



Roj: **AAP M 70/2019 - ECLI: ES:APM:2019:70A**

Id Cendoj: **28079370282019200003**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **01/02/2019**

Nº de Recurso: **168/2018**

Nº de Resolución: **16/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

C/ Santiago de Compostela nº 100.

Teléfono: 91 4931988/89

N.I.G.: 28.079.00.2-2017/0100779

ROLLO DE APELACIÓN: 168/18 .

Procedimiento de origen: Juicio ordinario 603/17.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid.

Parte recurrente : DON Baltasar

Procurador: Don Ramón Rodríguez Nogueira.

Letrado: Don José Ramón Casado Valderrábano.

Parte recurrida : "BANCO CAMINOS, S.A."

Procurador: Don Miguel Montero Reiter.

Letrado: Don Luis Pimenta Hernández y don Alejandro Huertas León.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ENRIQUE GARCÍA

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. JOSÉ MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

AUTO N° 16/2019

En Madrid, a uno de febrero de dos mil diecinueve.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 168/18, el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 20 de julio de 2017 dictado en los autos de juicio ordinario núm. 603/2017 seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, DON Baltasar ; y como apelada, la entidad "**BANCO CAMINOS, S.A.**", ambos representados y defendidos por los profesionales antes relacionados.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- Por el Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid se dictó auto con fecha 20 de julio de 2017 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"SE ESTIMA la declinatoria por falta de jurisdicción de este Juzgado, planteada por D. MIGUEL MONTERO REITER, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de "BANCO CAMINOS, S.A.".

SEGUNDO .- Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandante se interpuso recurso de apelación al que, una vez admitido, se opuso la parte demandada. Tramitado el recurso en forma legal, ha dado lugar a la formación del presente rollo, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase, señalándose para su deliberación y votación el día 31 de enero de 2019.

TERCERO .- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Don Baltasar interpuso demanda contra la entidad "BANCO CAMINOS, S.A." por la que se interesaba la nulidad de los acuerdos adoptados por el consejo de administración de la referida entidad en las reuniones celebradas con fecha 12 de mayo de 2017, 16 de mayo de 2017 y 31 de mayo de 2017, en esencia, por no estar convocadas por el demandante como presidente del consejo de administración y, además, respecto de los acuerdos adoptados en el primero de los consejos, por falta de quórum. También se impugna la convocatoria de la junta general de accionista de la entidad demandada para los días 29 y 30 de junio de 2017, efectuada en virtud de acuerdo adoptado en el consejo de administración celebrado el día 25 de abril de 2017, al no haberse convocado la junta por el presidente mediante la publicación de un anuncio en la página web del banco.

Promovida declinatoria por falta de jurisdicción al estar sometida la cuestión litigiosa a **arbitraje**, ésta fue estimada por el Juzgado al amparo del artículo 87 de los estatutos sociales. La resolución rechaza que fuera de aplicación el artículo 11 bis de la Ley de **Arbitraje**, introducido por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que exige una mayoría reforzada de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social, para introducir en los estatutos el **arbitraje** estatutario, por ser dicha norma posterior a la aprobación de los estatutos de la entidad demandada.

Frente a la citada resolución se alza la parte demandante que interesa su revocación para que se desestime la declinatoria. En primer término, el recurrente reprocha a la resolución haber incurrido en incongruencia omisiva al no haber dado respuesta a lo que califica de tres excepciones por las que se ponían de manifiesto: (i) la ineficacia sobrevenida del convenio arbitral, (ii) la inarbitrabilidad de la disputa y (iii) la división de la continencia de la causa al haber resuelto el juzgador la solicitud de medidas cautelares sin entrar a valorar su falta de jurisdicción para, luego, estimar la declinatoria. Además, denuncia: a) la ineficacia sobrevenida del convenio arbitral por infracción del artículo 11 bis de la Ley de **Arbitraje**; b) la infracción del artículo 2 de la Ley de **Arbitraje**, al no ser arbitrable la controversia; y c) la infracción del artículo 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al estimar el juzgador la declinatoria cuando había reconocido su competencia al resolver sobre las medidas cautelares sin cuestionarse su falta de jurisdicción

La demandada se opone al recurso de apelación e interesa su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO .- La resolución apelada, en principio, no dio contestación a algunas de las alegaciones sustanciales por las que la actora se opuso a la declinatoria, limitándose a estimar la misma al considerar válido el **arbitraje** estatutario por no resultar de aplicación el artículo 11 bis de la Ley de **Arbitraje** al ser la norma, introducida por la Ley 1/2011, de 20 de mayo, posterior a la aprobación de los estatutos.

No se daba así respuesta a tres de los argumentos sustanciales planteados por la actora en su oposición a la declinatoria: (i) la ineficacia sobrevenida del convenio arbitral; (ii) la inarbitrabilidad de la disputa; y (iii) la división de la continencia de la causa al haber resuelto el juzgador la solicitud de medidas cautelares sin entrar a valorar su falta de jurisdicción para luego estimar la declinatoria.

Aun cuando no se trata de excepciones ni de pretensiones, el Tribunal Constitucional ha admitido la extensión de la falta de congruencia a supuestos en los que se omite el examen de alegaciones sustanciales en las que las partes fundamentan sus respectivas pretensiones. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 24/2010, de 27 de abril, señala que: "4. Por lo que se refiere a la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incongruencia omisiva, este Tribunal ha reiterado que ésta tiene lugar cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las cuestiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya



motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución. A estos efectos, este Tribunal ha venido distinguiendo entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas, subrayando que no es necesaria una contestación explícita y pormenorizada de todas y cada una de las alegaciones formuladas, pudiendo ser suficiente a los fines del art. 24.1 CE, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica, aun cuando se omita una contestación singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales. Por el contrario, este Tribunal ha puesto de manifiesto que respecto de las pretensiones la exigencia de congruencia es más rigurosa, destacando que cuando la cuestión puesta de manifiesto no es una simple alegación secundaria, instrumental en el razonamiento jurídico, sino un alegato sustancial que contiene los hechos o argumentos jurídicos básicos y fundamentales que nutren la pretensión, dicha cuestión integra la razón por la que se pide, debiendo ser tratada en forma expresa o, en su caso, considerada en forma siquiera implícita por la Sentencia, pues de otro modo se desatiende la defensa esgrimida por la parte en un aspecto con posible incidencia sobre el fallo, dando lugar a una denegación de justicia (por todas, STC 144/2007, de 18 de junio, FJ 4)".

Siendo patente la omisión respecto de los tres argumentos reseñados, la parte demandada solicitó el complemento de la resolución y aun cuando en la parte dispositiva del auto que resolvía la petición se deniega el complemento, sí se analizan las tres cuestiones omitidas dando contestación a las mismas, rechazando que la cuestión no fuera arbitrable, la ineficacia sobrevenida y la irrelevancia de la previa resolución de las medidas cautelares a los efectos de estimar la declinatoria.

La parte apelante podrá no estar de acuerdo con los razonamientos efectuados en la resolución por la que se resuelve la petición de complemento pero no cabe apreciar la incongruencia omisiva por falta de examen de alegaciones sustanciales efectuadas por el demandante al oponerse a la declinatoria.

TERCERO .- El artículo 87 de los estatutos de la entidad demandada tiene el siguiente tenor:

"Cualquier cuestión litigiosa que, en relación con la interpretación o ejecución de estos Estatutos, o en relación con los acuerdos adoptados por el órgano de administración, o la Junta General de la Sociedad se plantee entre los socios, los administradores y la Sociedad o entre cualesquiera de ellos, sea cual sea la materia litigiosa, excluidas aquellas cuestiones, legalmente no susceptibles de ser sometidas a arbitraje; así como, en particular, todas las cuestiones que se planteen sobre reparto de beneficios, ampliaciones o disminuciones de capital, disolución y liquidación de la Sociedad, separación o exclusión de socios, impugnación de acuerdos sociales, exigencia de responsabilidad de los administradores por parte de los socios, serán sometidas a arbitraje de Derecho a emitir por un solo árbitro en el seno de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, por cuyos Reglamentos se regirá, tanto el nombramiento del Árbitro, como la administración del arbitraje. Si hubiera acuerdo entre los litigantes, podrá constituirse un Colegio Arbitral formado por tres árbitros.

Las partes aceptan, expresamente, cumplir el laudo que, en su caso, se dicte".

No se discute que la referida previsión estatutaria ya se incluyó en los estatutos aprobados en la Asamblea General de la entidad "CAJA CAMINOS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO", celebrada el día 29 de junio de 2007, con ocasión de la transformación de la cooperativa de crédito en sociedad anónima, con la denominación de "BANCO CAMINOS, S.A."

La parte apelante insiste en la ineficacia sobrevenida del convenio arbitral por infracción del artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje, añadido por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

Bajo la rúbrica de "Arbitraje estatutario" el artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje establece:

- "1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.*
- 2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.*
- 3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral."*

El arbitraje estatutario incluido en el artículo 87 de los estatutos de la entidad demanda -cuya legalidad no se cuestiona al tiempo de su aprobación y a los que votó favorablemente el demandante según indica la demandada, lo tampoco ha sido cuestionado- no infringe el artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje al haberse añadido este precepto por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que es posterior a la aprobación y plena eficacia de los estatutos de la entidad demandada, sin que la norma tenga efectos retroactivos (artículo 2.3 del Código Civil) y sin que su entrada en vigor puede determinar la ineficacia sobrevenida del precepto estatutario.



No resulta de aplicación la jurisprudencia relativa a la ineficacia sobrevenida de los contratos de suministro en exclusiva de carburantes que, por su duración, resultan contrarios al Derecho de Defensa de la Competencia. En esa jurisprudencia lo que se analiza son las consecuencias de que esos contratos, amparados al tiempo de su celebración por un Reglamento de Exención, no cumplan los requisitos de un nuevo Reglamento que deroga el anterior, previendo la propia norma un período transitorio para el cumplimiento de los nuevos requisitos sin que, una vez expirado, pudieran quedar amparados por el Reglamento derogado, lo que no guarda relación alguna con la cuestión aquí analizada.

Bajo la vigencia del artículo 11 bis de la Ley de **Arbitraje** no se han modificado los estatutos para introducir el **arbitraje** estatutario. En rigor, ni siquiera estamos ante un supuesto de modificación de los estatutos de una sociedad de capital para introducir el **arbitraje** estatutario que no estaba originariamente contemplado sino que el **arbitraje** estatutario se instituye con ocasión del acuerdo adoptado por la Asamblea General de una cooperativa de crédito con ocasión de su transformación en sociedad anónima.

CUARTO .- La parte apelante alega que la resolución apelada infringe el artículo 2 de la Ley de **Arbitraje** toda vez que la disputa versa sobre una materia que resulta indisponible y, por tanto, no susceptible de **arbitraje**.

En esencia, considera el recurrente que ejercitada la nulidad de los acuerdos impugnados por ser contrarios a normas imperativa -falta de quórum y falta de convocatoria por el presidente- no cabe someter la controversia a **arbitraje**.

Con carácter general, la polémica sobre la posibilidad de someter a **arbitraje** los conflictos societarios ha sido superada en sentido favorable tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

En este sentido, el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de abril de 1998 tiene declarado que: *"La posibilidad de someter a **arbitraje** la nulidad de la Junta General y la impugnación de acuerdos sociales fue admitida por esta Sala en sentencias de 26 de abril de 1905 y 9 de julio de 1907 ; la sentencia de 15 de octubre de 1956 cambió el criterio y negó aquella posibilidad, que fue reiterado por las sentencias de 27 de enero de 1968 , 21 de mayo de 1970 , 15 de octubre de 1971 ; actualmente, tras las reformas legales, tanto de la legislación de **arbitraje** como de la societaria, esta Sala debe pronunciarse confirmando la última doctrina o volviendo a la más antigua. Esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del **arbitraje** y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la Junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de ius cogens pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el **arbitraje** en este tema, ni el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del **arbitraje**".*

En similar sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2001 y se reitera expresamente dicha doctrina por la de 30 de noviembre de 2001, para un supuesto de disolución de la sociedad *"pese a que no es cuestión sometida a casación, pero de ella es preciso partir"*.

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007 se pronuncia en el mismo sentido cuando recuerda que: *"Durante una larga etapa, la opinión mayoritaria de la doctrina mercantil, avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 15 de octubre de 1956 , 27 de enero de 1988 , 21 de mayo de 1970 y 15 de octubre de 1971) entendió que el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de los acuerdos sociales impide someter a **arbitraje** su validez y sólo eran admitidas las cláusulas arbitrales contenidas en los estatutos sociales en las que se hacía una salvedad respecto de las acciones de impugnación de acuerdos sociales (RDGRN de 27 de abril de 1989).*

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

De esta doctrina se desprende que los Estatutos, como negocio constitutivo que tiene su origen en la voluntad de los fundadores, pueden contener un convenio arbitral para la resolución de controversias de carácter social, el cual, manteniendo el carácter de regla accesoria a los estatutos o paraestatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, y vincular no sólo a los firmantes, sino, mediante



su inscripción en el Registro Mercantil, en virtud del principio de publicidad registral, a los socios presentes y futuros, en cuanto constituye uno de los elementos que configuran la posición de socio, de forma análoga a como admitía el artículo 163.1.b de la Ley de Cooperativas (LC) de 2 de abril de 1987, en precepto incorporado a la disposición adicional décima, apartado 2, de la LC vigente".

Conforme al artículo 2 de la Ley de Arbitraje son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho sin que, por otra parte, pueda identificarse orden público con norma imperativa o de *ius cogens*, ni el concepto de materia indisponible con su regulación en norma imperativa lo que conduciría directamente a la práctica exclusión del arbitraje en materia societaria.

Como indicamos en nuestra sentencia de 14 de noviembre de 2008, con cita de la de 23 de noviembre de 2007 de la sección 10ª de esta Audiencia Provincial: "...por orden público debe entenderse el conjunto de principios que inspiran el ordenamiento jurídico y que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de sociedad en un pueblo y época determinados (SSTC 11/87, 116/1988 y 54/1989, entre otros muchos). Un laudo será atentatorio contra el orden público cuando conculque alguno de los principios o derechos fundamentales de la Constitución Española. 5º) La infracción del orden público no puede asimilarse a cualquier infracción de una norma jurídica, ni siquiera a infracción de norma imperativa, ya que no toda infracción de norma imperativa es cuestión de orden público, como tampoco cualquier infracción de los principios de justicia y equidad puede equipararse a infracción del orden público, sino tan sólo la conculcación de aquellos principios de justicia y equidad que conforman el concepto de orden público constitucional según viene interpretándose por la doctrina jurisprudencial".

Como es obvio, no toda infracción de una norma indisponible implicará la vulneración del orden público que, por otra parte, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998, no puede invocarse como excluyente del arbitraje, cuestión distinta es que el laudo infrinja el orden público, lo que determinará su nulidad en virtud del ejercicio de la correspondiente acción de anulación.

Por otro lado, como señala el auto de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de marzo de 2005, mientras sea posible el desistimiento, la renuncia o la transacción dentro del proceso, cuyo límite viene marcado no solo por el art. 1814 del Código Civil sino también por el interés u orden público y el perjuicio para tercero (artículo 6.2 del Código Civil), es posible que la controversia se dirima por medio de arbitraje.

En el supuesto de autos, la controversia versa sobre materias de libre disposición para las partes, desde el momento en que no se aprecia obstáculo alguno para que el actor desista o renuncie a todas o algunas de las acciones ejercitadas o que se alcance en cualquier momento una transacción respecto de cualquiera de las pretensiones formuladas en su demanda.

QUINTO .- En la última de sus alegaciones la parte apelante considera que la resolución recurrida infringe el artículo 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que proclama la perpetuación de la jurisdicción.

Señala el apelante que el auto apelado infringe el mencionado principio porque al resolver sobre las medidas cautelares admitió tácitamente su competencia sin que luego, contradictoriamente y dividiendo la continencia de la causa, pueda rechazarla al estimar la declinatoria.

La cuestión alegada carece de la menor consistencia argumental y no guarda relación alguna con el principio de *perpetuatio iurisdictionis* del artículo 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual: "Las alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial del litigio".

Por lo demás, la diligente tramitación y resolución de la solicitud cautelar con fecha 29 de junio de 2017 y, en consecuencia, antes incluso de que el demandado promoviera en plazo la declinatoria, lo que tuvo lugar por escrito presentado el día 3 de julio de 2017, no impide al juez apreciar su falta de jurisdicción por estar sometida la cuestión litigiosa a arbitraje.

Tratándose de medidas cautelares coetáneas a la demanda, no resulta de aplicación el artículo 725 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referido a las medidas cautelares previas, ni tiene sentido que el juez analice de forma autónoma su jurisdicción y competencia objetiva en el seno de la petición cautelar, lo que debe hacerse, en su caso, en los autos principales de los que son accesorias las medidas cautelares.

El juzgador al resolver sobre la petición cautelar no podía declarar su falta de jurisdicción por estar sometida la cuestión a arbitraje porque se trataba de una cuestión a resolver en los autos principales y siempre que el demandado la planteara en forma (artículo 11 de la Ley de Arbitraje). A la sumo y la vista de las alegaciones de la parte demandada en la vista de medidas cautelares -dado que ni siquiera se había aún promovido la



declinatoria- podría haber tenido en cuenta la cuestión como un elemento más para analizar la apariencia de buen derecho, lo que no tuvo lugar al rechazarse la petición cautelar por falta de peligro por la mora procesal.

Los razonamientos expuestos determinan la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la resolución apelada.

SEXO .- La desestimación del recurso de apelación conlleva la imposición de las costas ocasionada con el mismo a la parte recurrente por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador don Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de **DON Baltasar** contra el auto de fecha 20 de julio de 2017 dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid en los autos de juicio ordinario núm. 603/2.017.

2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.

3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno.

Así, por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal que constan en el encabezamiento de esta resolución.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos./as. Sres./as. Magistrados arriba reseñados.