarse el motivo.

QUINTO.- Vulneración del orden público procesal.

1.- El cuarto de los motivos de anulación del primer laudo parcial se fundamenta en la vulneración del orden público procesal -art. 41. 1 f) LA-.

Al respecto, se afirma que se ha interpuesto un procedimiento ordinario que se sigue en paralelo al proceso arbitral sobre la resolución del Protocolo familiar y la estimación de su pretensión dejaría sin efecto una hipotética imposición de un artículo estatutario de separación y exclusión de socios, a entender del demandante.

2.- Para resolver dicha cuestión hemos de tener presente que:

(a) Ante el Juzgado de 1ª Instancia num. 41 de Barcelona, ESPAÍ interpuso demanda que fue presentada con fecha de **15 de septiembre de 2015**, solicitando que se declare resuelto el Protocolo familiar con efectos *ex tunc* y más concretamente, si se considera oportuno, **desde la fecha del primer incumplimiento que se remonta al 15 de marzo de 2.007**, ordenándose a BALOO que no inste la solicitud de arbitraje, y para el supuesto de que no se estime la resolución del protocolo se declare, en forma subsidiaria, que como incumplimiento concreto del protocolo lo es que la parte haya instado solicitud judicial de arbitraje y, en su consecuencia, se le ordene a



que no inste dicha solicitud de arbitraje. Esta demanda se acompaña de petición de medidas cautelares en que previa audiencia de la demandada se insta que se abstenga BALOO de presentar requerimiento de someter la cuestión a arbitraje hasta que no recaiga sentencia firme sobre el incumplimiento y resolución del protocolo familiar y, subsidiariamente, para el supuesto de que se hubiera iniciado se acuerde su suspensión provisional hasta tanto no recaiga sentencia firme sobre el incumplimiento y resolución del protocolo familiar.

(b) **Con fecha de 20 de noviembre de 2.015** se dicta auto denegatorio de las medidas cautelares, al entender el Juzgador que no concurren los presupuestos legales para su estimación. Por auto de **18 de enero de 2017 y aclaración de 3 de febrero de 2.017**, se confirma la anterior resolución por la S. 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

3 .- Esta alegación se basa en el art. 41. 1 f), vulneración del orden público. Al respecto, hemos declarado en reiteradas resoluciones de esta Sala -SSTSJ Catalunya 45/2012, de 12 de julio, 27/2013, de 2 de abril, 3/2014, de 7 de enero y 50/2014, de 14 de julio, entre otras- que el orden público debe ser entendido como el conjunto de principios y normas esenciales que inspiran la organización política, social y económica de España, con inclusión desde luego de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, pero no sólo de ellos; el orden público opera en consecuencia como un límite necesario e imprescindible a la autonomía de la voluntad, a fin de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de los ciudadanos, el fundamento de las instituciones y la protección de los conceptos y valores inspiradores del sistema de democracia social constitucionalmente consagrado, límite que se impone también.

Por ello, el laudo arbitral no puede traspasar el orden público, y en caso que lo hiciera, aparece la posibilidad del control jurisdiccional de ese límite, a fin de garantizar que las decisiones arbitrales respeten ese conjunto de derechos y valores indisponibles. El TC (entre otras, STC 43/1986, 15 abril y ATC 116/1992, 4 mayo), sostiene que la cláusula de orden público se ha impregnado desde la entrada en vigor de la Constitución con el contenido de su art. 24 CE, lo que igualmente viene a ser recogido en el artículo 24 LA que establece la aplicación, para el procedimiento arbitral, de los principios de igualdad, audiencia y contradicción; así como también el de proscripción de la arbitrariedad patente, referida en el art. 9. 3 CE, si bien lo que la demandante **pone de relieve en su motivo es la existencia de una litispendencia o prejudicialidad que, a su entender, le afecta a su derecho a la tutela judicial efectiva y, por ende, al orden público procesal**.

Procederemos a su examen. Insiste la demandante que la falta de apreciación de la prejudicialidad civil, en este supuesto, derivada de la interposición de una demanda ante el Juzgado de 1ª Instancia num. 41 de Barcelona con solicitud de la resolución *ex tunc* del Protocolo. Caso de no suspenderse el arbitraje, afirma el demandante incide en su derecho a la tutela judicial efectiva si no se paraliza el arbitraje, nos conduce a la inobservancia del principio de economía procesal, del de seguridad jurídica y, en última instancia, del derecho a la tutela judicial efectiva que comportaría una infracción del orden público procesal.

4 .- El árbitro en el primer laudo parcial y en su aclaración señala, en síntesis, que no existe prejudicialidad civil puesto que no podrá entrar en contradicción con lo que se diga la sentencia al pronunciarse sobre la demanda que pende ante la jurisdicción ordinaria (civil) en el que se dirige el eventual incumplimiento y resolución contractual del Protocolo familiar.

Aparte de las motivaciones señaladas por el árbitro y en congruencia con la petición formulada por la recurrente relacionada con la existencia de prejudicialidad civil al existir pendiente de sentencia firme acerca de la pretensión formulada de resolución "*ex tunc*" del Protocolo familiar y la afirmación de que su estimación dejaría sin efecto una hipotética imposición de un artículo estatutario de separación y exclusión de socios, hemos de señalar que:

a) En el arbitraje rige un principio de intervención judicial mínima -art 7 LA-, salvo en los casos en que así se disponga.

b) En el arbitraje, los árbitros al decidir la controversia también deben resolver aquellas cuestiones prejudiciales no devolutivas que son antecedente lógico de su decisión, y

c) Respecto a la prejudicialidad -la devolutiva- alcanza solamente a los diversos órdenes jurisdiccionales hasta el punto que deben ser resueltos **por el mismo o por otro órgano jurisdiccional**, pues su estimación impide la resolución del asunto principal como se desprende de los arts. 42 (cuestiones prejudiciales no penales) y 43 (prejudicialidad civil) LEC. El art. 43 LEC señala que la prejudicialidad civil se produce cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de una cuestión que constituya, a su vez, el objeto de otro proceso pendiente **ante el mismo u otro Tribunal civil**, si no fuera posible la acumulación de autos. Por ello, en el proceso arbitral que no se sustancia ante un órgano jurisdiccional ni Tribunal civil no cabe la suspensión por prejudicialidad civil, ya que lo impide la propia literalidad de la redacción del art. 43 LEC en que se precisa que el otro proceso se encuentre pendiente ante el mismo u otro órgano jurisdiccional del orden civil.



Nótese que el arbitraje ni es jurisdicción ni se encuentra sometido, como señala la doctrina más autorizada, a las reglas procesales de la prejudicialidad civil que se produce cuando el asunto se encuentre pendiente, como decimos, **ante el mismo u otro Tribunal civil**. No obstante, ello no significa que no pueda suspenderse el arbitraje por prejudicialidad civil. En efecto, el arbitraje puede suspenderse por prejudicialidad civil, cuando ambas partes se encuentran de acuerdo para someter al árbitro dicha suspensión como si lo es por otro motivo como sería establecer un plazo para negociar.

Aparte de los supuestos precedentes de conformidad entre ambas partes, no procede la suspensión del proceso arbitral por prejudicialidad civil, ya que:

El art. 43 LEC se refiere a la pendencia del asunto en el mismo o distinto Tribunal, pero no cuando se encuentre pendiente un arbitraje. La obligación de los árbitros es cumplir un mandato como es el de resolver dentro del plazo, sin crear jurisprudencia ni contribuir a la uniformidad del ordenamiento jurídico, por lo cual, tampoco les resulta posible a los árbitros el planteamiento de otras cuestiones prejudiciales como son la constitucional o comunitaria.

La prejudicialidad solamente tiene sentido porque se concede a los Jueces de otro orden jurisdiccional la exclusividad de ciertas materias; y el arbitraje excluye toda jurisdicción, es decir, excluye el conocimiento de todos los órdenes jurisdiccionales de las materias que le han sido sometidas a arbitraje, con la excepcionalidad de la prejudicialidad penal y en un ámbito restrictivo. Así, en cuanto a la penal dado su carácter de orden público la cuestión puede ser distinta y presentar otra solución cuando p. ej se produce un requerimiento motivado de suspensión del Juez penal y/o el arbitraje se funda en un hecho delictivo.

No obstante, cabe cuestionarse si una vez concluido el proceso arbitral y dictado laudo final por el árbitro, deducida demanda de anulación contra dicho laudo ante un órgano civil (en nuestro caso, la competencia objetiva por razón de la materia radica en la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya), puede apreciarse litispendencia pues la doctrina precedente no sería de aplicación ya que son dos órganos del mismo orden jurisdiccional (Juzgado de 1ª Instancia y Sala Civil de Tribunal Superior de Justicia de Catalunya). Sin embargo, en el caso examinado, la respuesta es negativa, por cuanto:

a) En la demanda de anulación contra el laudo se examina el "juicio externo" del árbitro que ha decidido sobre la prejudicialidad civil -en sentido negativo-. A partir de ello, hemos de señalar que si realizamos un "juicio externo" sobre el pronunciamiento del árbitro respecto a la existencia de la prejudicialidad civil en el arbitraje será con las normas y criterios que deben aplicarse al proceso arbitral y, por tanto, nuestro juicio deberá ser ratificar o mantener el pronunciamiento del árbitro sobre si se podía o no suspender el arbitraje por prejudicialidad civil, lo que hemos resuelto en forma negativa, y

b) Asimismo, debemos desestimar la prejudicialidad civil una vez interpuesta la demanda de anulación del laudo ante la Sala Civil del TSJ Cataluña, puesto que por la aplicación del art. 7 LA queda excluida la intervención judicial en el arbitraje a salvo de los casos especialmente señalados por esta ley (por ejemplo art. 8 LA) ya que la iniciación del arbitraje comporta la renuncia a la intervención de los tribunales -cuando exista cláusula arbitral que corresponde "prima facie" su examen a los árbitros- y del que se desprende, según la doctrina más autorizada, a menos estas dos consecuencias: a) los jueces no pueden prohibir a las partes que inicien un arbitraje, y b) los jueces no pueden interferir en un arbitraje ya litispendiente.

Nótese que los jueces solamente pueden conocer el arbitraje después de dictar el laudo y por el cauce de la vía del recurso de anulación. Y en el caso examinado, si leemos el *petitum* de la demanda interpuesta resulta que:

- La petición principal de la demanda es la resolución "ex tunc" del Protocolo familiar y, en su consecuencia, se **ordene a BALOO que no inste la petición de arbitraje (o caso de considerarse que si se ha iniciado el procedimiento arbitral, en contra de lo que se sostiene esta parte -dice la demanda- lo desista por quedar resuelto el Protocolo con efectos ex tunc)** lo que contravendría el art. 7 LA. Nótese que como se recoge en el auto resolutorio de las medidas cautelares dictadas por el Juez de 1ª Instancia se habla de "pasividad" en la conducta del demandante quien afirmando que el Consejo de Familia se encuentra "desactivado" desde 2007, no solicitó la resolución del Protocolo sino hasta el momento en que este Tribunal accede al nombramiento de árbitro -tras la oposición de ESPAI- y con la finalidad, según se desprende del *petitum* de su demanda -deducida ante el Juzgado de 1ª instancia-, de "desactivar" el arbitraje. Se trata, en algún modo, de una técnica anglosajona llamada *anti-suit injunctions* o "*requerimiento de no demandar*" que son órdenes o requerimientos que emite un Juez, a instancia de una de las partes, prohibiendo iniciar un arbitraje u ordenándole desistir o suspender el iniciado. En derecho continental son vistas con desconfianza y por ello en el art. 7 LA se establece este principio de intervención mínima del Juez en que dispone que los asuntos que se rijan por esta LA no intervendrá ningún Tribunal, salvo en los casos en que ésta (LA) así lo disponga. Y el art. 43 no puede utilizarse con dicha finalidad.

- Y la segunda petición subsidiaria, para el caso de que no se acordara la resolución del Protocolo familiar se declare como "... *Incumplimiento concreto del Protocolo el que la parte demandada haya instado solicitud judicial de nombramiento de árbitro para imposición de una cláusula de separación sin haberse debatido previamente en Consejo Familiar. En virtud... y se le condene (a BALOO) que no inste la solicitud de arbitraje (o caso de considerarse que si se ha iniciado el procedimiento arbitral, en contra de lo que se sostiene esta parte -dice la demanda- lo desista por quedar resuelto el Protocolo con efectos ex tunc)* ".

Al igual que en la petición principal de la demanda deducida ante el Juzgado de 1ª Instancia, bien sea por el cauce de la resolución bien por el incumplimiento, se solicita la condena a BALOO a que no inste el arbitraje (o lo desista si se hubiera iniciado), con lo cual se puede deducir el contenido de esta técnica anteriormente señalada de la *anti-suit injunction* o " *requerimiento de no demandar* " que se produce, en el presente caso, cuando recaído nombramiento judicial de árbitro por este Tribunal, se presenta la demanda para que no proceda a la iniciación del arbitraje (se le oígue a desistir -a BALOO- si lo hubiera iniciado), instando luego, en el proceso arbitral, su suspensión por prejudicialidad civil que no procede admitir por ser contrario a dicho principio de intervención mínima, -art. 7 LA- según hemos motivado.

En su consecuencia, procede rechazar el cuarto de los motivos de anulación contra el primer laudo parcial.

SEXTO .- El procedimiento y actuaciones arbitrales han provocado indefensión por cuanto no ha sido posible hacer valer sus derechos a tenor de lo dispuesto en el art. 41. 1 b) LA, por ambigüedad y falta de precisión del *petitum* de BALOO.

1 .- ESPAI denuncia la falta de precisión de la controversia y ambigüedad en el *petitum* y más concretamente en cuanto desde el acta del inicio del arbitraje ya se puso de relieve la indefinición de la petición de BALOO, si bien se afirmaba por ésta que "... *la instante concreta el petitum y señala que esta parte va a solicitar que se condene a la demanda a implementar en los estatutos una cláusula de separación* ", aunque ello lo ha sido con posterioridad al laudo de trámite, por lo cual, no ha podido ejercer sus derechos en forma adecuada provocándole efectiva indefensión.

La demandada BALOO solicita la desestimación del motivo pues dicha concreción es inexistente, en tanto ya quedó reseñado por la STSJC 62/2015, de 30 de julio , sobre nombramiento de arbitro, el objeto de la controversia, además de los propios actos de ESPAI -como son derivados de la interposición de la demanda ante el Juzgado de 1ª Instancia num. 41 de Barcelona- también lo evidencian en cuanto reseña que lo que se trata de resolver es la inclusión de la cláusula de separación de socios, y solo es posteriormente en la aclaración del laudo cuando se suscita dicha cuestión.

2 .- El motivo de anulación deducido por ESPAI debe ser rechazado por los siguientes motivos:

a) En el procedimiento para el nombramiento de árbitro, este Tribunal en la STSJC 62/2015, de 30 de julio , ya puso de relieve que BALOO al describir el contenido de su demanda expresó claramente cuál era la controversia que pretendía someter a arbitraje, sin perjuicio de su concreción en la correspondiente instancia arbitral. La utilización del vocablo "... *tiene que ver. ...*" -en la citada STSJC 62/2015, de 30 de julio - con la implementación de mecanismos permanentes de resolución de conflictos no puede ser tomada con la literalidad que se pretende por ESPAI, pues lo cierto es que, desde un primer momento, y ESPAI es bien conocedora de ello la controversia gira en torno, precisamente, sobre la cuestión recogida en el Protocolo familiar relativa a la inserción en los Estatutos sociales de BON PREU HOLDINGS S.L. de un mecanismo de resolución de conflictos que eviten el bloqueo societario y entre ellos, uno relativo a la regulación de la separación y exclusión de socios -art. VIII del Protocolo familiar-. No puede afirmarse, con éxito, la señalada ambigüedad, puesto que desde el acta de inicio del arbitraje quedo patente, sin perjuicio de las modificaciones posteriores que a lo largo del proceso arbitral se han realizado, de la pretensión deducida por BALOO.

b) Por otra parte, si bien es cierto que las formalidades de demanda y contestación tal como son conocidos en el proceso civil -artos. 309 y 405 LEC- no son plenamente aplicables al proceso arbitral si que se requiere -desde un primer momento- que en los escritos introductorios del proceso arbitral quede patente y claro la descripción de la controversia y la pretensión que se formula para que el principio de defensa de la contraparte no quede vulnerado y se examine su arbitrabilidad que, en el caso examinado, hemos resuelto afirmativamente en el FJ. 3º.

Asimismo, en el presente caso, resulta que por actos propios, como señalaba BALOO en su oposición al primer laudo de trámite, su concreción no solo se desprende desde el inicio en el proceso arbitral sino también en otros procedimientos civiles que han entablado las partes y se refieren -caso de solicitud de medidas cautelares- a la suspensión del arbitraje que fue solicitada por ESPAI ante la eventual resolución arbitral de la inclusión de una cláusula de separación y exclusión de socios, y



c) En el primer laudo de trámite, ahora impugnado, al analizar la arbitrabilidad se señalaba -por el árbitro- que el conflicto se extiende al mecanismo que pretende BALOO se introduzca en los Estatutos con base en el Protocolo familiar a lo cual se da una respuesta afirmativa y, se añadía, que siempre a la vista de postura procesal de las partes también pudiera ser viable para evitar una posible paralización de la sociedad, la procedencia de una fórmula alternativa en tanto que la separación y exclusión de los socios ha de ser el mecanismo último para dar salida al posible conflicto y en la cl. VIII. B -que hemos analizado en el FJ.3 (epígrafe 3)- se establecía la conveniencia de que las modificaciones estatutarias permitan una razonable seguridad para los grupos familiares titulares del capital.

Por tanto, desde el inicio del arbitraje ha quedado patente el objeto de la controversia y el dato de la interposición posterior de la demanda o de su modificación durante el curso de las actuaciones -que será luego examinada- no comportan la afirmada indefensión inicial cuando lo cierto es que por actos propios de ESPAI ante los Tribunales civiles, y, en el acta de inicio del arbitraje, quedó determinado con la certeza exigible en el proceso arbitral sin ambigüedades, que su objeto era la inserción de un mecanismo de resolución de conflictos para superar situaciones de posible paralización de la sociedad. El modo y desarrollo de dicho precepto estatutario (art. 35 e) que se ha seguido y desarrollado posteriormente, incluso con la promoción de un incidente posterior y la interposición de una reconvencción, en forma subsidiaria, por ESPAI, así como la fórmula final solicitada por BALOO será objeto de análisis posterior; pero dicho lo cual la controversia resulta ser por la aplicación del art. VIII del Protocolo familiar y el modo de resolución de conflictos, mediante la inserción de un precepto en los Estatutos que luego analizaremos en sucesivos fundamentos tanto contra el segundo laudo de trámite (FJ.10) como contra el laudo final, procediendo, por ende, la desestimación de este motivo.

SEPTIMO .- El procedimiento arbitral no se ha ajustado a lo pactado en el Protocolo familiar que contiene la sumisión a arbitraje.

1 .- Al amparo del art. 41 d) LA se alega que el procedimiento arbitral no se ha ajustado a lo pactado por las partes en tanto que el Consejo de Familia regulado en el Protocolo sería el organismo concebido para la resolución de conflictos.

La contraparte se opone, pues, además, de los criterios de especialidad y lógica expuestos por el árbitro, añade que dicha cláusula no se refiere al caso examinado sino a supuestos de ejercicio de determinados derechos del socio concretados a los de información, representación o deliberación.

2 .- A modo de requisito de procedibilidad, ESPAI alegó en el inicio del arbitraje que no se ajusta a lo pactado por las partes, puesto que el desacuerdo en Junta de socios no se dirimió en el Consejo de Familia, afirmando que el Protocolo contiene una cláusula de resolución de conflictos de doble paso, primero, ante el Consejo de Familia, y solo posteriormente se " *acepta el laudo* " para su solución.

La inserción del afirmado requisito de procedibilidad no encuentra fácil encaje en el motivo denunciado -art. 41. d) LA- referido a que el procedimiento arbitral no se ha ajustado a lo acordado por las partes. Es decir, cuando la LA se refiere a que el procedimiento arbitral no se ha acomodado a lo pactado se relaciona con el desarrollo del arbitraje y su adecuación al marco del proceso justo. Ahora bien, la LA, antepone, en diversos preceptos, la cláusula de que " *salvo acuerdo en contrario de las partes* ", por lo cual, puede encajarse en la LA la alegación del afirmado " *doble paso* " siempre que las partes hubieren acordado, en el Protocolo, el arbitraje como segundo remedio y después de acudir al Consejo de Familia.

Sin embargo, la posibilidad de canalizar y resolver hipotéticos conflictos por el Consejo de Familia o, incluso, la aplicación de la alegación de la cl. VIII. B relativo al ejercicio de determinados derechos del socio individualmente considerados como los de información, representación, deliberación, voto o impugnación ha sido interpretado de una forma no arbitraria en el primer laudo de trámite, y dicha interpretación no puede ser corregida en esta sede cuando la efectuada por el árbitro resulta admisible y correcta entre las diversas posibles, puesto que la vía arbitral se encuentra prevista -con un criterio de especialidad, dice el laudo- para la evitación de posibles situaciones de parálisis sin que para ello y con carácter previo deba acudir al Consejo de Familia que resulta ser un órgano deliberativo de naturaleza paritaria igualmente dividido al 50 % y correspondiendo la mitad a cada una de los dos ramas familiares del grupo Bon Preu, pues además de dicho criterio de especialidad, nos recuerda también el Protocolo que es la Junta general el órgano de la sociedad donde los socios ejercen sus derechos -VIII. E-.

Por tanto, ha de rechazarse el motivo en tanto que no puede supeditarse el arbitraje a un paso previo ante el Consejo de Familia -que en la demanda interpuesta ante el Juzgado de 1ª Instancia se afirma se encuentra "desactivado" desde 2007. Aún cuando si bien con carácter general se alude a dicho órgano (en el Protocolo familiar) para solventar hipotéticos conflictos que pudiera surgir, se establece, con carácter especial y específico (criterio de especialidad, atinadamente aplicado por el árbitro) para evitar la posible paralización de



los órganos del grupo la aceptación del laudo arbitral. Aludir a un nuevo paso ante el Consejo de Familia como requisito de procedibilidad como motivo de anulación por no haberse ajustado las partes al procedimiento arbitral no merece sino una clara desestimación por las razones aludidas por el árbitro que no son arbitrarias. Nótese que en nuestro caso se afirmaba en la demanda deducida ante el Juzgado de 1ª Instancia que el Consejo de Familia se encontraba "desactivado" desde 2007 y que en el laudo arbitral se rechaza pues " *la paralización carecería de solución, toda vez que el Consejo de Familia tiene representación paritaria y adopta sus acuerdos por consenso (criterio de lógica)* " que se une al de especialidad afirmado. Por lo expuesto, no se precisa el "doble paso" señalado para la solución de los conflictos derivados de la posible paralización de los órganos sociales mediante la inclusión de una cláusula estatutaria, cuya procedencia será posteriormente objeto de examen en la resolución de los motivos de anulación contra el laudo final.

OCTAVO.- El procedimiento arbitral no se ha ajustado a lo pactado por las partes.

1.- Al amparo del art. 41. 1 d) LA se alega, finalmente, que la declaración contenida en el primer laudo de trámite sobre la posible " *falta sobrevenida de competencia*", es decir, la posibilidad de dejar abierta la solución de la arbitrabilidad para solventar la cuestión en función de la fórmula concreta que pueda plantear "BALOO" para superar una situación de conflicto incide en dicho motivo de anulación, al no haber quedado resuelta la cuestión competencial que se había propuesto con carácter previo. Y se añade que en el momento de resolución del primer laudo parcial se desconoce el "detalle" del petitum de BALOO.

BALOO, en su contestación, alegó que el árbitro ha dejado la "puerta abierta" en el primer laudo de trámite con la finalidad de que se analizara la arbitrabilidad de la concreta propuesta de cláusula estatutaria a un momento posterior, al no haberse aun presentado la demanda. Pero añade que quien solicitó que se abriera un incidente previo para la resolución de la arbitrabilidad fue ESPAI y, frente a sus alegaciones relacionadas con inexistencia de controversia, deducidas por ESPAI de: (a) que solamente se encontraba prevista dicha cláusula para situaciones de paralización, (b) que se ha faltado al presupuesto de procedibilidad antes reseñado del "doble paso" previamente ante el Consejo de Familia, y (c) que la cláusula de arbitraje no era clara, se han desestimado todas ellas congruentemente, y, en su consecuencia, no puede afirmarse que no se ha resuelto sobre la arbitrabilidad.

2.- La alegación de ESPAI parte de una premisa que ha de rechazarse como sería una " *petrificación* " de la petición de BALOO y la imposibilidad de ser modificada, dentro de los límites señalados por la LA.

El árbitro en el primer laudo de trámite se pronuncia sobre la arbitrabilidad de la controversia y solo por ello habría de ser rechazado el motivo pues pactado en el acta de inicio que se abrió un trámite incidental para resolver la cuestión competencial con carácter previo, hemos visto y analizado como ello fue objeto de resolución en el primer laudo parcial y luego aclarado en el de fecha 8 de enero de 2016. Se señala, en la aclaración, sobre la supuesta falta sobrevenida de arbitrabilidad y sobre cuál sería el concreto criterio del árbitro para no admitir la arbitrabilidad de una propuesta de la adversa que: (a) Al resolverse el primer laudo parcial ni siquiera se había culminado con la fase de alegaciones (demanda y contestación); y (b) No forma parte de la controversia saber cuándo el árbitro no admitirá otra propuesta por las partes ya que lo único planteado en éste primer laudo de trámite lo era respecto a la petición inicial.

Cierto es que luego ha sido modificada la propuesta del art. 35-c, como veremos, pero en aquél momento se desconocía ni tampoco se podía examinar la *mutatio libelli* o incluso la reconvención luego deducida. Por tanto, siendo que en el primer laudo arbitral se examinaba concretamente la arbitrabilidad denunciada y expuesta en el acta de inicio, ello ya quedó efectivamente resuelto y no puede afirmarse, con éxito, que se ha vulnerado el pfo.d del art. 41. 1 LA.

Al efecto, debe tenerse presente que el árbitro no podía pronunciarse en este primer laudo de trámite sobre una cuestión como la petita finalmente deducida - cuya arbitrabilidad o incongruencia, ya examinaremos- y la supuesta indefensión o cualquier otro quebrantamiento de los derechos de las partes al proceso justo que serán resueltos al analizar los motivos de anulación contra el laudo final.

En definitiva, no se ha faltado por el árbitro al procedimiento pactado por las partes, pues el árbitro ha resuelto en congruencia con lo planteado en el acta de inicio del arbitraje y su arbitrabilidad, siendo que el inciso sobre "formulas alternativas" (reseñado en el laudo) pueden encajar otras soluciones que se amparen en el art. 29 LA y que será objeto de análisis en el FJ. 10 de la presente resolución al resolver uno de los motivos de anulación contra el segundo laudo parcial.

Ha de rechazarse el motivo y, en su consecuencia, en su integridad la totalidad del primer laudo parcial de trámite.

II- DEMANDA DE ANULACION CONTRA EL SEGUNDO LAUDO PARCIAL DE TRAMITE DE 6 de junio de 2016.

**NOVENO. - Modificación de la demanda. Falta de cláusula arbitral .**

1 .- Al amparo del art. 41. 1 a) LA, se solicita la nulidad del segundo laudo parcial por inexistencia de convenio arbitral, puesto que se afirma, en síntesis, que no se puede imponer por vía arbitral un "segundo" petitum, es decir, tras la modificación de la demanda, una cláusula estatutaria que conforma una *mutatio libelii* proscrita en el procedimiento arbitral.

Hemos de rechazar dicho motivo, pues la vía incidental abierta tras la modificación de la demanda de BALOO fue efectuada con audiencia de ambas partes y con respeto a los principios de igualdad y defensa.

Ya señalamos en el FJ. 3º de esta resolución que no estamos ni ante un arbitrador ni tampoco como entiende ESPAI que el árbitro confunda el arbitraje con una mediación. El árbitro, al realizar la apertura de la vía incidental, ha dado cauce oportuno para que las partes realizaran las oportunas alegaciones sobre el contenido de dicha cláusula para la resolución de conflictos. La modificación de la demanda que luego examinaremos, no resulta óbice para que, con carácter previo, se estime que las peticiones de las partes en sus diversas alegaciones así como la que finalmente ha sido deducida por BALOO se encuentra como una de las posibles en el ámbito del convenio arbitral para la resolución de conflictos.

Ha de rechazarse el primer motivo de impugnación del segundo laudo parcial dictado por el árbitro.

DECIMO.- Modificación de la demanda. Indefensión y falta de concreción del petitum .

1 .-Al amparo del art. 41. 1 b) LA, por cuanto el segundo laudo parcial que admite la *mutatio libelli* genera indefensión impidiendo a ESPAI hacer valer sus derechos. Así como los apartados 1b) y 1f) del art. 41, por falta de concreción del petitum a lo largo del procedimiento.

El art. 29. 2 LA dispone que " *Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho*".

Ha de recordarse que la LA parte del principio del principio de autonomía de la voluntad, como señala su Exposición de Motivos, y establece como únicos límites el derecho de defensa y el principio de igualdad que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es. Garantizados estos límites, continua la EMot LA, las reglas sobre el procedimiento arbitral son dispositivas y conforme a ello la función de la demanda y contestación a que se refiere el art. 29 LA no es otro que ilustrar a los árbitros sobre el objeto de la controversia, sin perjuicio de alegaciones ulteriores que se admiten con la excepción -ampliando o modificando la demanda- que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho.

Asimismo, el Reglamento de la CNUDI modificado en 2013, para aquellos procedimientos arbitrales internacionales (UNCITRAL) en su art. 22 establece:

Artículo 22 En el transcurso de las actuaciones, una parte podrá modificar o complementar su demanda o contestación, inclusive formular una reconvencción o una demanda a efectos de compensación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación o ese complemento en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiere causar a otras partes o cualesquiera otras circunstancias. Sin embargo, una demanda o una contestación, incluida una reconvencción o demanda a efectos de compensación, no podrán modificarse ni complementarse de manera tal que la demanda o la contestación modificadas o complementadas queden excluidas en el ámbito de competencia del tribunal arbitral

Por tanto, también en el ámbito de los procedimientos arbitrales internacionales se admite una modificación de demanda a salvo de la demora y se añade, con acierto, que todo ello será admisible siempre que la ampliación de la demanda o contestación modificadas o complementadas no queden excluidas del ámbito de competencia del Tribunal arbitral.

En su consecuencia, hemos de examinar tres extremos:

(a) *Sobre la inclusión de la modificación de la demanda en el convenio arbitral.*

(b) *En relación con el peligro de demora, y*

(c) *Respecto a la vulneración de los principios de igualdad y defensa por la falta de concreción del petitum durante el procedimiento.*

2 .- En el primer aspecto, la modificación de la demanda no trae consigo ninguna ampliación que no se encuentre en el ámbito del convenio arbitral, como hemos señalado en el precedente fundamento, y se limita a concretar determinados aspectos que hacen referencia, entre otros, en síntesis, y a grandes rasgos, a las materias que son el objeto de bloqueo, al período de negociaciones, a la composición del Comité de Escisión o la concreción de mecanismos de separación de socios.



En el segundo, el peligro de demora no consta vulnerado, pues no ha impedido a la contraparte actuar en defensa de sus derechos, abriendo un incidente a su instancia y realizando las oportunas alegaciones.

Y la indefensión -como dice el árbitro- no consta ni tampoco se conculca la igualdad de ambas partes, puesto que el incidente se ha desarrollado dando a las dos partes igualdad de oportunidades para efectuar alegaciones, como se pone de relieve en el segundo laudo de trámite de 6 de junio de 2.016.

Por último y, en tercer lugar, la modificación de la demanda tampoco vulnera los artos. 41 .1 b) y 41. 1 f) LA, en cuanto el recurrente ha podido hacer valer sus derechos ante la modificación de demanda y la misma no contraviene el orden público al que se ajusta puesto que se respeta la igualdad entre las partes y el derecho de defensa para deducir esta modificación de la demanda. Ni ha supuesto para ESPAI una confusión de pretensiones pues, en todo momento, ha tenido constancia de la controversia y lo que ha realizado, dentro de los medios de defensa que podía actuar en el proceso arbitral fue efectuar consideraciones sobre la oportunidad del arbitraje y la oposición a la inclusión de la cláusula, sin que ello haya comprometido el objeto de la controversia que versaba sobre dicha inclusión y su alcance del que ha tenido conocimiento y podido debatir la sociedad actora.

Por lo expuesto, procede rechazar este segundo motivo contra el segundo laudo de trámite.

DECIMOPRIMERO .- No motivación de temeridad en la no imposición de costas a BALOO en el segundo laudo parcial .

Al amparo del art. 41. 1 f) LA, por la falta de motivación de la temeridad de BALOO en la condena en costas.

Sostiene el recurrente que la *mutatio libelii* que se impugna refleja mala fe y temeridad, por lo cual, su no apreciación y falta de condena en costas a BALOO debe estimarse al amparo del ordinal 1. f) del art. 41 LA.

Ha de rechazarse el motivo por cuanto:

(a) La impugnación del laudo parcial es rechazada y la conducta de la contraparte no puede estimarse temeraria cuando ha sido estimada su petición de modificación de demanda, y

(b) Respecto a la motivación arbitraria y la contravención del orden público en el pronunciamiento arbitral sobre las costas, hemos declarado (vid por todas STSJ Cataluña 50/2014, de 14 de julio), que ya se adopte una conceptualización amplia del orden público que incluya la vulneración de las normas de " *ius cogens* ", ya se parta de un concepto más estricto que incluya sólo la infracción de derechos fundamentales y libertades públicas, no cabe un concepto de orden público que pueda tener un significado tan amplio que permita que, a través de él, se pueda hacer valer cómo anulación del laudo arbitral cualquier infracción, que tampoco se ha producido, al motivar el arbitro su condena en costas de una forma y con un contenido que no resulta arbitrario, atendida la estimación de la petición de modificación de demanda; no siendo procedente que dentro del concepto de orden público se pueda hacer valer como motivo de oposición cualquier infracción legal que se haya producido al motivar la condena en costas, y si se ha incurrido, a falta de convenio, en una aplicación incorrecta de las normas de derecho procesal. Nótese que no resulta procedente, como sucede con el resto de los motivos de anulación, entrar a valorar el mayor o menor acierto en la determinación de la condena en costas ni si sería o no adecuado en función del grado de estimación o desestimación de sus peticiones cuando resulta que precisamente la oposición de ESPAI es la que ha sido rechazada.

Ha de desestimarse el tercer motivo contra el segundo laudo de trámite y, en su consecuencia, se confirma el mismo en su integridad.

III- DEMANDA DE ANULACION CONTRA EL LAUDO FINAL de 14 de octubre de 2.016 y auto de aclaración de 8 de noviembre de 2.016.

DECIMOSEGUNDO .- Caducidad de la acción. Inexistencia de cláusula arbitral resuelta en el laudo final. .

1 .- En forma preliminar al examen de los motivos de anulación planteados por ESPAI, hemos de resolver la primera de las cuestiones opuestas por BALOO en la contestación: **CADUCIDAD DE LA ACCION** al haberse interpuesto la demanda de anulación fuera del plazo legal de dos meses. Al respecto, hemos de señalar que el laudo de aclaración es de fecha 8 de noviembre de 2.016 y la demanda de anulación se presenta el día 9 de enero de 2.017 (el día 8 era domingo), si bien consta una notificación por correo electrónico a ambas partes el día 7 de noviembre, es decir, con anterioridad a la fecha del laudo de aclaración a partir del cual se computa el plazo de dos meses.

En la STSJCatalunya 66/2015, de 28 de septiembre, declaramos que:

"... Por su condición de tal y al hallarse fijado por meses, dicho plazo debe computarse de fecha a fecha, según lo previsto en el art. 5 CC , debiendo iniciarse su cómputo el día siguiente al de la recepción de la notificación o



comunicación del laudo (art. 5.b LA), sin excluir el mes de agosto -a este respecto véanse, entre otras menos recientes, las SSTs 1ª 171/2010 de 15 mar. FD2, 645/2010 de 21 oct. FD3, 837/2010 de 9 dic. FD1 y 233/2011 de 29 mar. FD2, así como el ATS 1ª 15 feb. 2011 (rec. nº 28/2010)-, que únicamente es inhábil a efectos procesales (art. 183 LOPJ), como tampoco los días festivos, sin perjuicio de considerar prorrogado el plazo hasta el primer día laborable siguiente, si el último fuera festivo en el lugar de recepción de la notificación o comunicación (art. 5.b LA), incumbiendo a la parte que demanda la anulación del laudo la alegación y la acreditación de la observancia del plazo en el ejercicio de dicha acción y, en especial, la del "dies a quo" (ATS 1ª 4 dic. 2012 -rec. nº 26/2012- y STS 1ª 43/2013 de 6 feb. FD3).

Por tanto, en el caso más desfavorable deberíamos computar como día inicial el día 8 de noviembre de 2.016 y como el día 8 de enero de 2.017, era festivo, podía presentarse, como se hizo, el día 9 de enero de 2.017 y, en su consecuencia, ha de desestimarse la caducidad opuesta por BALOO.

2.- Al amparo del art. 41. 1 a) LA, ESPAI plantea el motivo de anulación por inexistencia de cláusula arbitral.

En el laudo final se señala, al resolver finalmente sobre la existencia o no de cláusula arbitral para la resolución del conflicto, tras la modificación de la demanda, mediante una interpretación sistemática del Protocolo -cl. VIII. D y E- que:

"... Una interpretación sistemática de ambas cláusulas, que sea lógica y que sea racional, nos conduce inevitablemente a concluir que fue voluntad de los socios:

- 1) *Que se incluyera una regulación adecuada del mecanismo de separación y exclusión de los socios.*
- 2) *Que dicho mecanismo tuviere la consideración de mecanismo último para dar salida a posibles conflictos entre los socios.*
- 3) *Que el mecanismo correspondiera adoptado a los socios, mediante los pertinentes acuerdos a adoptar en el seno de los órganos sociales.*
- 4) *Que para cuando ello no fuera posible, las partes se manifiestan contestes en aceptar un laudo arbitral ..."*

Para concluir que:

"....Ahora bien, no debemos confundir las cosas. Lo que ha de ser un mecanismo último es el proceso de separación y exclusión de los socios, pero no la previsión estatutaria del mecanismo, que responde a un mandato del Protocolo. Otra cosa es que su puesta en práctica actúe efectivamente como mecanismo último, es decir cuando no sea posible el mantenimiento del statu quo.

Sobre esta base, no podemos estar de acuerdo en que un mecanismo último requiera de un mecanismo previo, según pretensión de ESPAI. El principio de la buena fe y la prohibición del abuso del Derecho y del fraude de ley es lo que ha de impedir que el mecanismo último deje de ser serio, mas no la existencia de un mecanismo previo sobre el que las partes nada han previsto. Por otro lado, la exigencia de una razonable seguridad para los grupos familiares titulares del capital, que el Protocolo también demanda, ha de contribuir asimismo a reforzar la idea de "mecanismo último". En definitiva, el mecanismo será mecanismo último cuando su activación se produzca a partir de que cada uno de los dos socios plantee alternativas distintas y contradictorias sin posibilidad de consenso -debe recordarse que, para que exista conflicto entre dos personas, basta con que uno no quiera alcanzar un acuerdo de manera fundada-, sobre aspectos concretos de una especial trascendencia para la marcha de la Sociedad, y además que tenga un contenido que permita una salida - que en ningún caso beneficie a una de las dos partes en perjuicio de la otra...."

".....En definitiva hay un compromiso de naturaleza obligacional para regular el mecanismo, porque así lo quisieron las partes al firmar el Protocolo, y deben estar y pasar por esta declaración o, lo que es lo mismo, deben atenerse a las consecuencias de la misma, en la medida que dichas consecuencias no sean contrarias a la Ley o al orden público, o si se quiere, para seguir la pauta marcada por el Código Civil: a la buena fe, al uso y a la ley...."

3.- ESPAI frente a ello alega que tanto en los laudos parciales como en el laudo final adolecen del mismo vicio, es decir, se asientan sobre la base de que la cláusula contenida en el Protocolo de Familia no otorga competencia alguna al árbitro y, al margen del examen inicial que ya se realizó por este Tribunal Superior de Justicia, el redactado de la cláusula parece llamar a un tercer arbitrador en lugar de un árbitro para la resolución de un conflicto mediante un procedimiento arbitral (o como máximo, a una promesa a negociar o pactar una cláusula compromisorio). Y además, añade, entre otras alegaciones en este motivo que esta parte -ESPAI- se ha visto obligada a presentar una reconvenición con carácter subsidiario ya que no estamos ante una controversia, sino más bien ante una diferencia de opiniones. Por último, señala, que en el laudo final el árbitro ha asumido más bien las funciones de un arbitrador que la de un árbitro al acordar la imposición de un precepto estatutario que no se encontraba prevista en el Protocolo fuera sometida a arbitraje.



BALOO en su contestación, se remite a todo lo alegado previamente en las respectivas contestaciones a las demandas contra el primer y segundo laudo parcial y señala que el laudo ha resuelto congruentemente con el convenio arbitral para evitar la posible paralización de los órganos que se desarrolla en un ámbito contractual respecto a la implementación de una cláusula de separación y exclusión.

4.- Para evitar reiteraciones debemos, en primer lugar, remitirnos a lo resuelto en esta sentencia en los FJ. 3º y 9º.

En síntesis, afirmamos respecto a la llamada a un arbitrador en lugar de un árbitro -en el FJ. 3-4º- que no es tal, puesto que no se trata de dejar a una tercera persona la determinación de la cosa (precio, en el art. 1447 CCiv) sino solventar la resolución de conflictos, puesto que hay un convenio arbitral y existe el conflicto como se motiva en el FJ. 16 de la presente resolución. Ello no significa que la situación se encuentre "bloqueada" sino que ESPAI no cumple con el Protocolo familiar al negarse a su inclusión en los Estatutos, de un mecanismo de resolución de conflictos para evitar la posible paralización de los órganos sociales (cl. VIII. E, del Protocolo familiar). Señalamos en el F. 3º-5, que para ello se ha realizado una interpretación correcta, no arbitraria y sistemática de los epígrafes C), D) y E) de la cl. VIII Protocolo familiar para la debida inclusión de dicha cl. 35-e, con la finalidad que permita una razonable seguridad para los grupos familiares ante una situación de conflicto. No es simplemente una diferencia de opiniones - como aduce ESPAI- sino una controversia dimanante de su negativa para la inclusión de dicha cláusula que es un mecanismo de solución en el cual la exclusión y separación de los socios es una última *ratio*. Nótese que en el artículo implementado a tenor de la parte dispositiva del laudo se prevé sobre las materias que se enumeran, en primer lugar, un período de negociaciones, luego un derecho de separación, posteriormente, el proceso de escisión y los mecanismos de separación por propuesta de los socios. Y la interpretación del convenio debe realizarse con la debida flexibilidad, entre la que resulta posible una interpretación sistemática e integradora como la realizada por el árbitro:

"La validez del convenio arbitral se rige por las mismas normas de los contratos sin que sean precisos requisitos distintos, o más rígidos que los exigidos con carácter general en el art. 1261 CC, y no pueden pedirse otros a pesar de que el arbitraje sea la huida de la intervención judicial. En materia de derecho dispositivo, al Estado le es indiferente que el conflicto entre particulares se resuelva por árbitros o por Jueces, y en esas condiciones exigir un plus de rigor en sus requisitos está fuera de lugar; el principio de libertad que preside la opción por el arbitraje o por la vía judicial debe ser respetado con todas sus consecuencias. Es más la lectura del art.9 LA, y abstracción hecha de principio de separabilidad entre el convenio arbitral y el contrato donde se incluya, nos lleva a pensar que la Ley es muy poco exigente. Permite la validez del convenio arbitral por referencia, o por alusión, o incluso por admisión tacita cuando en demanda se haga referencia a el y no se niegue en la contestación. En estas condiciones de flexibilidad, mal puede afirmarse que los requisitos del art.1261 CC deben exigirse con mayor pulcritud cuando se trate de convenio arbitral." (SAP Madrid 16 junio 2006).

Respecto a que ESPAI se ha visto forzada a presentar una reconvencción recordemos que la presentación o no de dicha petición era una opción de ESPAI, aunque pudiera el árbitro considerar o no su conveniencia, pero, en todo caso, ESPAI no puede alegar, con éxito, que se le "obliga" o "fuerza" a realizar una petición reconvenccional, aunque lo fuera en forma subsidiaria, cuando la efectúa dentro del marco procesal del proceso justo. Que no haya sido acogida su petición en el laudo final era una de las posibles opciones que tenía el árbitro y cuya congruencia o no también dilucidaremos en el F. J. 13º.

Por lo expuesto, procede rechazar el motivo.

DECIMOTERCERO.- Los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. Incongruencia extra-petita del laudo final.

1.- ESPAI alega con fundamento en el art. 41. 1. c) que si partimos, como realiza la demandante, de la ausencia de cláusula arbitral para incluir una cláusula de separación de socios, el laudo final incurre en defectos que se basan en que el árbitro ha resuelto sobre dos cuestiones que no se encontraban sometidas a su decisión como son:

(a) Aún apreciándose la existencia de convenio arbitral, solo puede aceptarse una **sumisión parcial al arbitraje** en tanto que el Protocolo familiar solamente "acepta el laudo" para un supuesto muy concreto como era el supuesto de posible paralización de los órganos sociales, lo cual no se ha producido en el caso examinado. Antes bien, ha sucedido todo lo contrario ya que si tenemos presente los datos de facturación del grupo BON PREU y ello es evidente y notorio a través de los medios de comunicación, en el año 2.015, fue de casi 1.000.000.000 de euros, un 11 % más que en la anualidad precedente.

Por tanto, la cláusula VIII. D se encuentra fuera de la VIII. E del Protocolo familiar y no puede comprender el arbitraje. Siendo de reconocer que si bien esta parte - ESPAI- formulo reconvencción lo fue de modo subsidiario



y a los meros efectos de defensa pues basada la demanda en la separación del socio con la aplicación de lo que se denomina un "pacto andorrà", es decir, con una subasta cerrada ante Notario al mejor postor, la demandada quería aprovecharse de las asimetrías para apropiarse a precio de derribo de las participaciones de su hermano (el otro 50%).

(b) Se incurre asimismo, en incongruencia extra-petita, puesto que el art. 35-e, que se recoge en el laudo final no se contempla en ninguno de los tres petitum de BALOO ni tampoco en la reconvencción de ESPAI.

Y ello se desarrolla, según la demandante, en tres puntos que ninguno de ellos fue debatido por las partes y, por ende, faltó el árbitro a la debida congruencia:

(a?) *En el art. 35 B. a) del laudo final se incorporaron extremos no solicitados como el supuesto de nombramiento de auditores en caso de desacuerdo sobre el valor razonable de las participaciones sociales.*

(b?) *En la fase propiamente del ejercicio de derecho de separación que tiene lugar tras el período inicial de negociaciones, se permite en el laudo final el ejercicio simultáneo de dicho derecho, sin dar solución a que el socio no interesado en cumplir con la obligación -adquirir las acciones del otro socio- puede iniciar formalmente el proceso de separación para blindarse del compromiso, contra lo argumentado por esta parte que debe llevar a la venta del Grupo, y*

(c?) *Haber rechazado medidas previas solicitadas por ESPAI en la reconvencción, con la finalidad de que este mecanismo de separación fuera un último remedio, como se señala en el Protocolo familiar, afirmándose por la contraparte que se trata de un allanamiento parcial a la cláusula propuesta lo que no ha sucedido.*

BALOO señala respecto a ambos extremos que no existe motivo para afirmar respecto a la sumisión parcial que no exista una paralización de los órganos, y ello es evidente que puede producirse dado que existen dos socios con un 50 % cada uno de ellos. Y en relación con la incongruencia extra petita, se afirma, que a ESPAI le ha precluido la facultad de solicitarla al no haber deducido un previo complemento conforme a lo dispuesto en el ar. 39. 1 d) LA y el árbitro no introduce ninguna cuestión nueva limitándose a una combinación de las peticiones deducidas por ambas partes en la demanda y reconvencción.

2.- Con carácter previo a la resolución de las dos cuestiones que abordamos en este fundamento, hemos de tener presente como declaramos en la STSJC 62/2015, de 30 julio (FJ, 3º), al proceder al nombramiento de árbitro único, que "... el Protocolo Familiar, indisolublemente unido a la realidad de la empresa familiar, es un instrumento que regula las relaciones entre los miembros de la familia y la empresa en la que aquellos participan de forma exclusiva o fundamental. Su origen puede encontrarse en los países de tradición anglosajona y le ha sido dada carta de naturaleza entre nosotros por el Real Decreto 171/2007 de 9 de febrero, que lo define como "aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad". Es indiscutible, por tanto, su naturaleza contractual, conforme a los arts. 1254, siguientes y concordantes del CC, de manera que solo producirá efecto entre las partes que lo otorgaron y sus "herederos", término que incluye a los adquirentes por actos inter vivos (STS1 597/1997 de 30 jun . FD7), salvo, en cuanto a estos, en el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no fueren transmisibles (cfr. art. 1257 CC), lo que no es el caso de autos. ..."

Al respecto, el alcance de la autonomía de voluntad de los socios tanto en las SA como en las SL ha de completarse con la potestad reconocida en el art. 28 de la Ley de sociedades de capital (LSC, en adelante) que dispone "En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido", por lo cual los socios pueden ejercer dicha autonomía dentro de los límites marcados por la ley y por los principios del régimen jurídico del tipo social correspondiente.

En concordancia con ello el citado RD 171/2007, de 9 de febrero indica en su Preámbulo que además de regular la citada publicidad de los protocolos familiares, ha pretendido " una actualización reglamentaria de las normas relativas a cláusulas o reglas organizativas en relación a órganos sociales, cláusulas restrictivas de la transmisión de participaciones sociales y en general se dota de instrumentos que faciliten la autonomía negocial en este ámbito" y la más autorizada doctrina en lo relativo a las denominadas cláusulas dirigidas a permitir o provocar la pérdida de socio señala que en situaciones de tensión o enfrentamiento, no es probable que los socios lleguen a un acuerdo sobre las condiciones de salida de uno de ellos, por lo que la previsión anticipada de causas de separación y exclusión constituye una de las posibles herramientas imprescindibles. Se añade que conforme a lo dispuesto en el art. 347 LSC se permite que en los Estatutos puedan establecerse otras causas de separación distintas a las establecidas en esta Ley, con lo cual, se ha puesto fin a un debate doctrinal sobre la admisibilidad o no de pactar nuevas causas de separación que podrá extenderse a la SL, para que con



el consentimiento de los socios puedan introducirse, modificarse o suprimirse, lo que se desprende del art. 351 LSC en que se dispone que "... *En las sociedades de responsabilidad limitada, con el consentimiento de todos los socios, podrán incorporarse a los estatutos causas determinadas de exclusión o modificarse o suprimirse las que figurasen en ellos con anterioridad*". A tales fines, se señala que el protocolo familiar desarrolla una función esencial de planificación, con la pretensión de coordinar los intereses familiares con los estrictamente empresariales y como en el de autos se abordan cuestiones diversas relacionadas con la estructura de la sociedad o grupo familiar y en la medida en que se pretenda influir en la esfera social de la sociedad podrán asimilar el protocolo familiar a los pactos parasociales con los efectos señalados en el FJ. 3º epígrafe 5º anteriormente referido sobre la vinculación de los mismos entre los firmantes del pacto parasociales y la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos.

3- Establecida afirmativamente dicha posibilidad y teniendo en cuenta siempre que el arbitro ha de resolver un conflicto para lo cual " *se aceptará un laudo arbitral*" en el Protocolo familiar suscrito entre los litigantes, hemos de tener presente que por el cauce de los excesos o equivocaciones padecidas por los árbitros en la delimitación de la controversia, conforme los criterios de la doctrina más autorizada y jurisprudenciales establecidos - STS S. 1ª 13 de junio de 1985 (con cita de las de 27 de abril de 1981 , 25 de octubre de 1982) y 17 de julio de 1990 , entre otras), puede señalarse a los efectos de la resolución de la afirmada sumisión parcial a arbitraje opuesta por ESPAI, que:

(a) Los árbitros no se encuentran obligados a interpretar restrictivamente los límites objetivos del convenio arbitral. Y para la determinación de dichos límites, el convenio arbitral debe tenerse en cuenta en su conjunto, no aisladamente, sino en relación con los antecedentes que explican su finalidad y objetivos, y

(b) La revisión que procede examinar en la anulación del laudo es un juicio externo, no relativo al fondo, sin que sea posible confundir las extralimitaciones objetivas del árbitro con los criterios aplicados por éste para pronunciar y fundamentar el laudo de tal modo que si bien no pueden sobrepasar los límites objetivos del convenio, tampoco se encuentran obligados a interpretarlos con demasiada restricción.

Aplicando todo ello a la afirmada sumisión parcial a arbitraje que la demandante entiende que no se ha dado el supuesto de hecho de paralización de órganos sociales de BON PREU, hemos de concluir, conforme hemos reseñado precedentemente, que tal interpretación no tiene en cuenta que existe un conflicto, que dicho conflicto también es hábil para resolver sobre la regulación adecuada de la separación y exclusión de socios para dar salida a los mismos y con ello permitir una razonable seguridad a los diferentes grupos familiares que formen parte del capital de las sociedades afectadas, como se desprende de una interpretación integradora de las diversas cláusulas contenidas en el mismo y así lo ha recogido el árbitro en el laudo final, extremo que debe confirmarse rechazando el primer submotivo de este extremo de la demanda de anulación contra el laudo final.

Por otra parte, el dato de que se haya presentado una demanda inicial, posteriormente modificada, así como una reconvencción aun cuando lo sea de forma subsidiaria, permite al árbitro resolver la controversia dentro de los límites objetivos del convenio pero efectuando una interpretación sistemática que aparece reflejada en el laudo final y que procede confirmar.

4 .- Examinando la incongruencia extra petita que es denunciada en los extremos anteriormente señalados, según la demanda de anulación deducida por ESPAI, hemos declarado a tales efectos en las SSTSJ Cataluña 46/2011, de 24 de octubre , 15/2013, de 25 de febrero , 33/2013, de 29 de abril , 56/2013, de 7 de octubre y 40/2014, de 14 de julio , entre otras, que la congruencia, como motivo de nulidad de laudo arbitral, regulado en el art. 41. 1 c) LA, ha de ser analizada teniendo presente el convenio arbitral y las alegaciones realizadas por las partes en el proceso arbitral, debiéndose resolver conforme a la obligada flexibilidad que preside el señalado proceso arbitral.

A estos efectos, señalaba la demandante, que el art. 35-é que se recoge en la parte dispositiva del laudo final no se encuentra comprendido en ninguno de los petita de las tres demandas sucesivas realizadas por BALOO ni tampoco en la reconvencción de ESPAI, sino que se trata de una combinación de todos ellos e incorpora soluciones no debatidas en el proceso.

Ya declaramos en la STSJC 53/2015, de 9 de julio, que cuando se trata de cuestiones que no han sido solicitadas y por ello concurre una extralimitación del laudo ha de ser instado previamente el complemento del laudo:

" La incongruencia extra petita se produce cuando se concede alguna "cosa" que no ha sido solicitada en la demanda, lo cual ha sido alegado por el ordinal c) del art. 41. 1 LA, o sea, "que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión" siendo de añadir que, con carácter previo, caso de concurrir un defecto de "extralimitación parcial del laudo" ha de instarse el complemento del laudo de conformidad con el art. 39 LA.."

Y añadíamos que:



"....., de conformidad con reiterada doctrina constitucional y jurisprudencial (S. 1ª TS) para que el desajuste entre el fallo y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones tenga trascendencia, con incidencia en derechos como los de defensa, contradicción y tutela judicial efectiva es preciso que ello suponga una modificación sustancial del objeto procesal con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio (STC 3/2011, de 14 de febrero y 205/2004, de 20 diciembre). Téngase presente que la congruencia no exige una correspondencia absolutamente rígida debiendo adecuarse racionalmente a las pretensiones deducidas, siendo admisibles pronunciamientos complementarios del juzgador no pedidos por las partes, pero sí encaminados a facilitar la ejecución del fallo o a evitar nuevos pleitos, y si bien los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están obligados a interpretarlos con demasiada restricción, apartándose de la misión amistosa que se les confía - STS (S. 1ª) 9 octubre de 1984 , 17 septiembre 1985 y 17 de junio de 1987 -.

... En cualquier caso y para poder resolver sobre la incongruencia extra petita (cuando ello comprenda una extralimitación), tal como indicamos precedentemente, debía, con carácter previo en el proceso arbitral, instarse el complemento del laudo en concordancia con la finalidad de posibilitar al máximo la eficacia de los procedimientos arbitrales. Nótese que el art. 39. 1 d LA, establece que dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar: "... **d) La rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje**

(Y dicha reparación previa mediante solicitud de complemento) ... se ha de solicitar ante por el propio árbitro, tratándose de incongruencia extra petita que como motivo de anulación se contempla en el art. 41. 1 c) LA, a diferencia de lo que para esta eventualidad se permite a Jueces y Tribunales que solamente alcanza a la incongruencia omisiva (art. 215. 2 LEC), como declaramos en la STSJC 49/2014, de 14 de julio, y no habiéndose solicitado el oportuno complemento ello comporta su desestimación por aplicación de las consecuencias que se encuentran previstas en relación con la renuncia tácita a las facultades de impugnación establecidas en el art. 6 LA (STSJC Valencia 5/2015, de 13 de febrero)"

En cualquier caso, la incongruencia extra-petita, como declara la STSJC 47/2014, de 10 de julio citando jurisprudencia del TS y de esta Sala, debe examinarse con flexibilidad puesto que " *Esta flexibilidad en el examen de la congruencia del laudo fue recogida por la jurisprudencia del TS, en el sentido de permitir y recomendar "una mayor elasticidad" en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, que deben apreciarse no aisladamente, sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada .*

Aplicando la doctrina expuesta al caso de autos, debemos rechazar que no se hubiera denunciado por ESPAI la afirmada incongruencia extra-petita durante la sustanciación del proceso arbitral, puesto que:

(a) ESPAI presentó escrito de rectificación, aclaración y complemento del laudo final al amparo del art. 39 LA que fue estimado en dos extremos: Fijación del valor real de las participaciones en el apartado 2 Mecanismo 1, que lo es por referencia al apartado b) y no al a); y, el segundo, es la supresión del "inciso de forma inmediata" del apartado 3, Mecanismo 2.

En cambio, fueron rechazados cuatro (de los seis) extremos relativos a la rectificación del laudo (sobre la existencia de convenio o del derecho de separación) por exceder del ámbito objetivo de dicha rectificación. Y en relación con la aclaración fueron rechazados cuatro extremos (personas determinantes del bloqueo); el segundo, relativo a la posibilidad de "boicot" del socio por quien no hubiera ejercitado el derecho de separación; el tercero, referente a las costas, y, el quinto, respecto a que ESPAI no ha aceptado una determinada cláusula. Y estimada la supresión antedicha relativa a la supresión de forma inmediata y la errónea remisión a un apartado referida precedentemente.

Y en relación con el complemento, se rechaza en relación a la posibilidad de ejercicio simultáneo del derecho de separación y se establece que la venta conjunta hay que reservarla para el supuesto de liquidación, y

(b) Por lo expuesto, las denuncias de extralimitación del laudo o incongruencia extra-petita fueron precedentemente deducidas y por ello debe rechazarse el óbice para su examen alegado por BALOO.

Ahora bien, superado éste óbice procedimental, hemos de rechazar la afirmada incongruencia extra-petita, puesto que:

(a) La primera se refiere, según ESPAI, a que el árbitro en el laudo final se ha extralimitado en sus funciones en cuanto, en síntesis, se *ha impuesto un artículo estatutario distinto al solicitado por ambas partes .* Al respecto, hemos de señalar que el árbitro en el FJ. 6º declara " *... que dando por bueno aquello que hay consenso debemos centrar nuestra atención en los puntos en que hay diversidad de pareceres ...*" Por tanto, mal puede afirmarse



que existe incongruencia extra-petita cuando la decisión del árbitro se ha centrado en los puntos de disenso entre las partes -tras la modificación de demanda de BALOO y la interposición, en forma subsidiaria, de la reconvencción por ESPAI-, por lo cual, la decisión sobre determinados extremos ha sido realizada dentro de los términos del debate que, en modo alguno, debe merecer un reproche de incongruencia ni considerar que estas soluciones escapan a la decisión arbitral y por ello se extralimitan en cuanto permiten ir resolviendo el conflicto creado. Asimismo, en este particular extremo se trata de una alegación genérica que seguidamente se concreta en los tres puntos que seguidamente analizamos, por lo cual, procede desestimar el submotivo atendidos los razonamientos expuestos sobre el alcance y límites de la incongruencia extra-petita en el laudo arbitral atendida la flexibilidad en su resolución.

(b) El segundo motivo señalado por el recurrente se asienta que en el art. 35 B. a) del laudo final se incorporaron extremos no solicitados como fue el supuesto de nombramiento de auditores, en caso de desacuerdo sobre el valor razonable de las participaciones sociales.

Entre las propuestas de las partes (en caso de valoración, la media aritmética, según BALOO); o bien nombrar un tercero (conforme peticiona ESPAI) el árbitro decide que si hay un diferencia superior del 25 %, es tan irregular que resulta mejor "... prescindir de unos profesionales que han demostrado tan poco profesionalidad y repetir la fórmula con auditores más solventes ...", lo cual entra dentro de los márgenes de congruencia que el árbitro tenía y no puede afirmarse, con éxito, la incongruencia extra-petita.

(c) En el tercero, se señala que la fase propiamente del ejercicio de derecho de separación que tiene lugar tras el período inicial de negociaciones, se permite en el laudo final el ejercicio simultáneo de dicho derecho, sin dar solución a que el socio no interesado en cumplir con la obligación -adquirir las acciones del otro socio- puede iniciar formalmente el proceso de separación para blindarse del compromiso, contra lo argumentado por esta parte que debe llevar a la venta del Grupo.

Este extremo fue tratado en el auto de aclaración y frente a las posiciones de ESPAI en que la coincidencia en la voluntad de los socios de ejercer simultáneamente el derecho de separación debe llevar a la venta a tercero, frente a la negativa de BALOO, se decide por el árbitro congruentemente por la continuación del proceso de escisión pero sin que proceda a la venta, pues ni un Juez ni nadie puede obligar a vender algo de su propiedad en contra de su voluntad, salvo que nos encontremos en un proceso de ejecución judicial.

Con lo cual tampoco procede aceptar la incongruencia extra-petita que ya fue aclarada y debemos rechazar el argumento de la demandante que no consta fuera solicitada por la aplicación de la elasticidad referida dentro de un margen de decisión que tiene el árbitro, el fallo de éste no incurre en el vicio denunciado de incongruencia extra-petita, y.

(d) Haber rechazado medidas previas solicitadas por ESPAI en la reconvencción, con la finalidad de que este mecanismo de separación fuera un último remedio, como se señala en el Protocolo familiar, afirmándose por la contraparte que se trata de un allanamiento parcial a la cláusula propuesta lo que no ha sucedido.

Se argumenta por ESPAI que han sido rechazadas y no incluidas en el precepto estatutario medidas que fueron solicitadas con carácter previo a la implementación de otros mecanismos, con anterioridad al derecho de separación de los socios. Ello se razona en los FJ. 6º y 7º del laudo final, como son el cambio de régimen del consejo de administración, la venta a un tercero del 10 % del capital o la mediación, entre otras.

Además de las motivaciones recogidas por el árbitro en los FJ. 6º y 7º que son correctas no puede afirmarse la incongruencia extra-petita en lo relativo a la desestimación de alguna-s de las peticiones efectuadas de forma razonada, pues, con dicha desestimación se responde a las peticiones oportunamente deducidas, si bien en forma negativa.

Por todo lo expuesto, procede rechazar el motivo de oposición analizado en este fundamento.

DECIMOCUARTO .- El procedimiento no se ajusta a lo establecido en la LA en relación con la aclaración al laudo final solicitado .

1.- Al amparo del art. 41. 1 d) LA, ESPAI, alega que el procedimiento sustanciado no se ajusta a lo establecido en la LA por cuanto solicitada rectificación, aclaración y complemento del laudo final por ESPAI, también se pidió una aclaración por BALOO, fuera de plazo y sin la debida contradicción, resolviéndose con infracción de lo dispuesto en el art. 39. 1 LA.

Frente a ello, BALOO, en la contestación a la demanda alega, en síntesis, que no se trata de una aclaración, no tiene encaje en la LA y además se van afirmando vagas insinuaciones sobre la contaminación del proceso arbitral que comportaría la anulación de todo el proceso arbitral.



Declaramos en la STSJC 50/2014, de 14 de julio , en síntesis, que en la demanda de anulación contra un laudo arbitral, debe tenerse en cuenta que :

(a) Los motivos para la petición de anulación, son **tasados** y no se traslada a la Sala Civil del TSJ una plena cognición que permita revisar, como regla general, el fondo del asunto, decidido por el Tribunal Arbitral, y

(b) Por ello, no siendo la acción de anulación, en puridad técnica, un recurso, no se permite entrar a valorar la apreciación de la prueba ni la corrección en la aplicación de la Ley, **siendo su objeto la validez del laudo examinada desde un punto excepcional limitada a los motivos del art. 41 LA** , y

Para que el laudo sea anulado es preciso que el quebrantamiento de las formas haya causado indefensión, pues es de aplicación al arbitraje el principio de conservación de las actuaciones, siendo el proceso justo la guía de la actuación del árbitro en lo relativo a la contradicción e igualdad de partes.

2.- ESPAI en el motivo analizado no solo se limita a cuestionar una "aclaración" efectuada por el árbitro a petición de BALOO, fuera de plazo, sino que pretende poner de relieve un " *trato de favor* " hacia BALOO sin denunciar la falta de imparcialidad en el árbitro sino solamente un quebrantamiento de formas en que es aplicable la conservación de actuaciones, a salvo de que se hubiera causado indefensión que no concurre en autos. Las afirmaciones fuera del tema de la aclaración del laudo no son causantes de indefensión para su incardinación en el motivo de anulación establecido en el art. 41. 1 d) LA, para resolver la cuestión.

Así: (a) Los traslados efectuados a las partes respecto a la modificación de la demanda son como consecuencia de la impugnación de ESPAI y la subsiguiente apertura de un incidente luego resuelto en un segundo laudo de trámite que, en su caso, debería haberse justificado la indefensión que le ha causado el haber dado nuevo traslado a BALOO sobre la procedencia de la modificación; (b) Los ajustes en el calendario son consecuencia de una reformulación del mismo tras una aclaración solicitada y que no consta, por otra parte, haya producido indefensión. Nótese que la infracción del art. 41. 1 d) LA no solo es la meramente ritual sino ha de incidir en merma de defensa o contradicción entre las partes que no consta producida o al menos tal como es denunciada, siendo que los correos aportados con el escrito de 21 de abril de 2017 no desvirtúan la anterior conclusión, habiéndose establecido por el árbitro un nuevo calendario adecuado a las incidencias que se produjeron durante el proceso arbitral, y (c) En cuanto a la impugnación relativa al testigo Sr. Valeriano será analizada posteriormente en el FJ. 15.

Por lo que respecta, concretamente, a la petición principal del motivo pues las anteriores son señaladas como " *a mayor abundamiento* " por el demandante y han sido rechazadas, hemos de precisar los siguientes puntos:

(a) El árbitro dicta laudo final con fecha de 14 de octubre de 2.016 y ESPAI presenta rectificación, aclaración y complemento del laudo, dentro del plazo establecido, resuelta por auto de 8 de noviembre de 2.016.

(b) Al presentarse la aclaración, BALOO que había remitido comunicación a ESPAI con fecha de 20 de octubre de 2.016, convocando a una Junta General y extraordinaria de socios el 27 de octubre de 2.016, para el cumplimiento del laudo, que podía ser voluntariamente rechazado, insta petición al árbitro, transcurrido el plazo de aclaración, sobre si el plazo de 15 días establecido en la parte dispositiva del laudo final, comenzaba a computarse desde el día a la aclaración, y

(c) El árbitro, por correo electrónico, **remitido a ambas partes** , hace constar mediante una carta adjunta al correo que el plazo se computa a partir de la aclaración y los plazos son civiles y no procesales. En dicho correo remitido a ambos -consta en el mismo su envío a ambos (f. 918) con un documento pdf adjunto- la siguiente frase " *Apreciado Alfonso (Letrado de BALOO) tal como me has interesado por teléfono, te adjunto documento que espero cumpla con tus expectativas. Saludos* ".

De este documento que fue recibido por ambas partes no puede desprenderse que exista una infracción del procedimiento que haya producido indefensión. Las afirmaciones de ESPAI pretendiendo que se favorece a BALOO y se vicia todo el procedimiento, son además de desmesuradas, sobradas, en tanto que, en cualquier caso, si la convocatoria de la Junta -siendo que el laudo era firme aunque pendiente de aclaración luego realizada y posteriormente sujeto al recurso de anulación- ha sido o no convocada debidamente (en tiempo y plazo) y procediera o no, con carácter previo, una convocatoria para su cumplimiento voluntario y, posteriormente, la solicitud, en su caso, de ejecución judicial, tal como se señalará en el último de los motivos de anulación esgrimidos ni vicia el procedimiento ni conforma una infracción causante de indefensión. Nótese que será el Juez de la ejecución quien decida con plena jurisdicción el " *dies a quo* " para el cómputo del plazo para su ejecución y si era o no procedente la convocatoria y en qué terminos, pero ello ni invalida el laudo ni lo hace inejecutable, como más adelante resolveremos en respuesta al último de los motivos alegados y que motivamos en el FJ. 17º.



Por otra parte, la citada carta ni es una aclaración ni forma parte de las actuaciones arbitrales que han sido sometidas a anulación. Es un documento reconocido por ambas partes y que las dos recepcionaron tras la emisión del laudo arbitral (aunque pendiente de aclaración posteriormente realizada) que no precisa de requerimiento al árbitro como solicita ESPAI en escrito de 21 de abril de 2017 para su reconocimiento. El laudo final y la aclaración sometidas a anulación son las recaídas con fecha de 14 de octubre de 2016 y la aclaración en 8 de noviembre de 2016. La citada carta de 25 de octubre de 2016 son unos comentarios del árbitro que, en ningún caso, vician de nulidad todo el procedimiento conforme es solicitado, quedando sujeto, en todo caso, la ejecutabilidad del laudo a la decisión del Juez de ejecución conforme se analiza y desarrolla en el FJ. 17º, dando respuesta al escrito presentado por ESPAI en 21 de abril de 2017.

Ha de rechazarse el motivo de anulación alegado.

DECIMOQUINTO .- *Vulneración del orden público por falta de motivación del laudo final relacionado con la existencia de un mero compromiso a negociar un mecanismo de separación y exclusión de socios, pero no un pacto de sumisión a arbitraje de dicha cuestión.*

Al amparo del art. 41. 1 f) LA por ser contraria al orden público, se alega, en el epígrafe 15 del cuadro-resumen realizado por ESPAI, una irrazonabilidad de la motivación en cuanto la imposición de este artículo estatutario no viene contemplado en el Protocolo familiar y, en síntesis, se señala que de un compromiso a negociar no pueden deducirse "cinco páginas" del artículo estatutario que en el laudo final y su aclaración se pretende imponer mediante una interpretación de las cláusulas VIII D) y VIII E) del Protocolo familiar, siendo absurda la interpretación realizada por el árbitro en cuanto se afirma que el mecanismo corresponderá adoptarlo mediante los pertinentes acuerdos en el seno de los órganos sociales y, solamente, cuando ello no fuera posible se manifiestan contestes en aceptar un laudo arbitral.

Esta cuestión ha sido tratada en el FJ 3º apartado 4 de dicho fundamento, por lo cual, nos reiteremos en lo anteriormente afirmado. En aquel momento, lo fue al amparo de la inexistencia de convenio arbitral. En esta sede, del laudo final, lo es al amparo de una infracción del orden público en que se pretende que nuevamente revisemos la decisión sobre el alcance y extensión del convenio arbitral y afirmamos que no era un mero compromiso a negociar sino un convenio arbitral en que se " *acepta un lado* " para los supuestos de posible paralización de los órganos sociales, sin que conforme hemos motivado precedentemente deba acudir - como mecanismo previo- al Consejo de Familia u otros órganos o bien que sea un requisito de procedibilidad, que también hemos rechazado en el FJ. 7º de la presente resolución.

En su consecuencia, debe desestimarse el motivo pues, por aplicación del principio de especialidad, anteriormente referido, el convenio arbitral lo era ante la probable paralización de órganos sociales y se establecía no como un mero compromiso a negociar, con carácter previo, como requisito de procedibilidad, acudir a otros organismos del Protocolo Familiar, sino se estatuye un convenio arbitral válido y apto para la resolución de conflictos, sin que la vulneración del orden público arguido guarde relación alguna con el motivo alegado.

DECIMOSEXTO .- *Vulneración del orden público por falta de motivación del laudo final basado en la inexistencia de incumplimiento del Protocolo por parte de ESPAI como fundamento para la imposición de un artículo estatutario* .

1.- ESPAI alega al amparo del art. 41. 1 f) LA ser el laudo final y su aclaración, contrarios al orden público debido a la falta de motivación. Dicha falta de motivación incide sobre lo que constituía la causa petendi que no era otra que el incumplimiento del Protocolo familiar por el demandante en anulación del laudo y se corroboraba, a su entender, en los siguientes extremos como son:

A) *Falta de motivación relativo al fallo declarativo y su correspondiente aclaración, sobre la "causa petendi" como es la concurrencia de incumplimiento que posibilitara al árbitro la imposición de una cláusula estatutaria* , sin que se haya acreditado ni la actitud obstruccionista de ESPAI cuya única manifestación, a su entender, sería el voto en contra en una Junta de junio de 2.014 y que la misma, a entender de BALOO, se ajusta a los usos mercantiles, cuando resulta que no existe la más mínima motivación sobre el posible incumplimiento. Y como submotivos que también constatan la inexistencia de motivación sobre el incumplimiento, se alega por ESPAI que:

(a?) *La modificación del petitum* solicitada tras la vista y práctica de pruebas para votar esta cláusula en la Junta General, hace desaparecer cualquier vestigio de incumplimiento por esta parte, por lo cual, dicha modificación, a entender de ESPAI, corrobora su tesis de inexistencia de incumplimiento; y

(b?) *BALOO ha impedido la declaración de un testigo clave* para justificar la inexistencia de incumplimiento. Lo que le ha *causado efectiva indefensión* para corroborar dicha inexistencia de incumplimiento.



B) Por último, añade, que *existe falta de motivación para la imposición de una cláusula estatutaria, atendido el ámbito del convenio arbitral* y que se admite, a entender de ESPAI, en el auto de aclaración.

BALOO alega, en síntesis, que se ha dado oportuna respuesta tanto en el laudo final como en la aclaración sobre la existencia del incumplimiento de ESPAI y la denegación del testigo para preservar la confidencialidad. Y sobre la motivación para la imposición de la cláusula estatutaria se desarrolla en el laudo final en tanto que concurre el convenio y su ámbito ampara la petición del promotor del proceso arbitral.

2.- Respecto a la motivación del laudo y su arbitrariedad en relación con la contravención con el orden público, ha de tenerse en cuenta que lo proscrito es la falta de motivación pero no la motivación insatisfactoria que puede derivarse de las diversas interpretaciones del derecho (reservada al juicio de los árbitros), valoración de la prueba o bien de la fijación de los hechos probados declarándose en las SSTSJ 47/2015, de 15 de junio, 12/2016, de 25 de febrero, 12/2016, de 29 de febrero, 96/21016, de 28 de marzo y 102/2016, de 15 de diciembre, en síntesis que:

(a) La ausencia de motivación proscrita en el art. 37 LA, no debe confundirse con la insatisfactoria ni la disímil, aunque también parte de la misma la motivación aparente ya que no puede confirmarse la arbitrariedad de un laudo bien sea en derecho bien sea en equidad.

(b) La motivación del laudo tanto de derecho como en equidad que puede denunciarse al amparo del orden público procesal no requiere un razonamiento exhaustivo y pormenorizado sobre todas las alegaciones de las partes siendo suficiente se exprese la razón causal del fallo de forma coherente y no arbitraria.

Téngase presente que al no trasladarse una plena cognición -en el proceso de anulación del laudo arbitral- en que no se revisa, como regla general, el fondo del asunto, ello no significa que pueda admitirse la falta de coherencia esencial o una palmaria arbitrariedad, pues, en caso contrario, se atentaría a la tutela judicial efectiva establecida en el art. 24 CE que puede examinarse como motivo de anulación por el cauce del orden público.

3.- A tenor de la precedente doctrina aplicada por esta Sala a las alegaciones de ambas partes desarrolladas en el motivo de anulación, respecto a la falta de motivación del laudo sobre los extremos concretados por ESPAI y todo ello dentro del motivo de oposición del orden público, hemos de señalar que:

A) *Sobre la inexistencia de incumplimiento declarada por el árbitro y subsiguiente imposición de la cláusula estatutaria.*

En el FJ. 3º del laudo final, el árbitro desarrolla la motivación sobre la existencia de conflicto y la oposición por parte de ESPAI para solucionar la cuestión mediante la cual se " *acepta el laudo arbitral* " ante una posible paralización de los órganos sociales con objeto de permitir una razonable seguridad para la modificación estatutaria (Cl. C, D y E de la VIII del Protocolo familiar). En su razonamiento el árbitro motiva la concurrencia de conflicto y añade:

"... También ha sido objeto de debate la existencia misma del conflicto determinante de la activación de la cláusula compromisoria El arbitraje se plantea por BALOO a partir de que las partes no han conseguido ponerse de acuerdo sobre la implementación en los Estatutos del mecanismo de separación y exclusión de los socios. Así las cosas, BALOO plantea la cuestión en una Junta general, ofreciendo además un acuerdo sobre una concreta cláusula que aporta a la propia junta; acuerdo que no se puede adoptar porque ESPAI vota en contra de su adopción. Más adelante, cuando analicemos la petición de mediación hecha por ESPAI, veremos que el conflicto entre los hermanos Eloy Bernardo no es reciente, sino que hace tiempo que se advierte..."

Y prosigue:

"..... No debe pasarse por alto el contexto en el que se producen las diferencias: estamos en presencia de una sociedad familiar con dos socios -con dos únicos socios- titulares del capital al 50%, que además son administradores solidarios que, si quieren, pueden ir a la junta con un acuerdo consensuado; y de hecho, si realmente hubiera entre ellos la armonía que requiere un normal funcionamiento del Grupo, sin duda que así lo hubieran hecho. Si no hay acuerdo consensuado (disculpas por el pleonismo), si hay una propuesta de uno de los dos socios presentada a la junta-como órgano que expresa la voluntad de la Sociedad-por la vía de una propuesta de acuerdo, y por último si el otro socio vota en contra sin expresar que su voluntad sea una propuesta distinta, lo que nos dice la lógica es que un socio quiere insertar una cláusula de separación en los Estatutos y que el otro socio no quiere. Por lo tanto, hay conflicto.

Por lo expuesto, es lógica no solo la estimación de la concurrencia del conflicto sino también que este se deriva de la falta de voluntad de ESPAI para implementar una cláusula con el fin de solventar la posible paralización de los órganos sociales. Y ello resulta suficiente para estimar la existencia de incumplimiento por ESPAI,



debiéndose rechazar que no exista motivación o que la misma sea aparente, a los efectos de estimar el motivo como contraria al orden público.

Pretende ESPAI que la concurrencia de dicho incumplimiento por votar en contra en una Junta no es " *per se* " suficiente para estimar el incumplimiento y la existencia del conflicto, pero ello es una disconformidad con la motivación que no procede ser acogida por el cauce del orden público que requeriría o bien la ausencia de motivación -que no existe- o bien una motivación aparente que, como hemos reseñado, no puede estimarse en tanto concurre y se produce la misma. ESPAI expresa en su demanda de anulación del laudo la insatisfacción con dicha motivación, a los efectos de la declaración de incumplimiento, pero ello no tiene cabida en el orden público que requiere como declaramos en la STSJC 50/2014, de 14 de julio (FJ. 5.2):

".. por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la CE, garantizados en el art. 24 CE, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9. 3 CE y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión.."

En este contexto, no se produce arbitrariedad alguna ni infracción del art. 24 CE cuando se motiva el incumplimiento por la obstaculización de ESPAI, expresada en Junta, a los efectos de implementación de la cláusula y, en su consecuencia, existiendo motivación no procede acoger el motivo.

B) En relación a las otras cuestiones que se plantean en dicho apartado, deben merecer igual suerte desestimatoria puesto que :

(a?) El dato de que se haya producido una modificación de la demanda -en tres ocasiones- no habilita la afirmación de ESPAI que su oposición a la primera petición de implementación fuera hábil y, en su consecuencia, no ha concurrido incumplimiento cuando BALOO ha ido modificando el contenido de dicha cláusula estatutaria, pues como insiste el árbitro en dicho FJ. 3º se da adecuada respuesta que no puede considerarse arbitraria o aparente ni carente de justificación. En dicho sentido, se afirma por el árbitro en el laudo final que:

"... En sus conclusiones ESPAI hace un planteamiento que se antoja un sofisma (y lo decimos con los máximos respetos). Viene a decir que la modificación de la demanda por parte de BALOO confirma que la inicial propuesta planteada en Junta era inadecuada, lo que legitima su actitud de haber votado en contra, con la consecuencia de que no podía ponerse en marcha el arbitraje. Entendemos que el-punto de vista debe de ser otro bien distinto: la voluntad de solucionar la situación o conflicto hay que demostrarla- presentando una alternativa; limitarse a votar en contra de una propuesta, sin ofrecer una alternativa, supone acomodarse en un impasse y perpetuar la situación. Bastaría con ir calificando la propuesta presentada por una de las partes como perversa y desproporcionada para ir defiriendo la solución, e incluso para orillarla, lo que supone tanto como no resolver el conflicto.

Por lo expuesto, tampoco resulta admisible este submotivo alegado por ESPAI en tanto que su actitud de *"... ir calificando la propuesta presentada por una de las partes como perversa y desproporcionada para ir defiriendo la solución, e incluso para orillarla, lo que supone tanto como no resolver el conflicto "*. El dato de la modificación del contenido del artículo, que lo ha sido, en parte, a propuesta de la prueba practicada por ESPAI, no es sino una confirmación de que existía conflicto derivado de la falta de cumplimiento por oposición de ESPAI y que con su posición acomodaticia en un " *impasse* ", como dice y motiva el árbitro, pretendía perpetuar la situación en contra de la introducción de un mecanismo, insistimos, para evitar la **posible** paralización de los órganos sociales.

(b?) La falta de práctica de prueba del testigo Sr. Valeriano , que por su condición de mediador precedente tenía un deber de confidencialidad y que no ha declarado no sobre su condición sino sobre cuestiones que confiadas a las partes no podía, a salvo de que se le relevase de la confidencialidad, lo que quedaba condicionado, pues, al contenido de la cuestión sobre la que se preguntaba y su relación con la indefensión padecida y alcance sobre la existencia o no de incumplimiento de ESPAI, ha de ser resuelta en el sentido siguiente:

1.- Consta en el doc. num. 15 aportado por ESPAI (p. 20 ss) la declaración de Sr. Valeriano .

2.- Consta que no se le releva de la confidencialidad por parte del Sr. Eloy y si por parte del Sr. Bernardo , tras lo cual el árbitro le habilita para que responda a las preguntas del Letrado del Sr. Bernardo y, en concreto, a alguna de ellas manifestó que no podía responder o no podía explicar el estado de su cliente Sr. Bernardo . También, de su interrogatorio, se producen otras declaraciones cuya valoración corresponde al árbitro y que en el proceso de anulación no puede revisarse dicha valoración, ya que ni es una segunda instancia ni corresponde por este



cauce su análisis, por lo cual, la concurrencia de una causa de anulación del orden público por indefensión debe decaer ni siquiera por una aplicación del art. 371 LEC, y

3.- No puede contravenir el orden público ni existir indefensión cuando se ha producido la declaración y su valoración corresponde al árbitro, sin que de la falta de respuesta, bien debido a la confidencialidad o bien debido a las propias declaraciones del testigo que afirmaba que no podía responder, se pretenda deducir la susodicha vulneración.

Ha de decaer dicho submotivo de anulación como infracción del orden público, y

(c?) En este tercer apartado relativo a la falta de motivación que radicaría en la inexistencia de cláusula arbitral para la imposición de un precepto sobre resolución de conflictos, resulta suficientemente explicativo el argumentario que se desarrolla en el FJ. 1º del laudo y que hemos analizado, desarrollado y motivado en el FJ. 12 del presente laudo sobre la existencia de convenio arbitral y que, ahora, el demandado bajo la "veste" del orden público reitera por falta de motivación que encuadra dentro del orden público, lo que ha de merecer igual suerte desestimatoria que la que realizamos en orden a la inexistencia de convenio arbitral y, por ello, hemos de reiterar las consideraciones efectuadas en el FJ. 12 aptdo. 2 a 4, así como en los FJ. 3º y 9º de la presente resolución.

Se rechaza la inexistencia de motivación que comporta la vulneración del orden público sobre la existencia de cláusula arbitral contemplada para la imposición de una cláusula de separación. Y lo que se afirma por el demandante en que en el auto de aclaración -también admitido por el árbitro- en el sentido de que la motivación " *podría ser mejorable* " no puede entenderse como ausencia de motivación. Dice el árbitro en el auto de aclaración (FJ. 1, sobre la pretensión de rectificación instada por ESPAI):

"... Hemos intentado plasmar en el laudo por qué se considera que hay convenio arbitral y por qué se considera que la situación a la que se ha visto abocada BON PREU ha de permitir la inclusión en los Estatutos de una cláusula como la que finalmente se ha consignado en el propio laudo. Es perfectamente legítimo que la Parte discrepe de los razonamientos utilizados, y podemos admitir que los mismos sean mejores, incluso manifiestamente mejores, pero así son las cosas. Se aceptó este procedimiento cuando se suscribió el Protocolo y las reglas del mismo nos dicen que el laudo final no es susceptible de recurso, ni devolutivo ni no devolutivo, más allá de su eventual nulidad por el cauce procesal legalmente establecido.

Es decir, que tras la motivación sobre la existencia de convenio que se realiza en el laudo final (FJ. 2º) y que ya hemos motivado en el FJ. 12, lo único que pone de relieve el árbitro es que resulta lícita la discrepancia de ESPAI, pero lo que no procede es que por la vía de la rectificación se pueda canalizar un recurso de cualquier índole (devolutivo o no devolutivo) contra la motivación del laudo y que ello sea realizado por el árbitro a través de la aclaración.

En su consecuencia, ha de desestimarse en su integridad el motivo de anulación alegado.

DECIMOSEPTIMO.- Vulneración del orden público por falta de motivación en tanto resulta imposible el cumplimiento del fallo .

1.- ESPAI en el último de sus motivos de su demanda de anulación y al amparo del art. 41. 1 f) LA afirma que el laudo y su aclaración son contrarios al orden público por la imposibilidad de ejecutar dicho laudo definitivo en sus propios términos, y ello relacionado con el segundo pronunciamiento del fallo de la parte dispositiva del laudo final que dice:

"... Condeno a ESPAI D'INVERSIONS 2005 SL a acudir y comparecer en Junta General de socios de SON PREU HOLDING SL en el domicilio social en el plazo de 15 días desde la fecha de -notificación de este Laudo y votar a favor de la modificación de los Estatutos sociales de dicha Sociedad en el sentido de implementar, como nueva artículo estatutario, el siguiente..."

El cumplimiento deviene imposible, a entender de ESPAI, por lo que se refiere al plazo de celebración de la Junta (ya transcurrido) y su forma, mediante una convocatoria que BALOO realizó sin tener presente los presupuestos legales exigidos en la Ley de Sociedad de Capitales (art. 164, 166, 167 ss LSC)

BALOO en su contestación, alegó que dicho motivo no puede comprenderse dentro del orden público y que carece de fundamento, puesto que, a su entender, la razón de la inejecutabilidad según ESPAI radicaría en que (a) Ha transcurrido el plazo de 15 días desde la notificación del laudo para la implementación de la cláusula estatutaria, y (b) Que el laudo no establece si la Junta en la que debe implementarse es universal o convocada

2.- Consta en autos que solicitada por BALOO ejecución judicial de laudo, por auto de 13 de enero de 2017 (f. 966 ss.), la Il.tra. Sra. Magistrada-Jueza num. 31 de Barcelona, despachó ejecución al entender que se reunían



los requisitos que la LEC establece para la ejecución -art. 548, 549 y 551 en relación con el art. 517. 2 LEC - al llevar aparejada ejecución y añade en el FJ. 3º que:

"Dispone el art. 708 LEC que cuando una resolución arbitral o judicial firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días en haber emitido por la parte ejecutada, el órgano judicial resolverá tener por emitida la declaración de voluntad si estuvieren predeterminados los elementos esenciales del negocio.

Añade el mismo precepto que la declaración emitida de esta forma se entenderá sin perjuicio de la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de los actos y negocios jurídicos".

Y a continuación, en la parte dispositiva del auto de 13 de enero de 2017, despacha ejecución y acuerda tener por emitida la declaración de voluntad consistente en la emisión de voto favorable en sede de Junta General de Accionistas de la mercantil BON PREU HOLDING S. L. en relación con la implementación de la cláusula estatutaria del laudo de fecha 14 de octubre de 2016, aclarado mediante laudo de fecha 8 de noviembre de 2016, al estar predeterminados los elementos esenciales del negocio

Seguidamente, consta unido a autos, la oposición a la ejecución (f. 968 a 977), de conformidad con lo dispuesto en el art. 559. 1. 3 LEC en relación con el art. 708 LEC y subsidiariamente suspensión de la ejecución por encontrarse pendiente de resolución una demanda de anulación contra el laudo arbitral. Por escrito de 21 de abril de 2017 se ha unido a los autos el escrito de oposición de BALOO que presenta su disconformidad con la caución ofrecida por ESPAI cuya cuantía y procedencia deberá decidir el Juez de 1ª Instancia num. 31 de Barcelona ante el que se sigue dicho procedimiento, siendo esta una cuestión ajena a la demanda de anulación del laudo arbitral.

3 .- A tenor de las alegaciones realizadas y al amparo del orden público procesal la demandante pretende que revisemos si dicho laudo es o no ejecutable por argumentos que deberán, en su caso, ser resueltos en el correspondiente proceso de ejecución de laudo arbitral, en trámite, pero sin que las afirmaciones de la promotora de la anulación sobre la imposibilidad de ejecución tengan encaje en el orden público - art. 24 CE - cuyo alcance hemos referido en el precedente fundamento.

La falta de ejecutabilidad del laudo basado en el alcance de los términos y plazos que constan en la parte dispositiva del laudo o en la clase de Junta que debe celebrarse para la implementación de dicha cláusula son cuestiones a resolver, como decimos y reiteramos, en sede de ejecución del laudo arbitral que el Juez de la ejecución decidirá con plena jurisdicción sobre su alcance así como también su cómputo y plazos que, en modo alguno, puede alcanzar, en sede de demanda de anulación, al orden público como infracción del art. 24 CE, de tutela judicial efectiva, pues, precisamente, lo que se otorga o se deniega mediante la petición de ejecución es la aplicación de dicho precepto constitucional que corresponde realizar al Juez de la ejecución.

Ha de desestimarse el último de los motivos de anulación alegados y, por ende, en su totalidad, la demanda de anulación contra el laudo final de 14 de octubre de 2016 y aclaración de 8 de noviembre de 2016.

DECIMOCTAVO .- Costas .

No procede la imposición de costas a las partes en ninguna de las tres impugnaciones (dos del laudo parcial y uno del final) debido a las dudas de derecho surgidas respecto a la interpretación del convenio arbitral y su alcance así como el resto de las cuestiones planteadas sobre la implementación de la cláusula 35ª sobre resolución de conflictos, en BON PREU HOLDING S. L., en el caso concreto examinado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 394 LEC

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA DECIDE:

1º/ DESESTIMAR la demanda formulada por la representación de ESPAI D'INVERSIONS 2005 S. L., por la que se solicitaba la anulación del laudo parcial dictado por el árbitro único D. José Luis Jori Tolosa en 3 de diciembre de 2015 y la aclaración de 8 de enero de 2016.

2º/ DESESTIMAR la demanda formulada por la representación de ESPAI D'INVERSIONS 2005 S. L., por la que se solicitaba la anulación del segundo laudo parcial dictado por el árbitro único D. José Luis Jori Tolosa en fecha de 6 de junio de 2016.

3º/ DESESTIMAR la demanda formulada por la representación de ESPAI D'INVERSIONS 2005 S. L., por la que se solicitaba la anulación del laudo final dictado por el árbitro único D. José Luis Jori Tolosa en fecha de 14 de octubre de 2016 y el auto de aclaración de 8 de noviembre de 2016, y



4º/ Todo ello sin especial pronunciamiento sobre las costas causadas en los presentes procedimientos a ninguna de las partes, es decir, cada parte abonará las propias y las comunes por mitad.

Contra esta resolución no cabe recurso.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Magistrados indicados al margen, doy fe.

PUBLICACIÓN. La sentencia se ha firmado por todos los Magistrados que la han dictado y publicada de conformidad con la Constitución y las Leyes. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ