



Roj: **SAP M 16699/2022 - ECLI:ES:APM:2022:16699**

Id Cendoj: **28079370282022102901**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **14/11/2022**

Nº de Recurso: **1390/2021**

Nº de Resolución: **842/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO CABALLERO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2019/0204012

Recurso de Apelación 1390/2021

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 02 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 2070/2019

APELANTE: Dña. Estrella y Dña. Gema

PROCURADOR D. ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN

APELADO: MAZACRUZ SL

PROCURADOR Dña. ISABEL ALICIA MOTA TORRES

SENTENCIA N° 842/2022

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS/AS:

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. FERNANDO CABALLERO GARCIA (Ponente)

D. JOSÉ IGNACIO ZARZUELO DESCALZO

En Madrid, a catorce de noviembre de dos mil veintidós

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Sres. Magistrados antes relacionados, han visto el recurso de apelación bajo el núm. de rollo 1390/21, interpuesto contra la sentencia de fecha dictada el 14 de enero de 2021 en el juicio ordinario 270/19 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución

HECHOS

PRIMERO .- La parte dispositiva de la sentencia apelada es del siguiente tenor: "*Fallo*."



Se desestima la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de D^a. Estrella, D^a. Gema y D^a. Estrella, sin expresa condena en costas a la actora dado las serias dudas de derecho".

SEGUNDO .- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día 21 de julio de 2022.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Caballero García.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada

Objeto del recurso de apelación

PRIMERO .- En el presente procedimiento ha recaído la sentencia de fecha 14 de enero de 2021 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid en el procedimiento ordinario 270/19, por la que se desestimaba la demanda de D^a. Estrella, D^a. Gema y D^a. Estrella, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas.

SEGUNDO .- Frente a dicha sentencia, el procurador Sr. Vázquez Guillén en representación de D^a. Estrella, D^a. Gema y D^a. Estrella ha interpuesto recurso de apelación en el que alega: i) sobre la mayoría exigida legalmente para la adopción del acuerdo y ii) sobre la ausencia de necesidad razonable para la adopción del acuerdo y su imposición abusiva.

Formulación del recurso

SEGUNDO.- En el primer motivo de apelación se planteaba la impugnación del acuerdo social adoptado en la junta general de la entidad MAZACRUZ S.L. celebrado el 9 de octubre de 2018 consistente en la modificación del artículo 26 de los estatutos sociales que contemplaba la sumisión a **arbitraje** de derecho.

Mantiene la parte apelante que no nos encontramos ante una modificación de la anterior norma estatutaria que ya contemplaba la sumisión a **arbitraje** de equidad sino ante la introducción de una nueva cláusula de sumisión de **arbitraje**, en este caso de derecho, sustituyendo el **arbitraje ad hoc** (del anterior artículo 26) por un **arbitraje** institucional.

Por lo tanto, de conformidad con el artículo 11 bis 2 de la vigente Ley de **Arbitraje**, se exige el voto favorable de, al menos, las dos terceras parte del capital social, mientras que el acuerdo en cuestión se adoptó con el voto favorable del 61,85% del capital social.

Además de lo indicado, el laudo de equidad resulta más adecuado para resolver los problemas de la sociedad.

Valoración del tribunal

TERCERO .- Para resolver adecuadamente la cuestión controvertida en el presente rollo de apelación debemos atender a los siguientes datos:

- El *capital social* de la entidad MAZACRUZ S. L. se encuentra dividido de manera que D. Teodosio ostenta el 27,458% lo que le atribuye el 61,85% del derecho de voto y el resto de los socios, que son los actuales demandantes/apelantes, ostentan el 72,542% del capital social lo que les atribuye un 38,15% del derecho de voto. Esta peculiar situación es consecuencia de las decisiones recogidas en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2012 y 16 de marzo de 2015.

- En la *Junta General de 9 de octubre de 2018* se aprobó con un 61,85% de los votos a favor (correspondientes a D. Teodosio) y un 38,15 % de votos en contra (correspondiente a los demandantes) la propuesta de modificación del artículo 26 de los estatutos sociales.

- La *anterior* (a la Junta General de 9 de octubre de 2018) *redacción del artículo 26 de los estatutos sociales* presentaba el siguiente tenor:

" *Todas las cuestiones que puedan suscitarse entre los accionistas y la sociedad o entre aquellos directamente por su condición de tales, serán sometidas **arbitraje** de equidad, regulado por la ley de **arbitraje** española de 5 de diciembre de 1988, comprometiéndose las partes a estar y pasar por el laudo que en su caso se dicte, sin perjuicio de su derecho a acudir a los tribunales de justicia y de lo previsto en las leyes para la impugnación de los acuerdos sociales*".



- La nueva (tras la Junta General de 9 de octubre de 2018) redacción del artículo 26 de los estatutos sociales presenta el siguiente tenor:

"Todas las cuestiones que puedan suscitarse entre los socios y la sociedad o entre aquellos directamente por su condición de tales, con exclusión de la impugnación de acuerdos sociales, será sometida a **arbitraje** regulado la ley 60/2003 de 23 de diciembre, de **arbitraje**, o de norma que la sustituya. El **arbitraje** será administrado por una institución arbitral, que también designará el árbitro o los árbitros que, según su reglamento, deban dictar el laudo arbitral, comprometiéndose las partes a estar y pasar por el laudo que en su caso se dicte."

- El artículo 11 bis 2 de la actual Ley 60/2003 de 23 de diciembre de **arbitraje** establece:

" 2. 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"

CUARTO .- Una vez expuestos los datos anteriormente señalados nos encontramos con las dos posiciones controvertidas:

- La parte demandante considera que nos encontramos ante la introducción de una nueva cláusula arbitral, por lo que la aprobación de dicho acuerdo exige la mayoría cualificada del artículo 11 bis 2 de la Ley de **Arbitraje**, que no se alcanzó en la junta general de 9 de octubre de 2018.

- La sociedad demandada considera que nos encontramos ante una modificación no sustancial de la anterior cláusula estatutaria que contemplaba el **arbitraje** en equidad, por lo que no resultaba de aplicación la mayoría cualificada del artículo 11 bis 2 de la vigente Ley de **Arbitraje** sino la mayoría ordinaria del artículo 198 de la Ley de Sociedades de Capital

QUINTO .- Pese a que la parte demandante pretende presentar la cuestión controvertida como la introducción de una nueva cláusula de **arbitraje** para justificar más fácilmente la exigencia de la mayoría reforzada del artículo 11 bis 2 de la Ley de **Arbitraje**, no podemos obviar que partimos de una cláusula estatutaria (el anterior artículo 26), en el que ya se contemplaba la sumisión de los conflictos a **arbitraje** de equidad.

Por lo tanto, no se trata de una nueva cláusula de **arbitraje**, en el sentido de introducir una institución nueva allí donde no existía, sino de una modificación estatutaria de la previamente existente donde ya se contemplaba la solución de las controversias mediante la sumisión a **arbitraje** (a una de las dos modalidades de **arbitraje**, el **arbitraje** de equidad), para pasar a la otra modalidad de sumisión a **arbitraje** (de derecho) en la nueva redacción. Debemos tener presente que la *ratio legis* del artículo 11 bis de la Ley de **Arbitraje** es exigir un quorum reforzado porque con la introducción de la cláusula de sumisión a **arbitraje** se limitaría el derecho de los socios a recurrir a la vía judicial para la resolución de los conflictos. Pero esta limitación ya existía con anterioridad.

Por ello, en principio no sería exigible la mayoría reforzada del artículo 11 bis 2 de la Ley de **Arbitraje**.

SEXTO .- Ahora bien, tal y como plantea el juzgador de instancia, debemos examinar si la modificación tiene carácter sustancial, lo que podría justificar la exigencia de la mayoría reforzada.

SEPTIMO .- En la redacción previa del artículo 26 de los estatutos sociales se contempla:

- como ámbito de aplicación para la sumisión a **arbitraje** con relación a todas las cuestiones que puedan suscitarse entre los socios frente a la sociedad o entre los accionistas por su condición de tales, salvo la impugnación de acuerdos sociales (pese a que si hubiesen querido hubiesen podido incluirlo en el ámbito del convenio arbitral como había señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 siguiendo la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de febrero de 2018 y que hoy admite el artículo 11 bis 3 de la Ley 60/2003 de **arbitraje**).

El nuevo artículo 26 contempla el mismo ámbito de aplicación.

- El **arbitraje** será de equidad.

El nuevo artículo 26 contempla que será de aplicación el **arbitraje** regulado en la ley de 23 de diciembre de 2003 de **arbitraje**, cuyo artículo 34 establece que "los árbitros sólo decidirá en equidad si las partes le han autorizado expresamente para ello".

- El árbitro será designado por las partes.

El nuevo artículo 26 contempla que el **arbitraje** será administrado por una institución arbitral que también designará el árbitro o los árbitros.



OCTAVO .- Del examen comparativo de estos dos regímenes nos encontramos con una *coincidencia absoluta en cuanto al ámbito de aplicación de la cláusula de sumisión a arbitraje*.

Por otro lado, existen diferencias en cuanto a la norma aplicable a la controversia y a la designación de los árbitros que pasamos a examinar por separado.

NOVENO .- Con carácter general, *frente al arbitraje de equidad* (de la redacción anterior del artículo 26 de los estatutos sociales) que era la regla general del artículo 4.2 de la Ley de Arbitraje de 1988, salvo que se hubiera pactado expresamente el arbitraje de derecho, en la actualidad, el artículo 34 de la Ley de Arbitraje de 2003 se invierte esta regla general (como indica expresamente la Exposición de Motivos siguiendo el panorama comparado) para consagrar como regla general el arbitraje de derecho.

Por lo tanto, la nueva redacción de la cláusula estatutaria se adapta al régimen general establecido en la vigente ley de arbitraje, sin olvidar que la nueva redacción no excluye la posibilidad del arbitraje de equidad cuando así lo autoricen expresamente para ello las partes.

DECIMO .- Plantea la parte apelante que, dada la especial naturaleza de la sociedad de carácter familiar y cerrada, el arbitraje de equidad resultaba más adecuado para resolver las controversias surgidas en el ámbito social.

Debemos señalar que nos encontramos ante un argumentación que deberá ser examinada en el siguiente motivo de apelación que hace referencia a que el acuerdo adoptado no era necesario ni razonable y que atentaba contra el interés social, pero no en cuanto a la consideración si el cambio del arbitraje de equidad a arbitraje de derecho constituye una modificación de carácter sustancial en la cláusula estatutaria que justificase la exigencia de la mayoría reforzada, circunstancia que debe analizarse en abstracto como ha realizado el juzgador de instancia,

Por lo tanto, esta modificación no puede considerarse como una modificación sustancial.

DECIMOPRIMERO .- *La tercera novedad consiste la sustitución del arbitraje ad hoc por un arbitraje institucional.*

DECIMOSEGUNDO .- La parte apelante considera que nos encontramos ante una modificación sustancial, argumento que no compartimos.

Así, nos encontramos que la problemática de la designación de los árbitros puede conducir a que, ante la falta de acuerdo entre las partes para la designación del arbitraje ad hoc, puede solicitarse el amparo judicial (artículo 15 de la Ley de Arbitraje), de igual manera que respecto a la designación de los árbitros en el procedimiento arbitral puede invocarse como motivo de nulidad de conformidad con el artículo 41 de la Ley de Arbitraje.

Por ello, si bien existe una modificación del sistema anterior este no presenta el carácter de alteración sustancial (criterio acogido en la *sentencia de la Audiencia Provincial de Alava de 12 de noviembre de 2018*), recordando en todo caso, cualquiera que sea el sistema de la designación nos encontraremos ante árbitros independientes e imparciales (artículo 17.1 de la Ley de Arbitraje).

Por lo tanto y a tenor de lo expuesto, procede desestimar este primer motivo de apelación.

Formulación del motivo

DECIMOTERCERO .- *El segundo motivo de apelación se refiere a la ausencia de necesidad razonable para la adopción del acuerdo y su imposición abusiva.*

Plantea la parte apelante que la nueva cláusula arbitral es una estipulación elaborada por el socio de control con la finalidad de frustrar el derecho de los demandantes a acudir a la vía arbitral (en equidad o en derecho) para resolver las controversias.

Valoración del tribunal

DECIMOCUARTO .- El artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital establece:

" Artículo 204 Acuerdos impugnables

1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios."



DECIMOQUINTO .- En el caso que nos ocupa, la parte apelante indica que el acuerdo lesiona el interés social ya que, aún no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría.

DECIMOSEXTO .- Ya hemos indicado como el acuerdo ha consistido en sustituir el **arbitraje** de equidad por el **arbitraje** de derecho (que no excluye la posibilidad de un acuerdo de equidad si las partes lo acuerdan expresamente) y la sustitución por un **arbitraje ad hoc** por un **arbitraje institucional**.

Esta Sala no alcanza a comprender donde se encuentra la abusividad de esta modificación en cuanto que al final, la controversia social (tan frecuente en el ámbito de la sociedad en cuestión) va a ser resuelta por árbitros independientes e imparciales.

DECIMOSEPTIMO .- Por otro lado, la parte apelante señala que, dadas las especiales circunstancias concurrentes en la sociedad (familiar y cerrada), el **arbitraje** de equidad resultaba más adecuado para resolver los permanentes conflictos societarios.

DECIMOCTAVO .- No obstante, lo indicado, debemos señalar que nos encontramos ante una modificación estatutaria en la que el nuevo sistema coincide con los principios inspiradores de la nueva regulación en materia de **arbitraje** (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) y que ofrece una mayor seguridad jurídica al disminuir los riesgos e incertidumbres que se derivan del **arbitraje** de equidad.

Además, la sustitución del **arbitraje ad hoc** por el **arbitraje** institucional permite a las partes decidir a cuál institución y a qué reglas se adhieren (incluso pueden acordar la remisión a las reglas de equidad) y en los casos de desacuerdo, pueden acudir a los tribunales para resolver sobre la designación.

Por lo tanto y a tenor de lo expuesto, también procede la desestimación de este motivo de apelación.

Costas de segunda instancia

DECIMONOVENO .- Por lo que se refiere a las costas del recurso de apelación formulado, dado el sentir desestimatorio del mismo, procede imponer a la parte apelante las costas causadas en esta alzada de conformidad con los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS : Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Vázquez Guillén en nombre y representación de D^a. Estrella , D^a. Gema y D^a. Estrella contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid con fecha de 14 de enero de 2021 en el Juicio Ordinario nº 270/19, debemos confirmar la misma, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.

Acordamos la pérdida del depósito realizado, en su caso, para la interposición del presente recurso de apelación.

Modo de impugnación

Notifíquese esta sentencia a las partes, con indicación de que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno y los extraordinarios únicamente en los términos del Acuerdo de la Sala 1^a del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2017; y devuélvanse los autos originales al Juzgado de Instancia de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de su razón, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.