



Roj: **SAP B 5488/2017 - ECLI:ES:APB:2017:5488**

Id Cendoj: **08019370132017100271**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **13**

Fecha: **22/05/2017**

Nº de Recurso: **450/2016**

Nº de Resolución: **270/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA ISABEL CAMARA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

BARCELONA

SECCION Decimotercera

ROLLO Nº 450/2016 - 5ª

PROCEDIMIENTO ORDINARIO NÚM. 504/2014

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 11 BARCELONA

SENTENCIA N.º m. 270

Ilmos. Sres.

D. JOAN CREMADES MORANT

Dª. M. ANGELS GOMIS MASQUE

D. FERNANDO UTRILLAS CARBONELL

Dª. M. PILAR LEDESMA IBAÑEZ

Dª. M. ISABEL CAMARA MARTINEZ

En la ciudad de Barcelona, a veintidos de mayo de dos mil diecisiete.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimotercera de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número 504/2014 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 11 Barcelona, a instancia de Dª. Marisol contra D. Rodolfo , D. Carlos Daniel y FERMAEN, SCP, los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Rodolfo contra la Sentencia dictada en los mismos el día 30 de diciembre de 2015 por el/la Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada , es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la demanda formulada por la representación de Dª. Marisol , representada por la procuradora de los Tribunales Dª. Irene Sola Sole, contra D. Rodolfo , D. Carlos Daniel y FERMAEN, SCP , y en consecuencia acordando la separación de la Sociedad FERMAEN SCP de la a ctora desde el día 5 de enero de 2014, y condenar a los demandados a pagar a la actora su participaciói en el haber social, valorado en 71.219,36 euros.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada".



SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada D. Rodolfo mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria QUE se opuso en tiempo y forma; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 10 de mayo de 2017 .

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. M. ISABEL CAMARA MARTINEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. POSICION DE LAS PARTES

1.- La parte actora , D. Marisol ejercita en fecha 25.04.2014 acción de liquidación societaria contra Rodolfo , Carlos Daniel Y contra FERMAEN SCP interesando se acuerde la separación de la actora de la sociedad FERMAEN SCP, con efectos a 05 de enero de 2014, y se condene al pago de su parte de haber social de la misma a los codemandados, cuya cuantía se determinará en fase probatoria, con expresa imposición en costas.

Con carácter subsidiario al petitum principal y si los codemandados optan por la extinción y liquidación de la sociedad se dicte sentencia mediante la cual se acuerde dicha liquidación y se proceda al reparto del haber social entre los socios, sin que pueda seguir con la actividad que realizaba la sociedad a extinguir, bajo ninguna otra forma o condición , y con expresa imposición de costas a los demandados

Dice la actora:

1.- que la actora suscribió junto a los demandados la sociedad civil FERMAEN SCP en fecha 17 de octubre de 2005

2.- Que dicha sociedad se dedica a la explotación de actividad de restauración en un local de alquiler que coincide con el domicilio social de la misma.

3.-La actora realizaba labores de cocinera, y los otros dos socios, ahora codemandados, de camareros.

4.- Carlos Daniel es el administrador de la sociedad (pacto octavo de la constitución de la sociedad)

5.- Que la actora ha sido pareja de hecho de uno de los socios, y al romper la relación entre ellos, la situación en el bar ha sido insostenible.

6 - Que la actora remitió en fecha 05.11.2013 un burofax para comunicar, fehacientemente, su salida de la sociedad, con efectos a los dos meses , es decir , el 05.01.2014.

7.- En fecha 20 .03.2014 se procedió a una conciliación que fracasó (acta de conciliación del Juzgado de Primera Instancia 52 de Barcelona).

Los demandados fueron declarados en situación legal de rebeldía procesal, acordándose citar a las partes para celebración del acto de audiencia previa que se señaló el 14.09.2015

El día señalado se solicitó por la actora la suspensión de la Audiencia Previa y que se señalara nueva fecha para su celebración, fijándose el día 19 de noviembre de 2015.

Convocadas las partes a la audiencia previa prevista en el art 414 Lec , tuvo lugar el día señalado con la asistencia de la parte demandante, y previa resolución sobre la admisión de prueba, se citó a las partes para celebración de juicio, al que compareció únicamente la actora.

SEGUNDO.- DECISION DEL JUEZ

Estima la demanda acordando la separación de la Sociedad Fermaen SCP de la actora , con efectos desde la fecha de la comunicación fehaciente el día 5 de enero de 2014, y condenar a los demandados a pagar a la actora su participación en el haber social valorado en 71.219,36 euros.

TERCERO.- RECURSO E IMPUGNACION

El demandado, D. Rodolfo recurre la sentencia y alega:

A.- Error en la apreciación de la prueba. Incumplimiento de los pactos establecidos en la constitución de la sociedad civil particular codemandada. Obligatoriedad de sometimiento al **arbitraje** según acuerdos entre las partes. Situación de Rebeldía procesal de la demandada. Obligación del Tribunal de revisión de oficio respecto a su competencia. Consecuencia de nulidad.

1.- Obligatoriedad sometimiento al **arbitraje** según acuerdos entre las partes, considera que:



En el pacto Décimo Cuarto del escrito de constitución de la sociedad:

"Con renuncia a su propio fuero y para la resolución de cuantas cuestiones y divergencia pudiera derivarse del contenido de este documento, incluso durante el periodo de liquidación, sus otorgantes se someterán a juicio de árbitros que serán nombrados según las normas vigentes en cada momento"

El recurrente se encontraba en situación de rebeldía y no efectuó ninguna acción a los efectos de quedar sometido a los tribunales ordinarios (art 11 LA) por lo que debe surgir el efecto negativo explicado, imposibilidad de los tribunales ordinarios de conocer el asunto.

2.- Obligación del Tribunal de revisión de oficio respecto a su competencia.

Art 48 Lec " La falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta, por el Tribunal que esté conociendo el asunto"

Art. 48.2 Lec , se infieren las consecuencias de la no apreciación de oficio... " decretará la nulidad de todo lo actuado, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante la clase del tribunal que corresponda"

Entiende el recurrente que el momento procesal oportuno para declarar la falta de competencia es a la hora de examinar la demanda presentada y ese control debe realizarse de oficio .

3.-Error en la apreciación de la prueba. Voluntad unilateral de separación de la sociedad por parte de la socia demandante. Consecuencias Jurídicas de la separación unilateral de la misma . Actuación de mala fé

Considera que:

En la constitución de la sociedad privada en su pacto primero se establece el derecho de separación de los socios que constituye una concesión del principio de denunciabilidad de las relaciones obligatorias (nadie puede quedar vinculado unilateralmente). Estableciendo la forma en que se debe realizar la separación de los socios

En las sociedades de personas, según el parecer del recurrente, existe una implicación total de los socios en la vida de la sociedad al desarrollar toda su actividad personal en el seno de la compañía y responder personal e ilimitadamente de las deudas de la sociedad, el derecho a separarse de forma unilateral se traduce en un derecho de denuncia (art 1705 , 1706 CC y 224 4Código Comercio) cuyo efecto no es la disolución parcial o extinción del vínculo del socio, sino la disolución y extinción de la sociedad.

El socio que desea separarse no puede imponer a los demás socios que continúen en la sociedad tras su salida, lo que constituye , precisamente la esencia del derecho de separación. Lo único que puede imponerles es la disolución de la sociedad- Consecuentemente, el socio solo podrá separarse cuando todos los demás socios estén de acuerdo, porque si no hay acuerdo se impone necesariamente la disolución de la sociedad.

Existe un derecho de separación de los socios, pero no de forma arbitraria y actuado de mala fe. Debía haber aportado un nuevo socio que garantizase las obligaciones existentes.

4.- Error apreciación prueba . Quebrantamiento de forma que debe dar lugar a la nulidad de actuaciones. Las cédulas de citación a juicio adolecen de defecto formal.

No consta la obligación prevista en el art 497 Lec " La resolución que declare la rebeldía se notificará al demandado por correo si su domicilio fuere conocido"

Las cédulas de citación no constan con la prevención legal de que deben comparecer asistidos de letrado o bien solicitar uno de la justicia gratuita al ser preceptiva su intervención por tratarse de un procedimiento ordinario, vulnerándose el principio de igualdad de armas.

A pesar de hallarse en rebeldía los demandados asistieron al acto del juicio el día señalado. En esa comparecencia solicitaron su pretensión de disolución de la sociedad. Los efectos adversos de a rebeldía en relación a la asistencia letrada, deben cesar en ese momento . La Juez debió advertirles del derecho de ser asistido por letrado, o solicitar uno de oficio, suspendiendo la vista.

5.- Error apreciación prueba:Cálculo erróneo en la valoración del haber social perteneciente a la demandante en el momento de la separación de la sociedad.

Considera que:

Pacto décimo primero párrafo cuarto: "En el caso de que los socios restantes no acepten la separación se producirá la disolución forzosa de la misma".



Al encontrarse en rebeldía no puede aportar nueva documentación conforme a fecha de hoy la sociedad adeuda la renta de alquileres correspondientes al mes de octubre de 2015.

Los únicos que aportaron a la sociedad civil privada la cantidad de 30.000 euros fueron el recurrente y el otro socio, Carlos Daniel

La indemnización del haber social en caso de cese unilateral da lugar al 33,3 %, que no son los 71.219,36 euros calculados por una pericial de parte y que no se ha podido impugnar.

De los beneficios obtenidos por la sociedad durante los años 2011,2012,2013,y 2014, se desprende que el haber social ascendería como mucho a la suma de 27.800,41 euros o al 33,3% de los 30.000 ,00 euros aportados por los socios a la sociedad, a pesar de que la demandante no aportó cantidad alguna correspondiente a esa cifra.

Contabiliza la demandante una partida correspondiente a 2000 euros al mes que dejó de percibir, cuando la realidad es que se despidió ella misma.

Entiende además que únicamente a través de la disolución de la sociedad se conocería la realidad del haber social.

Termina suplicando:

- 1.- se acuerde la nulidad de lo actuado por defecto de forma existente en las cédulas de citaciones y notificaciones efectuadas al recurrente y resto de codemandados, al producirse manifiesta indefensión.
- 2.- se acuerde la nulidad de lo actuado por la manifiesta infracción de competencia al haber renunciado el sometimiento a los tribunales ordinarios, y existir convenio de sometimiento a **arbitraje** en el documento de constitución de la SCP.
- 3.- Se acuerde la disolución de la sociedad por así venir estipulado en el documento de constitución de la sociedad civil privada, al ser el interés y deseo de los socios.
- 4.- Se reduzca el quantum de la pericial.

La parte demandante se opone al recurso

CUARTO .- DECISIÓN DEL TRIBUNAL

- 1.- Obligatoriedad sometimiento al **arbitraje** según acuerdos entre las partes

En el pacto Décimo Cuarto del escrito de constitución de la sociedad:

"Con renuncia a su propio fuero y para la resolución de cuantas cuestiones y divergencia pudiera derivarse del contenido de este documento, incluso durante el periodo de liquidación, sus otorgantes se someterán a juicio de árbitros que serán nombrados según las normas vigentes en cada momento"

Es clara la cláusula de sumisión a **arbitraje**; sin embargo, la parte demandada , se posicionó en situación de rebeldía y no alegó nada al respecto en la contestación a la demanda, conforme a lo dispuesto en el *artículo 411.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , y, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de febrero de 2010 (STS 1669/2010), "el **arbitraje** supone una renuncia a la intervención de los tribunales cuando no es absolutamente indispensable (siempre que la parte interesada invoque oportunamente la cláusula arbitral). Esta renuncia ampara la exclusión de la intervención judicial, cuyos inconvenientes se compensan con los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituyen la razón de ser del **arbitraje** .

De este principio se sigue que la cláusula de sumisión a **arbitraje** no produce efectos si no se opone como excepción en el proceso, para lo cual está legitimado únicamente el demandado que, por sí o por las personas en las que trae causa, la ha aceptado expresamente frente al demandante con respecto a las relaciones o cuestiones planteadas en el proceso".

Armoniza con ello, la Ley 60/3003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje**, cuyo artículo 11 dispone que "1. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a **arbitraje**, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda."

- 2.- Petición de nulidad de lo actuado por defecto de forma existente en las cédulas de citaciones y notificaciones efectuadas al recurrente y resto de codemandados, al producirse manifiesta indefensión.

La jurisprudencia constitucional ha declarado con reiteración que el cumplimiento por los órganos judiciales de las normas reguladoras de los actos de comunicación con las partes forma parte del derecho a la tutela



judicial efectiva sin indefensión (*SSTC 77/1997, de 21 de abril y 216/2012, de 25 de noviembre*) y ha otorgado especial relevancia al caso del emplazamiento, en cuanto su omisión o defectuosa realización, cuando se impida a la parte afectada el conocimiento preciso para ejercer su derecho de defensa, coloca a la misma en una situación de indefensión que es lesiva del derecho fundamental. Dada su trascendencia, el emplazamiento personal no puede reducirse a una mera formalidad prescrita por la Ley o a un simple requisito de forma para proceder a la realización de los subsiguientes actos procesales. Para dar pleno cumplimiento al derecho a la defensa y no indefensión del *artículo 24.1 CE* , no basta con el mero cumplimiento formal del requisito del emplazamiento, sino que es preciso que el órgano judicial asegure, en la medida de lo posible, su efectividad real (*STC 275/1995, de 20 de septiembre*).

El *artículo 496 Lec* establece que transcurrido el término del emplazamiento sin que el demandado comparezca, el Letrado de la Admón de Justicia declarará su rebeldía. Y añade el *497 Lec* que 'La resolución que declare la rebeldía se notificará al demandado por correo, si su domicilio fuere conocido y, si no lo fuere, mediante edictos. Hecha esta notificación, no se llevará a cabo ninguna otra, excepto la de la resolución que ponga fin al proceso.'

En el presente caso consta al folio , 23 , Decreto, a fin de llegar a un acto de conciliación; al folio 25 Decreto, conforme no se llegó a un acuerdo; al folio 56, relación documental aportada por los propios demandados ante el requerimiento solicitado por la actora ; al folio 417, declaración de rebeldía al no comparecer para contestar, y convoca las partes a audiencia previa; al folio f. 424, audiencia previa convocada para 14.9.2015 que se suspendió para completar documentación ; al folio 444 la parte demandada aporta más documentación según solicito actora,. Finalmente los demandados comparecieron el día del juicio al haberse solicitado por la actora su declaración.

Conforme a los preceptos antes citados, con la notificación de del decreto declarando su rebeldía, finalizaban las notificaciones al demandado. La profusión de sucesivas comunicaciones por parte del juzgado por exceso de garantías a favor de los demandado, no debe hacernos perder de vista la circunstancia esencial de que la providencia de rebeldía les fué notificada, no existiendo obligación de nuevas citaciones hasta la sentencia

Consiguientemente, debemos rechazar la petición de nulidad.

3.- Errónea valoración de la prueba

Debe indicarse que es conocidísima la jurisprudencia sentada respecto la correcta interpretación del *artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* en cuanto se refiere a que posición litigante - actor o demandado - corresponde probar los hechos deducidos en juicio y que resulten controvertidos, habiendo reiterado en diversos fallos el Tribunal Supremo que este artículo no contiene norma valorativa de prueba y que sólo puede ser alegado como infringido en casación cuando se acuse al Juez de haber alterado indebidamente el onus probandi, es decir, invertido la carga de la prueba que a cada parte corresponde: al actor la de probar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión y al demandado, en general, la de los impeditivos o extintivos (*Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1982 , 7 de junio de 1982 , 31 de octubre de 1983 , 15 de febrero de 1985 , 15 de septiembre de 1985 , 7 de enero de 1986 , 23 de septiembre de 1986 , 10 de junio de 1986 , 23 de septiembre de 1986 , 18 de mayo de 1988 , 24 de diciembre de 1988 y 8 de marzo de 1991* , entre otras).

La aplicación de esta doctrina ha de efectuarse de forma armónica en conexión con los hechos debatidos en el pleito y que son probados, y de modo subsidiario para cuando no exista prueba suficiente.

En el presente caso, hemos de recordar ab inicio que la falta de contestación en tiempo a la demanda o la declaración de rebeldía no equivalen en ningún caso al allanamiento ni suponen reconocimiento de hechos, ni confesión, ni acarrear una "poena probati" para el demandado, teniendo que probar el actor igualmente los fundamentos de sus alegaciones, en definitiva, pues, la extemporaneidad o la falta de la contestación únicamente producen un efecto preclusivo respecto a la misma y sólo suponen la pérdida de esa posibilidad procesal. En consecuencia, la rebeldía de los codemandado no libera a la parte actora de la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión.

En relación a la valoración de la prueba, es de resaltar que en nuestro ordenamiento jurídico procesal rige para la segunda instancia la plenitud del efecto devolutivo, de tal manera que, en principio (y con las limitaciones derivadas del principio "tantum appellatum quantum devolutum" y de la prohibición de la "reformatio in peius"), la apelación permite al órgano jurisdiccional "ad quem" examinar en toda su integridad del proceso y, por ende, revisar plenamente la resolución recurrida.

No es preciso, que se constate un error en la apreciación probatoria del Juzgador de instancia, bastando con la mera discrepancia entre los tribunales de primera y segunda instancia (distinto resulta en el recurso extraordinario de casación), y teniendo en cuenta que en la actualidad la prevalencia que suponía la



inmediación en la práctica de la prueba del Juez de primera instancia respecto a su valoración, queda de alguna manera desdibujada por la utilización de medios mecánicos de grabación de sonido e imagen.

Sentado lo anterior, este tribunal, tras un nuevo análisis de cuanto se ha aportado y practicado en autos, comparte íntegramente la valoración probatoria efectuada por el juez a quo, y estima suficientemente acreditados los hechos constitutivos de la pretensión de la parte actora a través del interrogatorio de los codemandados, puesto en relación con la documental acompañada junto con la demanda y reproducida en fase de prueba del pleito, consistente en el contrato de sociedad civil particular, recogido por doc. 1: pacto primero, la sociedad se constituye por tiempo indefinido; pacto sexto, se determina la participación de cada socio consistente en el 33,33% para cada uno; pacto décimo, " En el caso de que cualquiera de los socios deseara retirarse de la Sociedad vendrá obligado a avisar a los otros con dos meses al menos de antelación a la fecha que deseara separarse, comunicando su decisión por escrito de forma fehaciente El que se separase recibirá de los otros dos socios la parte correspondiente del haber social."

La parte actora ha acreditado que cumplió los pactos establecidos en el contrato . Consta la comunicación fehaciente en fecha 5 .11.2013 de la voluntad de separarse de la sociedad, recogido por doc. nº 2; el intento de conciliación sin avenencia, recogido por doc. 3; y además ha aportado un informe pericial acreditativo del valor del haber social, concluyendo el importe de la participación de la actora en el importe de 71.219,36 euros.

Los demandados mostraron pasividad, y la indefensión en que se amparan tan solo a ellos les puede ser imputable. Únicamente se han limitado a interesar la disolución de la sociedad, sin acreditar que hubieran manifestado su falta de aceptación de la separación de la actora. Ni siquiera impugnaron el informe pericial y al tiempo del recurso la pretensión resulta extemporáneo

Es un hecho incontrovertido que nos encontramos ante una sociedad civil, cuyo contrato de constitución en lo que importa ha quedado transcrito y sujeto a lo dispuesto en los arts 1655 y concordantes del CC . Por tanto la actora, ha acreditado los hechos constitutivos de su pretensión, habiéndole precluido al hoy recurrente , el momento procesal para desvirtuar los hechos impeditivos o extintivos de la pretensión de la actora conforme a lo dispuesto en el *artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por lo que ha de confirmarse íntegramente la sentencia de instancia, debiendo sucumbir el recurso interpuesto

QUINTO .- Al desestimarse el recurso, las costas del mismo se imponen a la parte apelante de acuerdo con el artículo 398 Lec .

Vistos los artículos citados, así como los de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Rodolfo Carlos Daniel contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número11 de Igualada , en los autos de JUICIO de ORDINARIO número 504/2014, de fecha 30 de Diciembre de 2014 , debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** íntegramente dicha sentencia, con imposición a la parte apelante de las costas de este recurso.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir

Esta resolución es susceptible de recurso de extraordinario de infracción procesal y de recurso de casación por interés casacional, mediante escrito presentado ante este Tribunal en el plazo de veinte días desde su notificación, siempre que concurren los requisitos legales para su admisión, de acuerdo con la *Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

Notifíquese, y firme que sea devuélvase los autos al Juzgado de origen con testimonio de esta sentencia para su ejecución y cumplimiento, y archívese la original.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmos. Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.