



Roj: **STSJ CAT 4085/2019 - ECLI:ES:Tsjcat:2019:4085**

Id Cendoj: **08019310012019100091**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **08/04/2019**

Nº de Recurso: **3/2019**

Nº de Resolución: **28/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA EUGENIA ALEGRET BURGUES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Tribunal Superior de Justicia de Cataluña**

#### **Sala Civil y Penal**

Paseo Lluís Companys, 14-16

08018 Barcelona

**Arbitraje** núm. 3/2019

**Parte demandante:** Baloo d'Inversions, SL

**Parte demandada:** Espai d'Inversions, 2005, SL

#### **SENTENCIA NÚM. 28**

Presidente:

Ilmo/a Sr/a José Fransico Valls gombau

Magistrados:

Ilmo/a Sr/a. María Eugènia Alegret Burgués

Ilmo/a Sr/a Jordi Seguí Puntas

En Barcelona, a 8 de abril de 2019

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan al margen, ha visto el presente procedimiento de **arbitraje** para el nombramiento de árbitro. La demandante ha estado asistida por el/la letrado/a Sr. ALFONSO MARISTANY PINTÓ y representado por el procurador Sr/a IGNACIO LOPEZ CHOCARRO. La parte demandada Espai d'Inversions, 2005, SL ha estado asistida por el/la letrado/a Sr. ANTONIO VALMAÑA CABANES y representada por la procuradora Sr/a MONTSERRAT LLINAS VILA.

#### **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO.-** En fecha 28 de febrero de 2019 tiene entrada en esta Sala Civil la solicitud de nombramiento judicial de árbitro presentada por Baloo d'Inversions, SL contra Espai d'Inversions, 2005, SL.

**SEGUNDO.-** Por decreto de fecha 5 de febrero de 2019 se admite a trámite la demanda, dando traslado de la misma a la parte demandada por término legal, presentando escrito de contestación a la demanda en fecha 28 de febrero por por la procuradora Sra. Llinás Vila.



**TERCERO.-** Contestada la demanda se concede el término de cinco días legalmente previsto a la parte demandante, con el resultado que obra en autos, asimismo, por resolución de fecha 7 de marzo se ha señalado para votación y fallo que tuvo lugar el pasado día 28 de marzo.

Ha sido ponente el/a magistrado/a de esta Sala Ilmo/a. Sr/a. María Eugènia Alegret Burgués.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. - Planteamiento

Solicita la entidad Baloo d'inversions SL (en adelante Baloo) frente a Espai d'Inversions 2005 SL (en adelante Espai), que esta Sala designe un árbitro para que solvete la situación de bloqueo producida en el seno de la sociedad mercantil Bonpreu Holding SL (en adelante Bonpreu) participada al 50% por cada uno de los litigantes.

La otra parte se opone a tal designación argumentando, en síntesis, que precisamente para superar las situaciones de bloqueo de los órganos sociales se nombró un árbitro que dispuso como debían solventarse estas situaciones, introduciendo un artículo en los Estatutos sociales de Bonpreu, el número 35, donde se establecían los mecanismos oportunos. Se añade que es en la ejecución de dichos mecanismos -previstos ahora tras el **arbitraje** llevado a cabo en los Estatutos de Bonpreu- donde se producen las divergencias entre las partes, razón por lo que no existiría el convenio arbitral en su momento pactado en el Protocolo familiar al haberse agotado en el anterior **arbitraje** sus efectos. Se alega también que así lo entendieron ambas partes pues cuando Espai ha intentado que por vía judicial se declare que el proceso de separación previsto en el art. 35 de los Estatutos no había concluido, la otra parte no invocó en momento alguno la existencia de convenio arbitral para resolver la controversia, siendo que el **arbitraje** que quiere plantear ahora Baloo sería igualmente referido a la interpretación y ejecución del art. 35 de los Estatutos de Bonpreu en los que no existe sumisión de las controversias al **arbitraje**. Finalmente, subsidiariamente a lo anterior, se indica que el **arbitraje** debería ser institucional pues se trata de combatir acuerdos negativos de la Junta. Se opone, por último, a que en el caso de que la Sala acordase el nombramiento del árbitro este recayese en la misma persona que emitió el laudo por el que se introdujo el art. 35 en los Estatutos de Bonpreu.

### SEGUNDO.- Antecedentes

A los efectos de una mejor comprensión del asunto planteado, se hacen constar los siguientes antecedentes:

1.-BALOO sociedad patrimonial de D. Juan Ramón y ESPAI, sociedad patrimonial de su hermano Ángel Daniel, 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 administradoras solidarias de BONPREU HOLDING S. L. y, por extensión del grupo empresarial BONPREU.

2.-En el año 2005, los hermanos Juan Ramón Ángel Daniel suscribieron un protocolo familiar para regular las relaciones entre el grupo Bonpreu y la familia Juan Ramón Ángel Daniel.

3.- 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 ") establecieron lo siguiente:

" 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."**

4.-En el Protocolo Familiar de 5 de agosto de 2005 se contempló que " 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 ".

5.-Desde hace tiempo existen serias discrepancias entre ambos grupos familiares.



6.-Baloo, en la Junta General de Socios celebrada ante Notario el 25 julio 2014, propuso la introducción de un nuevo artículo en los Estatutos sociales de Bonpreu (art. 35), en el que se pretendía regular los mecanismos de resolución de conflictos. ESPAI se opuso a la aprobación de la modificación de los Estatutos sociales, razón por la cual Baloo instó, al amparo de la cláusula E) del apartado VIII del Protocolo, un **arbitraje**.

7.-Por Sentencia de 30 de julio de 2015, esta Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, estimó la petición deducida por Baloo de nombramiento de árbitro.

8.-El día 14 de octubre de 2016, se dicta laudo final en que se declara que: ". ( 1) ESPAI ha incumplido el Protocolo familiar al negarse a implementar en los Estatutos sociales de BONPREU HOLDING S.L., a través de Junta, la cláusula de separación y exclusión de socios prevista en el apartado VIII D) del Protocolo; (2) Condenó a ESPAI a acudir y comparecer en Junta General de socios de BONPREU 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 ..." .

9.-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.

10.-En fecha 22 de mayo de 2017 esta Sala dictó Sentencia desestimando la acción de nulidad del laudo interesada por Espai.

11.-Instada la ejecución del laudo, finalmente fue ejecutado judicialmente estableciendo ahora el art. 35 de los Estatutos de la entidad Bonpreu lo siguiente:

*Article 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 mitjançant 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 finançament.*

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

*Operacions de fusió, així com 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 i execució de noves línies estratègiques de negoci.*

*Aprovació de comptes anuals, de la gestió social, l'aplicació del resultat de l'exercici 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'exercir 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 Órgan 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 conducte 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 mitjana 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 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, 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 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. 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).

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, concedir, 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 dré 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 compradas 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 calcul, 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.

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 el socis es comprometen a col·laborar activament i de bona fe atorgant tots els documents públics i privats necessaris."

12.-El día 28 de marzo de 2018, Espai inició ante el Juzgado de lo mercantil nº 8 de los de Barcelona un procedimiento judicial en el que solicitaba el reconocimiento de la vigencia de su derecho de separación frente a la sociedad Bonpreu, así como su efectividad, por cuanto entendía que tras haber llevado a cabo las dos rondas de valoración previstas en la cláusula 35 b) de los Estatutos sociales sin poder tener en cuenta los valores alcanzados, por discrepar en más de un 25%, se había llegado a una situación de bloqueo que debía ser resuelta judicialmente en cuanto a la determinación de cual debía ser el valor razonable que permitiera establecer el precio a recibir por Espai al salir de la sociedad y desprenderse de su 50%. Se interesaba que se declarase el derecho de separación seguía todavía vigente y que no podía pasarse a los siguientes mecanismos de escisión y formación de lotes.

13.-Tras oponerse la sociedad Bonpreu, la demanda fue rechazada por el Juzgado mediante Sentencia de 2 de noviembre de 2018 .

En dicha sentencia el Juzgado, tras afirmar que la finalidad última del art. 35 de los Estatutos era eliminar la situación de bloqueo entre los socios, determinó que la fase de separación prevista en el apartado b) de los Estatutos había quedado finalizada y que procedía la escisión de la sociedad mediante formación de lotes. La sentencia no es firme al haber sido recurrida por la actora.

14.-Antes de pronunciada la Sentencia, Baloo había convocado una junta General extraordinaria de la entidad Bonpreu para el día 22 de octubre de 2018, con el fin de que Espai votase a favor de aprobar "las operaciones de reestructuración del grupo societario encabezado por la sociedad incluyendo sin carácter limitativo las



operaciones de escisión parcial de las sociedades Bonpreu SAU, Gesdip SL, Interbacaco SL y la reducción de capital de sociedad Bonpreu".

En dicha Junta, tras intentar Espai su desconvocatoria, Baloo afirmó que lo que se sometía a la aprobación de los socios " *ya son varios proyectos los que se han ido mandando en el régimen de información general establecido, con lo cual básicamente lo que se está proponiendo dentro de la ejecución del art. 35 de los Estatutos sociales y en el punto en que nos encontramos son las operaciones de reestructuración que permitan un poco ese reparto o asignación de los lotes que teníamos establecido, con lo cual se ha puesto en una primera fase las operaciones de escisión parcial de las sociedades Bon Preu SAU, GESDIP, SL y INTERBACACO SL , tal y como se establece en todos los proyectos de escisión, que se han puesto a disposición de todos los socios y luego eventualmente en una segunda fase se llegaría a una operación de reducción de capital de la sociedad Bon Preu Holding SL, con devolución de aportaciones .* "

15.-Espai hizo constar que se hallaba subjudice el derecho de separación del socio conforme al art. 35 de los Estatutos y votó en contra de la aprobación de los acuerdos pretendidos por el Administrador convocante de la Junta.

16.-En este estado de cosas, Baloo al amparo de la misma cláusula por la que se nombró al árbitro anterior, presenta la actual demanda en solicitud de nuevo árbitro para "resolver la situación de bloqueo" de los órganos sociales que se ha producido por haberse negado Espai a votar a favor de los acuerdos sometidos a aprobación de la Junta de Bonpreu Holding SL el pasado 22 de octubre.

### **TERCERO. - Nombramiento judicial de árbitros. Requisitos:**

El art. 8.1 de la Ley de **Arbitraje** 60/2003 , tras la reforma operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo (en adelante LA), establece una reasignación de las funciones judiciales en relación con el **arbitraje**, correspondiendo el nombramiento judicial de árbitros a la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

El art. 15.3 LA dispone que, caso de no resultar posible designar árbitro mediante el procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar el nombramiento de árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello, sustanciándose las pretensiones por el cauce del juicio verbal. Téngase presente que serán las partes directamente las que con total libertad pueden acordar el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad -art. 15. 2 LA- y solo para aquellos supuestos en que resulte necesario suplir la voluntad de las partes se podrá solicitar al Tribunal la designación de los árbitros para evitar su paralización e impulsar el **arbitraje**.

El art. 15. 5 LA señala que el Tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulte la existencia de convenio arbitral, previsión cuyo alcance viene expuesto en la Exposición de Motivos de la Ley, cuando afirma que :*"debe destacarse que el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia. Por ello el juez solo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando prima facie pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio"*.

De otra parte la Sentencia TS, Sala 1ª nº 409/2017, de 27 junio , considera que en el caso de nombramiento judicial del árbitro, la actuación del órgano judicial debería limitarse a realizar un análisis superficial acerca de la existencia del convenio arbitral conforme a la llamada tesis fuerte del principio Kompetenz-Kompetenz mientras que en el caso de que ya se haya iniciado un litigio judicial y se plantee una declinatoria por falta de jurisdicción por existir convenio arbitral, se aplicaría la llamada tesis débil según la cual compete al órgano judicial realizar un enjuiciamiento completo de la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral.

Con todo, el art. 15.5 de la LA no exime al tribunal examinar si existe el convenio arbitral que se invoca (STSJCat de 9 de diciembre de 2013) en relación con la concreta controversia que se plantea en la medida en que como aclara el TC en la STC de 11 enero 2018 ( FJ 3):

*"La exclusividad jurisdiccional a que alude el artículo 117.3 CE no afecta a la validez constitucional del **arbitraje**, ni vulnera el artículo 24 CE . En relación con el sometimiento de controversias al **arbitraje**, este Tribunal ha reiterado que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva ( artículo 24.1 CE ) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio. A esos efectos, se ha incidido en que dicha renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la*



*renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar (por todas, STC 65/2009, de 9 de marzo, FJ 4)."*

Y subraya "... como se ha hecho en anteriores ocasiones, que el **arbitraje** en cuanto equivalente jurisdiccional, se sustenta, en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Es "un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados ( art. 1.1 CE )" ( STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1). Dicha Sentencia, en su fundamento jurídico 4, resalta la importancia de la nota de voluntariedad en el **arbitraje** "lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento ( art. 1.1 CE )."

De este modo, precisamente el elemento de voluntariedad es lo que impide que *quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos*, por lo que la Sentencia concluye en que:

*"Ello quiere decir que la falta de la necesaria concurrencia de la voluntad de ambas partes litigantes para someterse a este mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos y su imposición a una de ellas, en principio, no se compadece bien con el básico aspecto contractual del **arbitraje** y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que garantiza el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales ( art. 24.1 CE ). La razón estriba en que ha de entenderse que en el mecanismo arbitral, la renuncia al ejercicio del derecho fundamental proviene de la legítima autonomía de la voluntad de las partes, que, libre y voluntariamente, se someten a la decisión de un tercero ajeno a los tribunales de justicia para resolver su conflicto, y ello, correctamente entendido, no implica una renuncia general al derecho fundamental del artículo 24 CE, sino a su ejercicio en un determinado momento, no quebrantándose principio constitucional alguno ( SSTC 174/1995, 75/1996 y 176/1996 ). "*

#### **CUARTO-** . *Inexistencia de convenio que ampare la pretensión actual de Baloo*

En el segundo FJ de esta resolución ya hemos dicho que el conflicto actual que pretende Baloo resolver con el nombramiento del árbitro se relaciona directamente con la interpretación y ejecución del art. 35 de los Estatutos de Bonpreu, en los cuales no existe ninguna cláusula arbitral. Antes bien, en el apartado correspondiente a la separación a propuesta de los socios se dice expresamente que " *el Soci complidor podr  sol licitar al Jutjat corresponent l'acompliment del procediment disposat en aquest Article*".

Según resulta de lo expuesto en el FJ 2º, tampoco el Protocolo familiar en el que -ya se dijo en la STSJCat de 30 de julio de 2015- era perfectamente posible la inserción de cláusulas arbitrales según el RD 171/2007, de 9 febrero, que regula la publicidad de los protocolos familiares, contiene una cláusula arbitral general que permita la resolución de cualquier cuestión o controversia que surja de la interpretación del Protocolo sino que esta viene constreñida a poner fin a las situaciones de bloqueo de la sociedad por la existencia de dos socios con igual participación social.

Fue por ello que en la Sentencia de 30 de julio de 2015 declaramos que la controversia que pretendía someterse entonces a **arbitraje**, sin perjuicio de su concreción en la correspondiente instancia arbitral, aparecía, *prima facie* incluida en el convenio arbitral, pues tenía que ver con la implementación de mecanismos *permanentes* de solución de conflictos que evitasen el bloqueo de los órganos sociales por la existencia de dos bloques familiares con el mismo número de participaciones sociales y, en su caso, la escisión de la sociedad y la separación de los socios.

De igual modo la STSJCat de 22-5-2017 volvió a validar la existencia del convenio arbitral precisamente para la implementación de una modificación estatutaria de la mercantil Bonpreu para la resolución de conflictos y entre ellos la regulación adecuada de la separación y escisión como mecanismo último para darles salida (FJ 3 punto 5) en tanto la posible paralización de la sociedad era consustancial a la estructura societaria y a las situaciones producidas por la votación divergente de los dos socios en las Juntas Generales (FJ 4ª in fine de la Sentencia).

En consecuencia se declaró dentro del ámbito objetivo del convenio arbitral la posibilidad de que el árbitro incluyese en los Estatutos de Bonpreu como superación de la situación de bloqueo, los mecanismos de separación y de escisión (FJ 13 punto 3º de la sentencia), como así hizo el árbitro al redactar el art. 35 de los Estatutos.

De esta forma, el árbitro ya se pronunció sobre la manera en que debían resolverse las situaciones de bloqueo por lo que un nuevo nombramiento a los mismos fines no es ahora posible. A diferencia de lo alegado en la demanda no existe cosa juzgada por el nombramiento por parte de la Sala del anterior árbitro pues en los casos en los que las partes no han previsto un convenio arbitral para todos los conflictos nacidos de una determinada relación jurídica, como es el caso, debe atenderse a la clase de controversia que pretende suscitarse.





El **arbitraje** anterior fue concebido en términos concretos y determinados y para una única circunstancia: establecer los mecanismos definitivos para superar las situaciones de bloqueo.

El laudo dictado en la medida en que estableció una cláusula concluyente para la resolución de los conflictos [ *En cas de bloqueig s'aplicaran les regles següents* ] agotó los efectos de la previsión contractual de las partes, razón por la cual el modo de dirimir las situaciones de bloqueo no las puede decidir de nuevo un árbitro puesto que están ya zanjadas y desarrolladas con efecto de cosa juzgada material (art. 43 de la LA ) en el art. 35 de los Estatutos sociales de Bonpreu, para cuya interpretación y/o ejecución, que es en puridad lo ahora controvertido, no existe cláusula arbitral alguna.

No puede entenderse en el caso, dados los limitados términos de la cláusula arbitral en su día suscrita en el Protocolo familiar, que existió una renuncia permanente de la jurisdicción de los tribunales de justicia para toda cuestión litigiosa que pudiese aparecer entre los dos grupos de partícipes.

Así se deduce también de los actos de las partes pues cuando surgió el conflicto de interpretación sobre el alcance del derecho de separación de los partícipes contemplado en el art. 35 de los Estatutos de Bonpreu, solución b) prevista en primer lugar por el árbitro, ninguno de los contendientes alegó o declinó la competencia jurisdiccional del Juzgado de lo mercantil nº 8 para su resolución, por lo que no existe razón para entender ahora que la interpretación y/o ejecución del mecanismo de escisión regulado en el mismo artículo corresponde a un árbitro, solo por introducirlo como punto a decidir en una Junta extraordinaria de Bonpreu, que termina -como otras- sin acuerdo.

Por lo expuesto procede, sin necesidad de mayores razonamientos, desestimar la demanda entablada.

#### **QUINTO.-** Costas

Se imponen las costas del procedimiento a la parte demandante según el criterio del vencimiento establecido en el art. 394 de la Lec .

#### **PARTE DISPOSITIVA**

##### **LA SALA CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, FALLA:**

1. NO ha haber lugar al nombramiento de árbitro objeto de la demanda formulada por Baloo d'Inversions, SL contra Espai d'Inversions, 2005, SL.
2. Con imposición de las costas a la parte demandante.

Notifíquese esta Sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**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.