



Roj: **SAP SS 313/2008 - ECLI: ES:APSS:2008:313**

Id Cendoj: **20069370022008100127**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **2**

Fecha: **04/02/2008**

Nº de Recurso: **2271/2007**

Nº de Resolución: **2038/2008**

Procedimiento: **Recurso apelación LEC 2000**

Ponente: **ANE MAITE LOYOLA IRIONDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA

Sección 2ª

SAN MARTIN 41 1ª planta- C.P. 20007

Tfno.: 943-000712

Fax: 943 00 07 01

N.I.G. 20.05.2-06/008017

R.apelación L2 2271/07

O.Judicial Origen: Jdo. de lo Mercantil nº 1 (Donostia)

Autos de Juicio verbal L2 178/06

|
|
|
|

Recurrente: Pedro Jesús y GESTORIA OSTOLAZA S.L.

Procurador/a: MARIA ELENA GARCIA DEL CERRO CORREDERA y MARIA ELENA GARCIA DEL CERRO CORREDERA

Abogado/a: JUAN LUIS ALFARO ZUBILLAGA y ANTONIO MARIA IRURETAGOYENA MARTIN

Recurrido: Blas

Procurador/a: JUAN RAMON ALVAREZ URIA

Abogado/a: IGNACIO ARBIDE OLAIZOLA

SENTENCIA N°

ILMOS. SRES.

Dña. YOLANDA DOMEÑO NIETO

Dña. ANE MAITE LOYOLA IRIONDO

D. FELIPE PEÑALBA OTADUY

En DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, a cuatro de febrero de dos mil ocho

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta capital, constituida por los Magistrados que al margen se expresa, ha visto en trámite de apelación el Juicio Verbal nº 178/06 del Juzgado Mercantil nº 1 de Donostia /



San Sebastián, seguidos a instancia de D^a Blas (demandante-apelado), representada por la Procuradora Sra. García del Cerro y defendida por el Letrado Sr. Antxon Iruretagoyena y GESTORIA OSTOLAZA (demandante-apelado), representado por la Procuradora Sra. García del Cerro y defendida por el Letrado Sr. Alfaro , contra Blas , (demandado-apelante), representado por el Procurador Sr. Alvarez Uría y defendido por el Letrado Sr. Arbide; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado de fecha 22 de septiembre de 2006.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 22 de septiembre de 2006 el Juzgado Mercantil, nº 1 de Donostia/San Sebastián dictó sentencia, que contiene el siguiente Fallo:

"Que estimando la demanda presentada por el Procurador Sr. Alvarez Uria, en nombre y representación de D. Blas , contra D. Pedro Jesús y GESTORIA OSTOLAZA S.L., representados por la Procuradora Sra. García del Cerro dispongo que procede nombrar un arbitro para resolver la cuestión objeto de la presente pretensión sobre la impugnación por parte de D. Blas de los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria de la entidad GESTORIA OSTOLAZA S.L. de uno de junio de dos mil seis, lo cual deberá hacerse en la forma señalada en el fundamento de derecho cuarto, debiendo de estar y pasar los demandados por dicha decisión.

Todo ello condenando en costas a la parte demandada

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación, a preparar en el plazo de cinco días ante este Juzgado para su resolución por la Audiencia Provincial."

SEGUNDO.- Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso por una de ellas recurso de apelación, que fue admitido, y elevados los autos a esta Audiencia, se señaló día para la Votación y Fallo el 28 de enero de 2008.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido todas las formalidades prescritas por la ley.

CUARTO.- Ha sido Ponente la Il^{ta}. Sra. Magistrada D^a. ANE MAITE LOYOLA IRIONDO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos de Derecho contenidos en al sentencia de instancia

PRIMERO-La representación de Pedro Jesús interpone recurso de apelación contra la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2006 y complemento de fecha 8 de noviembre de 2006 dictados por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de esta capital y solicita su revocación dictándose nueva resolución por la cual se desestimen en su totalidad los pedimentos consignados en la demanda.

Se invoca como motivo del recurso:

-Procedencia del estudio de las excepciones de falta de legitimación:"siendo el objeto del **arbitraje**, la resolución sobre la validez o no de un acuerdo social adoptado en la Junta General celebrada el 1 de junio de 2006 ,es este y no otro el momento procesal para resolver esa falta de legitimación ante los tribunales y no durante el procedimiento arbitral."

-Falta de legitimación pasiva de Pedro Jesús : " el actor plantea la demanda directamente a él en su calidad de socio de Gestoria Ostolaza SL, y los socios no son parte pasiva en el proceso de impugnación de acuerdos sociales (artículo 117.3 de la L.S.A). Las acciones de impugnación deben dirigirse contra la sociedad".

-Falta de legitimación activa de Blas : "no se opuso en la Junta de uno de junio de 2006 al acuerdo que ahora pretende impugnar por la vía arbitral, conforme a lo establecido en los artículos 117.2 de la L.S.A. siendo imprescindible dicha oposición expresa para proceder a su impugnación".

-Inexistencia de convenio arbitral por exclusión, en aplicación del artículo 24 de los estatutos: "el artículo 24 de los estatutos excluye de manera expresa el **arbitraje** de equidad para la impugnación de acuerdos sociales. La interpretación ha de ser restrictiva".

-Nulidad de la cláusula prevista en el artículo 23 de los estatutos (imprecisión de la misma): "se trata de una estipulación nula porque adolece de defectos invalidantes, falta la expresa mención en ese estatuto de la obligación de cumplimiento del laudo."

-Fueros alternativos y excluyentes: con relación a dicho motivo de impugnacion se alega por la parte recurrente que en el presente caso la sumisión sería nula al no haber sido decisiva, exclusiva y excluyente ya que el artículo



24 dejaría abierta la impugnación a través de la jurisdicción ordinaria, tratándose de un defecto invalidante que no podría ser subsanado.

-Improcedencia del **arbitraje** de equidad para la impugnación de acuerdos sociales:" el artículo 23 de los Estatutos Sociales no puede ser de aplicación en procesos de impugnación de acuerdos sociales regidos por los preceptos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada, pues siendo éstos de carácter imperativo, no pueden quedar sujetos a una revisión de equidad. Con independencia del cauce procesal elegido para resolver la controversia, sea ese arbitral o judicial, no es posible soslayar la aplicación de las normas de "ius cogens" entre las que se encuentran las reguladoras de los acuerdos sociales".

-Costas de la Primera Instancia:"no ha habido temeridad ni mala fe y se trata de un interés legítimo respaldado por la jurisprudencia, circunstancias excepcionales".

SEGUNDO.- ¿La representación de Gestoría OstolazaS.L. interpone recurso de apelación contra la sentencia y auto aclaratorio de referencia y solicita se dicte nueva resolución por la cual se desestimen en su totalidad los pedimentos consignados en la demanda, con imposición de las costas causadas a la parte actora.

Motivos del recurso:

-Inexistencia de convenio Arbitral para la resolución de la cuestión planteada.

Se señala en tal sentido que la interpretación de los artículos 23 y 24 de los estatutos sociales no puede ser otra que la de entender que los socios constituyentes excluyeron de forma expresa la impugnación de acuerdos sociales.

-Imposibilidad de decidir en equidad cuestiones que afectan a la legalidad.

Se invoca por la parte recurrente el carácter imperativo de las normas conforme a las cuales ha de resolverse la impugnación de los acuerdos sociales, señalándose que al tratarse de una cuestión de legalidad no puede resolverse en equidad.

TERCERO.- Con carácter previo a conocer de los motivos del recurso propiamente ha de darse respuesta al conjunto de escritos presentados ante este Tribunal una vez dictada la Providencia de fecha 21 de noviembre de 2007 por la cual se señalaba el día para votación y fallo, teniendo en cuenta, en todo caso, que la resolución que motiva el presente recurso fue dictada con fecha 22 de septiembre de 2006 y el auto de aclaración el 8 de noviembre de 2006

-Escrito de fecha 9 de enero de 2008 aportado por la representación de Pedro Jesús, adjuntando sendos documentos judiciales relativos a la demanda en solicitud de disolución judicial de la sociedad mercantil presentada por la representación de Pedro Jesús ante el juzgado de lo Mercantil, dichos documentos llevan fecha de 13 de diciembre de 2007.

Mediante providencia de fecha 16 de enero de 2008 se admitió dicho escrito y se acordó dar traslado a la parte contraria, a fin de que pudiera realizar alegaciones si lo tenía por conveniente y todo ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 271.2 de la L.E.C. Se admiten dichos documentos en atención a la fecha de los mismos y ello, al margen de la valoración de su contenido que pueda realizar la Sala.

-Escrito de fecha 17 de enero de 2008 aportado por la representación de Blas dando respuesta al traslado conferido adjuntando como documentos copia íntegra de la demanda de disolución judicial presentada ante el Juzgado de lo Mercantil nº1 de San Sebastián y como documentos dos y tres sendos autos dictados por el juzgado de lo mercantil nº1 de esta capital, de fechas 20 de octubre de 2006 y 2 de febrero de 2007.

Se admiten los documentos aportados al amparo de lo dispuesto en el artículo 271.2, independientemente de la valoración de su contenido por el Tribunal.

-Escrito de fecha 28 de enero aportado por la representación de Pedro Jesús realizando alegaciones en virtud del traslado conferido mediante providencia de fecha 16 de enero de 2008.

Debe rechazarse el mencionado escrito, así como la documentación que se adjunta, habida cuenta que el traslado conferido mediante providencia de fecha 6 de enero de 2008 iba dirigido a la parte contraria, esto es a la representación de Blas, pues en definitiva, se trataba de poner en conocimiento de aquella el contenido del escrito y documentos adjuntos que previamente había aportado la representación de Pedro Jesús.

-Escrito de fecha 30 de enero de 2008 aportado por la representación de Blas realizando alegaciones respecto al escrito de fecha 28 de enero de 2008 (Pedro Jesús). Se tiene por causadas las manifestaciones en él contenidas.



CUARTO.- Entrando a conocer de los motivos de recurso que afectan propiamente a la cuestión de fondo y puesto que las alegaciones formuladas por la representación de Gestoria Ostolaza S.L. resultan coincidentes en lo esencial con algunos de los motivos de impugnación invocados por la representación de Pedro Jesús ,procederemos al análisis conjunto de las mismas, sin perjuicio de dar respuesta de forma individualizada a aquellas que con carácter exclusivo han sido formuladas por la representación de Pedro Jesús .

Así, abordando el tema relativo a la procedencia del estudio de las excepciones de falta de legitimación procesal y más concretamente acerca de la falta de legitimación pasiva de Pedro Jesús , señala la parte recurrente "¿el actor plantea la demanda directamente a él en su calidad de socio de Gestoria Ostolaza S.L. y los socios no son parte pasiva del proceso de impugnación de acuerdos sociales. Las acciones de impugnación deben dirigirse contra la sociedad "y en cuanto a la excepción de falta de legitimación activa de Blas alega que "no se opuso en la Junta de uno de junio de 2006 al acuerdo que ahora pretende impugnar por vía arbitral conforme a lo establecido en los artículos 117.2 de la L.S.A. siendo imprescindible dicha oposición expresa para proceder a su impugnación".

Debemos precisar en primer lugar que nos encontramos ante un procedimiento de juicio verbal en el que se ejercita una pretensión consistente en instar del órgano judicial competente la designación de arbitro. Este y no otro es el objeto del procedimiento y precisamente por ello debemos concluir en el sentido de que el análisis de las excepciones de falta de legitimación que se formulan por la parte recurrente deberán ceñirse al hecho de si la relación jurídica procesal ha quedado o no válidamente constituida tomando en consideración la acción que se ejercita, la regulación legal al respecto así como la configuración de la mercantil interviniente y la posición que los socios litigantes ocupan en la misma.

Pues bien, ponderando dichos presupuestos y tomando en consideración la literalidad del artículo 15.3 de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, se llega a la conclusión de que en el presente caso la relación jurídica procesal ha quedado validamente configurada y por ende las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva que se formulan por la representación de Pedro Jesús deben ser rechazadas, habida cuenta que tal y como previene el citado precepto cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros y no cabe duda que en el presente caso constituida la sociedad limitada Gestoria Ostolaza por dos socios Pedro Jesús y Blas con idéntica participación social y ejerciendo ambas la condición de administradores solidarios (folio 19) queda plenamente legitimado el actor Blas para hacer valer el cumplimiento de las disposiciones estatutarias de la sociedad Gestoria Ostolaza S.L.frente al socio disidente, en los términos previstos en el artículo 11 de la Ley de **arbitraje** ,en relación con lo dispuesto en el artículo 15.4 de dicho texto legal.

Por lo expuesto se rechazan las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva formuladas declarando la válida configuración de la relación jurídica procesal.

QUINTO.- ¿Dos son los motivos de impugnación que serán analizados en estos Fundamentos de Derecho dada la interconexión existente entre ellos.

De una parte se invoca por la parte recurrente la inexistencia de convenio arbitral por exclusión del artículo 24 de los estatutos y de otra se invoca la nulidad de la cláusula contenida en el artículo 23 de los estatutos, alegando que dicha cláusula adolece de vicios invalidantes ,refiriéndose a la imprecisión de la misma.

Procede por tanto el análisis de los artículos 23 y 24 de los estatutos.

Artículo 23 "Las cuestiones que pudieran surgir entre los socios y entre estos y la sociedad sobre asuntos sociales, quedarán sometidas a **arbitraje** de equidad en la forma establecida en la Ley de **Arbitraje** de Derecho privado de 5 de diciembre de 1988.

Artículo 24 "Lo previsto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las normas sobre el procedimiento de impugnación y demás que fueran de carácter imperativo cuya vigencia queda en todo caso a salvo".

A la vista del contenido de las cláusulas que preceden debemos tomar en consideración dos cuestiones fundamentales primero, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 1255 del C.C. "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público "y segundo que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

Precisamente por ello ,las alegaciones vertidas por los recurrentes acerca de la falta de precisión de la cláusula arbitral contenida en el artículo 23 y de la exclusión de convenio arbitral para la impugnación de acuerdos sociales (artículo 24) deben ser rechazadas, habida cuenta que si bien la impugnación de acuerdos sociales esta regida por normas de ius cogens ,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 impide



el carácter negocial y, por tanto dispositivo de los mismos, sin perjuicio de que si algún extremo estuviera fuera del poder de disposición de las partes, el arbitro no podría pronunciarse sobre el mismo so pena a de ver anulado total o parcialmente el laudo.

Las cláusulas que ahora se combaten no hacen sino recoger el mandato contenido en la ley de **arbitraje** cuando dispone en su artículo 2 que serán susceptibles de **arbitraje** las controversias sobre materia de libre disposición conforme a derecho, de modo que la tesis de los recurrentes al referir que las materias que aquí se suscitan ¿impugnación de acuerdos sociales -resultan indisponibles para las partes y sometidas imperativamente a la jurisdicción ordinaria no puede ser aceptada, pues con dicha argumentación se está confundiendo el carácter de las normas jurídicas con el ejercicio de los derechos privados, y no públicos de los que se puede disponer, incluso en el máximo grado de disposición que implica la renuncia, como ocurre con los relativos a los beneficios y ganancias consiguientes a la cualidad de socio.

Es más la posibilidad de someter a **arbitraje** la impugnación de acuerdos societarios queda reconocida con claridad y contundencia en nuestra jurisprudencia ya que el propio T.S. justifica su criterio por las reformas legales operadas, tanto de la legislación de **arbitraje** como de las societarias, razonando que dicha materia no puede quedar excluida del **arbitraje**, por tanto del convenio arbitral ya que aún cuando la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de ius cogens el convenio arbitral no alcanza a las mismas sino al cauce procesal de resolverlas por lo que 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.

Tras la promulgación de la actual ley de enjuiciamiento civil cuyo artículo 19.1 establece un único límite ¿la prohibición o limitación establecida por la ley, por razones de interés general, o en beneficio de tercero al derecho de disposición de los litigantes, la posibilidad de resolver la impugnación de acuerdos sociales mediante **arbitraje** esta fuera de discusión, queda por tanto clara la potestad que tienen las partes de someter esta cuestión a **arbitraje**, en el bien entendido de que los arbitros no podrán pronunciarse validamente sobre materias que no sean de libre disposición de las partes. El hecho de que las normas que regulan el funcionamiento de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles sean imperativas no impide someter dichas materias a **arbitraje**, pues no se trata de que el convenio arbitral en materia de impugnación de acuerdos transforme la naturaleza imperativa de unas normas, ni tampoco que autorice al arbitro para que infrinja una norma imperativa.

Por lo expuesto dicho motivo de recurso deberá ser desestimado.

SEXTO.- Idéntico criterio desestimatorio procederá aplicar al motivo de recurso que se refiere a la naturaleza del **arbitraje** consignado por los socios en la cláusula arbitral. Se alega por los recurrentes la inviabilidad de un **arbitraje** de equidad para la impugnación de acuerdos sociales y con relación a dicho extremo ha de indicarse que el **arbitraje** de equidad no tiene por que resultar inadecuado en estos casos, aun cuando en los mismos deban completar sus razones de equidad, según su saber y entender, con los conocimientos jurídicos que posean, lo que lejos de invalidar el **arbitraje**, comportaría mayores garantías para las partes que decidieron someterse al procedimiento arbitral.

En todo caso el problema de la eventual infracción de una norma imperativa podrá derivarse del contenido del Laudo, no del convenio arbitral.

SÉPTIMO.- ¿En cuanto a la supuesta nulidad del convenio arbitral por no ser "decisiva, exclusiva y excluyente la redacción del artículo 24 de los estatutos," discrepa el Tribunal de la interpretación seguida por la parte recurrente habida cuenta que la previsión contenida en el artículo 24 de los Estatutos no deja a la libre decisión de las partes la elección del cauce para dirimir sus controversias sino que define y delimita los términos de la cláusula arbitral contenida en el artículo 23.

Por consiguiente dicho motivo impugnatorio deberá ser rechazado.

OCTAVO.- Finalmente, y en cuanto a las costas causadas en el procedimiento de primera instancia precisar que la sentencia de instancia se remite al artículo 394.1 de la L.E.C. y es evidente que en el caso que nos ocupa no concurren circunstancias excepcionales que puedan justificar la aplicación de otro criterio y la cuestión debatida no ha suscitado serias dudas de hecho o de derecho que pudieran justificar otra decisión pues de ser así, habría tenido expreso reflejo en la resolución recurrida. Por consiguiente dicho pronunciamiento deberá ser confirmado en esta instancia.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la L.E.C. procederá imponer a la parte recurrente las costas ocasionadas en esta instancia.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la soberanía Popular y en nombre de su majestad el Rey.



FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Pedro Jesús contra la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2006 y auto de aclaración de fecha 8 de noviembre de 2006 dictado por el Juzgado de lo Mercantil de esta capital, confirmando dicha resolución en todos sus extremos y todo ello con imposición de la costas ocasionadas en esta instancia a la parte recurrente.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ