



Roj: **SAP VI 1039/2018 - ECLI:ES:APVI:2018:1039**

Id Cendoj: **01059370012018100683**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **12/11/2018**

Nº de Recurso: **640/2018**

Nº de Resolución: **611/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA MERCEDES GUERRERO ROMEO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA. SECCIÓN PRIMERA

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA. LEHEN SEKZIOA

AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P./PK: 01008

Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

NIG PV / IZO EAE: 01.02.2-16/015284

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.47.1-2016/0015284

Recurso apelación procedimiento ordinario LEC 2000 / Proz.arr.ap.2L 640/2018 - C

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : UPAD Mercantil - Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz / Merkataritza-arloko ZULUP - Gasteizko Merkataritza-arloko 1 zenbakiko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 375/2016 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Luis Andrés y Vicente

Procurador/a/ Prokuradorea: COVADONGA PALACIOS GARCIA y COVADONGA PALACIOS GARCIA

Abogado/a / Abokatua: JAVIER ELVIRA GOMEZ DE LIAÑO y JAVIER ELVIRA GOMEZ DE LIAÑO

Recurrido/a / Errekurritua: GOLF DE LARRABEA S.A.

Procurador/a / Prokuradorea: MARIA ODILE SEOANE OSA

Abogado/a/ Abokatua: JUAN JOSE SEOANE OSA

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. Dª. Mercedes Guerrero Romeo, Presidenta, D. Iñigo Elizburu Aguirre y D. David Losada Durán, Magistrados, ha dictado el día doce de noviembre de dos mil dieciocho,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 611/18

En el recurso de apelación civil, Rollo de Sala nº 640/18 procedente del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, Autos de Juicio Ordinario nº 375/16, promovido por **D. Luis Andrés y D. Vicente**, dirigidos por el Letrado D. Javier Elvira Gómez de Liaño y representados por la Procuradora Dª. Covadonga Palacios García, frente a la sentencia nº 53/18 dictada el 09-03-18, siendo parte apelada **GOLF DE LARRABEA, S.A.** dirigido por el Letrado D. Juan José Seoane Osa y representado por la Procuradora Dª. María Odile Seoane Osa, y siendo Ponente la Ilmta. Sra. Presidenta Dª. Mercedes Guerrero Romeo.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz se dictó sentencia número 53/18 cuyo **FALLO** es del tenor literal siguiente:

"SE DESESTIMA la demanda interpuesta por Luis Andrés y Vicente representados por la Procuradora Covadonga Palacios García contra GOLF LARRABEA S.A. representada por la Procuradora Blanca Bajo.

Se condena en costas a los demandantes."

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de **D. Luis Andrés y D. Vicente**, recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 17-04-18, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación de **GOLF DE LARRABEA, S.A.** escrito de oposición al recurso planteado de contrario, y, elevándose, seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, y personadas las partes, con fecha 15-05-18 se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia, y, por resolución de fecha 16-10-18 se señaló para deliberación, votación y fallo el 08-11-18.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Antecedentes necesarios. Objeto del recurso. Incongruencia.

Breve resumen de los antecedentes:

Con fecha 21 de noviembre de 2014 la sociedad demandada GOLF LARRABEA SA (en lo sucesivo Golf Larrabea), celebró Junta General de Accionistas de la que se le levantó acta por el Notario D. José Manuel Jimenez del Cerro.

La Junta se constituyó con la asistencia de 20 socios presentes y 682 representados, en total 702, lo que supone el 26,11 % del total de 2.689 acciones escrituradas.

En la Junta se acordó por mayoría de los presentes modificar el texto de la Disposición Final B) de los Estatutos en los siguientes términos:

*" Las divergencias que puedan surgir entre la sociedad y uno o varios accionistas, o entre éstos, respecto de la interpretación, aplicación, y ejecución de los presentes Estatutos, se resolverá por **Arbitraje** de Derecho, en conformidad con la legislación vigente en el momento en que se inste el mismo; el **arbitraje** se encomendará a la Cámara de Comercio de Álava, se sujetará al procedimiento aprobado por la Cámara, será un único árbitro quien dirima la divergencia, y su designación se realizará por la propia Cámara, en aplicación de su procedimiento y criterios de designación ."*

Los actores, Luis Andrés y Vicente solicitan en su escrito de demanda se declare la nulidad de la Junta celebrada el 21 de noviembre de 2014 y del acuerdo en ella adoptado, Disposición Final B de los Estatutos Sociales, así como la nulidad de la inscripción en el Registro Mercantil. Consideran que el acuerdo no se ha adoptado por la mayoría exigida en el art. 11 bis de la Ley 60/2003 de 26 de diciembre de **Arbitraje**.

La sentencia de instancia desestima la demanda por considerar que la sumisión al **arbitraje** no es un cuestión nueva introducida por el acuerdo impugnado, sino que ya existía en el texto anterior de la misma Disposición Final, lo único que se hizo fue cambiar mínimamente su redacción.

Los actores se alzan contra la sentencia, analizaremos los motivos del recurso siguiendo el orden del escrito. En primer lugar alegan incongruencia por hacer mención a que los actores no comparecieron en la Junta, en consecuencia, no dieron consentimiento o aprobación expresa o tácita al establecimiento de la cláusula arbitral.

La jurisprudencia viene diciendo que si se denuncia incongruencia ha de ponerse en relación el fallo de la sentencia con las peticiones de los escritos rectores del proceso para comprobar si concede más, menos, o algo distinto de lo pedido; si recae sobre un debate diferente del promovido por los litigantes; o si contiene puntos contradictorios entre sí, o está en discrepancia con los fundamentos de derecho constitutivos de su ratio, no con los que contienen meros "obiter dicta".

En este caso el fallo es congruente con el petitum del escrito de demanda, no puede tacharse la sentencia de incongruente.



La parte demandada no cuestiona la legitimación de los actores ni su falta de comparecencia en la Junta de Accionistas, se trata de un hecho no controvertido, de ahí que la sentencia no lo analice. En el hecho tercero del escrito de demanda se afirma que no dieron su consentimiento o aprobación expresa o tácita para el establecimiento de la cláusula arbitral, la razón fue que no comparecieron en la Junta de Accionistas celebrada el día 21 de noviembre de 2.014, cuestión que no fue impugnada de contrario, a sensu contrario entendemos que ha sido admitida por la parte demandada.

El motivo no puede prosperar.

SEGUNDO.- Infracción del art. 11 bis de la Ley 60/2003 de Arbitraje .

Establece el art. 11 bis de la Ley de **Arbitraje** de 2.003 que las sociedades de capital podrán someter a **arbitraje** los conflictos que en ellas se planteen. " *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 .* "

El recurrente afirma que la modificación de la Disposición Final B) de los Estatutos no se ha adoptado por esta mayoría de dos tercios de los votos correspondientes a las acciones del capital social, en consecuencia, el acuerdo es nulo.

Conviene recordar que es lo que decía la Disposición Final B) antes de su modificación:

" *Las divergencias que puedan surgir entre la sociedad y uno o varios accionistas, o entre estos, respecto de la interpretación, aplicación, y ejecución de los presentes estatutos, se resolverá por **Arbitraje** de Derecho conforme a la Ley 36/1.988 de 5 diciembre, exceptuándose del mismo los acuerdos de la Junta General y de los Administradores y aquellos asuntos en que la ley prohíba la aplicación del **arbitraje** .* "

La sentencia desestima la demanda porque considera que la nueva cláusula (que hemos transcrito en el fundamento anterior) no ha introducido la sumisión a **arbitraje** de algunas divergencias, sino que lo que ha hecho ha sido " *cambiar mínimamente su redacción* ", los socios ya podían someter a **arbitraje** sus diferencias con el antiguo texto.

Los recurrentes no comparten esta interpretación, aseguran que cuando la cláusula establece un convenio arbitral, y otra posterior modifica tal convenio originario e incorpora aspectos esenciales, está introduciendo una nueva cláusula, con distinto contenido o alcance y ampliando su ámbito objetivo.

No compartimos esta interpretación, la nueva cláusula somete a **arbitraje** aquellas divergencias que puedan surgir entre la sociedad y uno o varios de sus accionistas, o entre estos, es decir, las mismas cuestiones que ya se sometían a **arbitraje** con anterioridad, atendiendo a la cláusula anterior.

Las diferencias enumeradas por los recurrentes y recogidas en el informe de la Administración Social para su sometimiento a la Junta de Accionistas no son de la importancia que pretenden.

Se somete a la nueva Ley de **arbitraje**, la Ley 60/2003, la anterior se refería a la Ley 36/88, Ley derogada. Esta circunstancia carece de trascendencia, es obvio que derogada la Ley debe sustituirse por la actual aun cuando nada se diga en la cláusula estatutaria.

En la nueva cláusula se somete a la Cámara de Comercio de Álava y al procedimiento aprobado por la Cámara, siendo un único árbitro quien dirima la divergencia. En la anterior cláusula no se especificaba qué tipo de árbitro, su forma de designación, ni el procedimiento arbitral a seguir, la nueva cláusula aclara estas cuestiones, lo que no supone novación. Delega en una institución objetiva el nombramiento de árbitro y el procedimiento a seguir, lo que es garantía de imparcialidad, viene a mejorar si cabe el proceso arbitral.

Los recurrentes afirman que la nueva cláusula incluye entre los acuerdos sometidos a **arbitraje** los de la " *Junta General y de los Administradores* ", expresamente excluidos en la anterior redacción. Tampoco compartimos esta interpretación, el hecho de que no se citen en la nueva cláusula no significa que los acuerdos de la Junta General y de los Administradores puedan someterse a **arbitraje**, la antigua cláusula los excluía, en la nueva continúan excluidos de la redacción.

La Disposición Final B) indica que quedarán sometidos a **arbitraje** " *Las divergencias que puedan surgir entre la sociedad y uno o varios accionistas, o entre estos, respecto de la interpretación, aplicación y ejecución de los presentes estatutos .-* ", nada se dice sobre los acuerdos de la Junta General y de los Administradores, que podrán impugnarse siguiendo lo dispuesto en los art. 204 y ss LSC, no serán sometidos a **arbitraje** salvo que por acuerdo expreso de los socios así se decida en un futuro.



Los actores nada alegaron sobre ésta última cuestión en el escrito de demanda, interpretamos que no lo consideraron de especial importancia, asumiendo que los acuerdos de la Junta General y de los Administradores no quedaban sometidos a **arbitraje** en la nueva redacción.

La jurisprudencia citada en el apartado sexto del motivo segundo es diferente al caso que nos ocupa, trata de una cláusula estatutaria que amplía su ámbito objetivo, nada que ver con lo que acabamos de decir.

En suma, atendiendo a la redacción de la nueva cláusula la Sala entiende que no supone una modificación respecto a la anterior, somete a **arbitraje** las divergencias que puedan surgir en la interpretación, aplicación, y ejecución de los Estatutos entre la sociedad y uno o varios accionistas, o entre estos. Y para hacer más fácil esta tarea se encomienda a la Cámara de Comercio, será esta institución quien designe el árbitro según su propio procedimiento y criterios, lo que hace más objetiva e imparcial la designación. Y todo ello conforme a la legislación vigente, no podía ser de otra forma. En cuanto que el sometimiento a **arbitraje** ya existía en la cláusula anterior, y la nueva redacción no supone una modificación de la misma, consideramos que no es necesario someterla a la mayoría de dos tercios de los accionistas que prevé el art. 11 bis de la Ley de **Arbitraje**.

Los recurrentes no estaban presentes en la Junta, afirman en el motivo tercero que se adoptó el acuerdo sin su consentimiento, que la cláusula solo vincula a los socios que han dado su consentimiento expreso o mínimamente tácito. El acuerdo de sometimiento a **arbitraje** estaba en la cláusula anterior, acabamos de explicar que la nueva cláusula no supone modificación de la anterior excepto en cuando que será la Cámara de Comercio quien realice la selección de árbitro y establezca el procedimiento.

La cláusula afecta a todos los socios de Golf Larrabea SA en cuanto que no supone modificación de la anterior en sus aspectos esenciales y no incluye en la sumisión al **arbitraje** los acuerdos de la Junta General o de los Administradores. Ya hemos dicho que la sentencia mencionada del TS trata un caso distinto.

Por último con el título de "otros aspectos", los recurrentes refieren la caducidad y prescripción, excepciones no opuestas de contrario, a quien corresponde alegarlas es a la demandada, si bien la caducidad puede estimarse de oficio, es evidente que no concurren, de lo contrario la juez a quo las habría analizado.

El recurso no puede prosperar.

TERCERO.- Costas .

Se abonarán por los recurrentes ex art. 394 y 398 LEC .

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso interpuesto por Luis Andrés y Vicente representados por la procuradora Covadonga Palacios contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil de Álava en el procedimiento Ordinario nº 375/2016, CONFIRMANDO la misma; y con expresa imposición de costas al recurrente.

Dése el destino legal al depósito constituido para recurrir.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TS, **si se acredita interés casacional** . El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del TS por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 0008-0000-00-0640-18. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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



PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ