



Roj: **SAP CA 1470/2021 - ECLI:ES:APCA:2021:1470**

Id Cendoj: **11012370052021100529**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cádiz**

Sección: **5**

Fecha: **06/07/2021**

Nº de Recurso: **1132/2020**

Nº de Resolución: **690/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **NURIA AUXILIADORA ORELLANA CANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ

SECCIÓN QUINTA

SENTENCIA Nº 690/2021

Presidente Ilmo. Sr.

Don Carlos Ercilla Labarta

Magistrados Ilmos. Sres.:

Don Ángel Sanabria Parejo

Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Cinco de Ceuta

Autos de Juicio Ordinario número 318/2019

Rollo de Apelación número 1132/2020

En la Ciudad de Cádiz, a seis de julio de dos mil veintiuno

Vistos, en grado de apelación, ante la Sección Quinta de esta Ilma. Audiencia Provincial, los autos de Juicio Ordinario número 318/2019, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Ceuta, con competencias mercantiles, seguidos a instancia de la mercantil SIRABEM TRADING, S.L., representada en esta alzada por el Procurador de los Tribunales Don Ángel Ruiz Reina y defendida por el Letrado Don Eduardo Zuleta de Reales Heredia, frente a DON Adriano, representado en esta alzada por el Procurador de los Tribunales Don Juan Carlos Teruel López y defendido por el Letrado Don José Carlos García Selva; actuaciones procesales que se encuentran pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia definitiva dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Primera Instancia número Cinco de Ceuta dictó Sentencia de fecha 2 de julio de 2020, en el Juicio Ordinario N.º 318/2019, del que este rollo dimana, cuya Parte Dispositiva dice así: "**FALLO: Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO TOTALMENTE la demanda interpuesta por SIRABEM TRADING, S.L. representado por el**

procurador Sr Ruiz Reina y asistido por el letrado Sr Zuleta Heredia contra DON Adriano representado por el procurador Sr Teruel López y asistido por el letrado Sr García Selva, absolviendo a la parte demandada de todos los pedimentos en su contra con costas para la parte demandante. "

SEGUNDO.- Contra la expresada Sentencia se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por la parte demandante, el cual fue admitido a trámite y su fundamentación impugnada de contrario, remitiéndose los autos a esta Audiencia donde, al no haberse propuesto prueba ni estimarse necesaria la celebración de vista,



previa deliberación de la Sala que tuvo lugar el día 28 de junio de 2021, quedaron las actuaciones concluidas para Sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. D.ª NURIA AUXILIADORA ORELLANA CANO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Combate la representación procesal de la parte demandante la sentencia dictada en primera instancia que desestima la demanda ejercitada por la mercantil SIRABEM TRADING, S.L., representada por su administrador, frente al socio de la misma, por apreciar falta de legitimación activa de la sociedad, por no haberse acreditado la autorización para ejercitar la acción, careciendo de validez el acuerdo adoptado al efecto en el apartado de ruegos y preguntas, y por apreciar la sumisión de la cuestión a **arbitraje**.

En el recurso interpuesto por el actor se alega que ha quedado sobradamente acreditado que el demandado debía la suma de 177.095,73 € a la mercantil SIRABEM TRADING S.L., en concepto de aportación a fondo perdido, que fue aprobada por Junta Universal de fecha 3 de enero de 2017, en acuerdo adoptado por unanimidad, firmado el acta por todos los socios, siendo el apelado el Secretario que redactó dicho acta, en el que se reflejó la intención por parte de los socios de abonar la cantidad de 177.095,73 € que se cuantificó en esa misma reunión, con base en los balances negativos y deudas que la sociedad tenía frente a terceros, además de reflejarse el acuerdo de penalizar a quien no cumpliera con 200 € diarios hasta la fecha de abono, y se hizo constar el mandato de acudir a la vía judicial contra quien no cumpliera con los términos y obligaciones pactadas, sin que dicho acta haya sido impugnado en tiempo y forma, habiendo reconocido el demandado, pese a negarlo en la contestación a la demanda, haber rubricado los folios del Acta. Añade que la sociedad cuenta con numerosas deudas, por lo que acudir al **arbitraje** la endeudaría más. En cuanto a la falta de legitimación apreciada en la instancia, invoca doctrina de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, aduciendo que las atribuciones y competencias del administrador se encuentran recogidas en el art. 26 de los Estatutos, y más concretamente en los apartados B) y LL), conforme a los cuales, corresponde al administrador ejecutar los acuerdos de la Junta General y vigilar su cumplimiento, de una parte, y representar legalmente a la Sociedad ante toda clase de organismos públicos y ante toda suerte de Tribunales en cuantos juicios y expedientes tenga interés la Sociedad, con facultades para interponer toda clase de acciones y excepciones, de otra parte. Por ello, estima el apelante que en virtud de lo dispuesto en los Estatutos de la mercantil SIRABEM TRADING S.L., el administrador dispone de la legitimación activa necesaria para incoar cualquier procedimiento en interés de la Sociedad, como lo fue en el presente caso; además de que en el Acta de Junta Universal de fecha 3 de enero de 2017, en el apartado 3 de "Ruegos y preguntas" se solicita a la junta por parte de Don Bernabe se faculte expresamente al administrador D. Bienvenido para requerir judicialmente en nombre de la sociedad a quien incumpliere los acuerdos adoptados en esta junta, siendo aprobado por unanimidad, por lo que consta autorización expresa para poder requerir judicialmente a quien incumpliere lo acordado en dicho Acta; habiéndose intentado de diversas formas solicitar el pago de la deuda pactada, por medio de reuniones o convocatoria de Juntas, todas sin éxito, al negarse, no comparecer, o no haber podido ser localizado, ni por vía telefónica, ni electrónica, ni por medio de Burofax. En cuanto a la cláusula de sumisión a **arbitraje** del art. 31 de los Estatutos de la Sociedad, se alega que en la demanda se solicita la ejecución de un acuerdo, no existiendo ni controversia ni conflicto, dado que el Acta fue aprobado por unanimidad y firmado por todos los socios, por lo que el art. 31 de los Estatutos no tiende a aplicarse, además de que los costes de los procedimientos arbitrales son muy elevados, no pudiendo, una sociedad que tuvo que cesar su actividad por exceso de pérdidas, acudir a la jurisdicción arbitral y hacer frente a los honorarios y costas que implica dicho procedimiento, invocando el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, sin que se pueda causar indefensión a los socios de una persona jurídica, por carecer de los medios económicos suficientes, quebrantándose, en caso de admitirlo de tal forma, el debido proceso, principio legal por el cual el Estado debe respetar todos los derechos legales que posee una persona según la ley. Se añade en el recurso que, en virtud de los arts. 63 y ss. LEC, la falta de competencia se tiene que denunciar por medio de escrito de declinatoria, el cual tendrá que proponerse dentro de los 10 primeros días del plazo de contestación a la demanda y, en el presente caso, la supuesta falta de competencia sólo y únicamente fue mencionada en el escrito de contestación a la demanda, y al no haberse denunciado en debida forma, y en el momento procesal correspondiente, no puede ser motivo de desestimación de las pretensiones de la demanda. Y, por último, se invoca el art. 48.1 LEC, aduciendo haber sido imposible acudir a **arbitraje** dada la actitud del demandado.

SEGUNDO.- Hemos de comenzar con el motivo de recurso que impugna la estimación de la oposición de sumisión de la cuestión a **arbitraje**, que de ser estimada, haría innecesario entrar a analizar la falta de legitimación activa, también apreciada en instancia e impugnada en el recurso.



La Ley de Enjuiciamiento Civil en el art. 63 apartado 1, preceptúa que, mediante la declinatoria, el demandado podrá denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a árbitros. Y conforme al art. 64.1 LEC, la declinatoria se habrá de proponer dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, y surtirá el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar y el curso del procedimiento principal, suspensión que declarará el letrado de la Administración de Justicia.

La tramitación y decisión de la declinatoria se regula en el art. 65, cuyo apartado 2 establece: "*Si el tribunal entendiéndose que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado, lo declarará así mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso.*"

Del mismo modo procederá el tribunal si estimase la declinatoria fundada en haberse sometido el asunto a arbitraje o a mediación."

Por su parte, en sede de regulación de la audiencia previa en el juicio ordinario, se destina el art. 416 LEC al examen y resolución de cuestiones procesales, previendo en su apartado 2 que en la audiencia, el demandado no podrá impugnar la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal, que hubo de proponer en forma de declinatoria según lo dispuesto en los artículos 63 y siguientes de esta Ley.

Por todo ello, si el demandado consideraba que carecía de jurisdicción el juzgado por haberse sometido el asunto a **arbitraje**, debió plantear en plazo la declinatoria, lo que no acontece en este caso, ya que se alegó en la contestación en la demanda, ni siquiera como primera cuestión controvertida (se plantea antes la falta de legitimación activa), y sin cumplir el plazo de 10 días, ya que seapuró el plazo de 20 días para contestar a la demanda. Por ello, no habiendo sido planteada mediante declinatoria ni en el plazo de diez días hábiles, no procede estimar la excepción como se hace en la sentencia apelada, sin que tampoco pueda ser apreciado de oficio por el tribunal, porque la contestación a la demanda se considera como una sumisión tácita al Juzgado. Por ello, este motivo de recurso ha de ser estimado, por lo que ha de entrarse en el análisis del resto de motivos de recurso.

TERCERO.- Impugna igualmente el actor el otro motivo de desestimación de su demanda por apreciarse falta de legitimación activa para el ejercicio de la acción. En la demanda se dice ejercitar la acción de cumplimiento del acuerdo social por el que los socios en Junta Universal de 3 de enero de 2017 acuerdan aportar a la sociedad a fondo perdido la cantidad cada uno de ellos de 177.000 euros, con sanción de 200 euros diarios de penalización en caso de incumplimiento. Estamos ante una acción de reclamación de cantidad de la sociedad frente al socio en reclamación de lo comprometido en dicho acuerdo.

En la sentencia apelada, tras citar la STS (Sala 3ª) de 30 de septiembre de 2016, se considera probado que Don Bienvenido es administrador único de la sociedad SIRABEM TRADING, S.L., según el documento 2 de la demanda, pero se estima que no se ha acreditado la facultad concedida a dicha persona en los estatutos sociales para el ejercicio de acciones legales contra un socio determinado y, compartiendo la postura de la parte demandada, estima el juzgador a quo que no puede ser tomada en consideración como autorización expresa del ejercicio de la acción, la atribuida en aquella Junta Universal de 3 de enero de 2017 en el apartado de "Ruegos y preguntas", cuando ni siquiera fue materia del orden del día. Y por todo ello, se concluye en la sentencia apelada que no fue tomada correctamente por el órgano de administración la decisión de ejercitar la acción y, por tanto, que no puede tenerse por legitimado para el ejercicio de la acción.

La propia aplicación de la doctrina invocada y citada en la sentencia apelada llevan a esta Sala a la conclusión inversa. Es cierto que el Tribunal Supremo, no sólo la Sala 3ª, distingue entre la administración y la representación. En este sentido, la STS (Sala 1ª) 424/2019, de 16 de julio, se distingue -aunque a propósito de una administración mancomunada-, entre la titularidad del poder de representación, que depende de lo dispuesto en los estatutos y se sujeta a las reglas del artículo 233 LSC y pertenece al ámbito externo de representación frente a terceros, y el poder de gestión, que corresponde a la esfera interna. El art. 233 LSC, relativo a la atribución del poder de representación, prevé en su apartado 1 que, en la sociedad de capital, la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 siguiente, en cuya letra a) se establece que, en el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste. Y en cuanto al ámbito del poder de representación, el art. 234.1 LSC señala que la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos.

Si acudimos a los estatutos de la sociedad aportados como documento número 2 de la demanda, podemos constatar, frente a lo que se dice en la sentencia, que en su art. 26 se faculta a quien ostente el órgano de administración, es decir, al administrador único, a ejecutar los acuerdos de la Junta General y vigilar de su cumplimiento (apartado B) y a interponer toda clase de acciones (apartado LL). Aun cuando es cierto que no pueden adoptarse acuerdos en el apartado del orden del día correspondiente a "ruegos y preguntas", no



estimamos necesaria una autorización expresa de la Junta General para que el administrador único de la sociedad pueda ejercitar acciones en la representación que ostenta de la misma y conforme a las facultades que le han sido concedidas en los Estatutos. Por todo ello, estimamos que el administrador societario sí ostentaba legitimación activa para ejercitar en representación de la sociedad la acción reclamando al socio las cantidades a que se comprometió en virtud del acuerdo adoptado en la Junta Universal de 3 de enero de 2017.

Por tanto, procede entrar a analizar el fondo del asunto. Si bien es cierto que el demandado en la contestación a la demanda cuestionaba la celebración de la Junta Universal, en la sentencia recurrida se considera plenamente acreditado que dicha Junta se celebró con la presencia de todo el capital social, presente y representado, siendo prueba de ello el documento 5 de la demanda, donde consta la firma de Don Adriano, estimando que, precisamente, el hecho de que dicha certificación aparezca con todas las firmas de quienes intervinieron en la Junta abona la conclusión de que el demandado sí estuvo presente en la Junta y sabía de la existencia del acuerdo, tratándose su alegación en contra de una posible estrategia dilatoria.

En cualquier caso, esta Sala considera que en tanto en cuanto dicho acuerdo no sea impugnado y no se declare su nulidad, vincula a los socios, y en el presente caso, el hoy apelado en la contestación a la demanda se limita a cuestionar la celebración de la junta universal y su intervención en ella, así como, la procedencia, en su caso, del acuerdo cuya ejecución se pretende, negando que la sociedad sea insolvente, y alegando una falta de información del socio, y la falta de depósito de las cuentas anuales posteriores al ejercicio 2017. Sin embargo, en la contestación no se impugna el acuerdo social, no consta que por ningún socio se haya presentado la demanda de impugnación de acuerdos sociales, limitándose a la mera impugnación del acta, impugnación insuficiente para que pueda estimarse se trate de un acta falsa o que la Junta Universal no se celebrara, todo lo cual, debía haber sido objeto de una pretensión del socio, y no de meras alegaciones tendentes a desvirtuar no sólo su celebración, sino la propia procedencia del acuerdo, que esta Sala no puede valorar.

Y aun cuando pudiera cuestionarse el propio contenido del acuerdo social, en cuanto que se acuerda realizar una aportación social sin someterse al régimen del aumento de capital, más bien cabría plantearse la legitimación activa de la sociedad, si entendemos que se trata de un acuerdo entre los socios, de cuyo contenido obligacional no cabe dudar, si bien, dado que la sociedad anónima, por ejemplo, está legitimada para reclamar el pago de desembolsos pasivos cuando el socio incurre en mora (art. 84 LSC), podría admitirse de igual forma la legitimación para reclamar esta aportación a la que los socios se han comprometido, además de que la legitimación sólo ha sido cuestionada por no constar la representación del administrador para el ejercicio de la acción en nombre de la sociedad, pronunciamiento que esta Sala no comparte, conforme se ha expuesto.

Por todo ello, estimamos que para cuestionar la procedencia de ese acuerdo o compromiso debió la parte demandada impugnar dicha Junta o sus acuerdos. Y lo mismo cabe decir respecto de la abusividad del acuerdo de penalización, porque para ello, la parte debió presentar una demanda reconventional, en su caso, impugnando dicho acuerdo por abuso de derecho (véase STS 73/2018, de 14 de febrero). Por tanto, estimando que no ha quedado desvirtuada la celebración de la junta ni la adopción del acuerdo, habiéndose comprometido los socios por virtud del mismo, procede estimar la acción de reclamación de cantidad frente al socio en cumplimiento de dicho acuerdo, con estimación de la demanda, y condenar a Don Adriano a abonar a la sociedad actora la cantidad de 177.148,86 € en concepto de aportación a fondo perdido y 202.200 € en concepto de penalizaciones pactadas.

En cuanto a las costas de primera instancia, estimamos que concurren dudas fácticas y jurídicas que justifican que no se haga una expresa imposición.

CUARTO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando sean estimadas las pretensiones de un recurso de apelación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Vistos los preceptos legales citados y demás general y pertinente aplicación al caso,

FALLAMOS:

Estimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la mercantil SIRABEM TRADING, S.L., frente a la Sentencia de fecha 2 de julio de 2020 del Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Ceuta, con competencias mercantiles, en los autos número 318/2019, a que este rollo se refiere, que se revoca, acordando en su lugar, estimar la demanda interpuesta por la representación procesal de la mercantil SIRABEM TRADING, S.L., frente a Don Adriano, y condenar a Don Adriano a abonar a la sociedad actora la cantidad de 177.148,86 € en concepto de aportación a fondo perdido y 202.200 € en concepto de penalizaciones pactadas,



en virtud de lo acordado en la Junta Universal de 3 de enero de 2017, sin expresa imposición de las costas procesales devengadas en ambas instancias y devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, devolviéndose seguidamente las actuaciones originales, con certificación de esta sentencia, al Juzgado de donde dimanen, a fin de que proceda llevar a cabo su cumplimiento.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ