



Roj: **SAP M 9063/2017 - ECLI: ES:APM:2017:9063**

Id Cendoj: **28079370282017100291**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **07/07/2017**

Nº de Recurso: **528/2013**

Nº de Resolución: **347/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**

### **SECCIÓN 28**

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2013/0009342

### **ROLLO DE APELACIÓN Nº 528/13 .**

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 204/2.011.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid.

**Parte recurrente:** DON Luciano

Procurador: Doña Pilar Rodríguez de la Fuente.

Letrado: Don Felipe Arrizubieta Balerdi.

**Parte recurrida:"CLÍNICA UNIVERSITARIA DE CIRUGÍA ORAL, S.L.P."**

Procurador: Don Federico Ruipérez Palomino.

Letrado: Doña Aida Fraile Alonso.

### **ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA**

**D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ**

**D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS**

### **SENTENCIA Nº 347/2017**

En Madrid, a siete de julio de dos mil diecisiete.

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 señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 528/13, interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2012 dictada en el juicio ordinario núm. 204/2011, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, DON Luciano ; y como apelada, "**CLÍNICA UNIVERSITARIA DE CIRUGÍA ORAL, S.L.P.**" , ambas partes representadas y defendidas por los profesionales antes relacionados.

Es magistrado ponente don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ, que expresa el parecer de la Sala.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de don Luciano contra la entidad "CLÍNICA UNIVERSITARIA DE CIRUGÍA ORAL, S.L.P." en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraban que apoyaba su pretensión, suplicaba se dictar sentencia:

**"... POR LA QUE SE DECLARE LA NULIDAD DEL ACUERDO IMPUGNADO O, SUBSIDIARIAMENTE, SE ANULE, DEJÁNDOLO SIN EFECTO Y, CON EXPRESA IMPOSICIÓN DE COSTAS A LA DEMANDADA Y, EN SU CASO, A QUIENES SE OPUSIEREN, CON CUANTO MÁS SEA DE LEY ."**

**SEGUNDO** .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid dictó sentencia con fecha 19 de diciembre de 2012 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

*"Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D. Luciano , representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Pilar Rodríguez de la Fuente, contra la mercantil CLÍNICA UNIVERSITARIA DE CIRUGÍA (sic) ORAL, S.L., sobre impugnación de acuerdos sociales, todo ello con expresa condena en costas a la parte actora."*

**TERCERO** .- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandante se interpuso recurso de apelación al que se opuso la demandada, que admitido por el mencionado juzgado y tramitado en forma legal ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación, votación y fallo el día 17 de septiembre de 2015. Mediante auto de fecha 18 de septiembre de 2015 se acordó: *"Suspender en el estado en que se halla la tramitación del presente rollo de apelación hasta que se acredite que el juicio criminal seguido ante el Juzgado de Instrucción nº 47 de Madrid como diligencias previas nº 1619/2012, haya terminado o se encuentra paralizado por motivo que haya impedido su normal continuación"*.

Comunicado a este tribunal el sobreseimiento provisional y archivo de la causa penal, mediante decreto de fecha 22 de noviembre de 2016 se acordó alzar la suspensión del rollo de apelación y mediante providencia de fecha 1 de junio de 2017 se señaló para su deliberación, votación y fallo el día 6 de julio de 2017.

**CUARTO** .- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Don Luciano , en su condición de socio profesional de la mercantil "CLÍNICA UNIVERSITARIA DE CIRUGÍA ORAL, S.L.P.", siendo titular del 25% de su capital social, formula demanda de impugnación del acuerdo adoptado en la junta general de socios de la referida sociedad, celebrada el día 3 de febrero de 2011, por el que se acordó la exclusión del socio demandante al amparo del artículo 14 de la Ley de Sociedades Profesionales de 17 de marzo de 2007 .

La sociedad "CLÍNICA UNIVERSITARIA DE CIRUGÍA ORAL, S.L.P.", cuyo objeto social es el desarrollo de la actividad propia del ejercicio de la profesión de odontólogo, se constituyó con fecha 22 de enero de 2009, estando integrada por tres socios profesionales titulares cada uno de ellos del 25% del capital social, don Victor Manuel , don Damaso y el demandante don Luciano ; y por dos socios no profesionales, don Jacinto y don Rosendo , ostentando cada uno de ellos el 12,50 % del capital social.

El acuerdo de expulsión se fundamentó, de conformidad con el artículo 14 de la Ley de Sociedades Profesionales y los estatutos sociales, en la perturbación del buen funcionamiento de la sociedad, por infringir gravemente el demandante sus deberes para con la sociedad, y por infringir gravemente sus deberes deontológicos, así como por incumplimiento de las prestaciones accesorias. Los concretos motivos alegados para acordar la exclusión fueron los siguientes: a) emisión de informes contradictorios a los efectuados por otros socios profesionales en presencia de pacientes; b) reclamación formulada por una paciente contra el demandante por el trato recibido a raíz de un intervención quirúrgica cuyo resultado no fue el previsto; c) maltrato al personal de la clínica; d) retrasos y cancelación de agenda.

La nulidad del acuerdo de exclusión se sostenía en la demanda en las siguientes causas: a) infracción por violación de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Sociedades Profesionales y el artículo 6 de los estatutos al no concurrir ninguno de los motivos alegados para la exclusión; b) abuso de derecho y mala fe con infracción del artículo 7.1 del Código Civil , invocando también la doctrina de los actos propios, al ser igualmente imputables las causas de exclusión a los demás socios; c) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución , al no haberse observado los principios de tipicidad, legalidad, audiencia y defensa, aplicables cuando al sociedad ejercita su potestad sancionadora; d) vulneración de los derechos del demandante durante la celebración de la junta a participar activamente, informarse, deliberar, así como del derecho de información; e) nulidad por abuso de derecho, mala fe y fraude de ley al constituir el acuerdo un



mecanismo para evitar el cumplimiento de la legalidad en materia tributaria y contable, junto con el derecho de todo socio de no resultar un "delincuente fiscal"; y f) subsidiariamente, se solicitaba la nulidad por concurrir causa de anulabilidad, al adoptarse el acuerdo en contra de los intereses de la sociedad y a favor de los otros socios.

La sentencia dictada en primera instancia desestima íntegramente la demanda al considerar, con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 218/1988, de 22 de noviembre, que el control judicial del acuerdo de exclusión del socio se limita a comprobar si existe una base razonable para la adopción de la correspondiente decisión, que sí la aprecia en el supuesto de autos, rechazando los demás motivos de impugnación por no apreciar abuso de derecho, mala fe, infracción de la doctrina de los actos propios, vulneración del artículo 24 de la Constitución, infracción de los derechos de participación o información, ni la causa de anulabilidad invocada.

Frente a la sentencia se alza la parte demandante que interesa su revocación con íntegra estimación de la demanda sobre la base de las siguientes alegaciones: a) nulidad de actuaciones y, subsidiariamente, suspensión del procedimiento por existencia de prejudicialidad penal; b) abuso de derecho y fraude de ley con infracción del artículo 7 del Código Civil en tanto que la única finalidad perseguida por el acuerdo era excluir al actor para evitar que ejercitara sus legítimos derechos frente a la contabilidad y fiscalidad de la sociedad; c) errónea apreciación de la prueba en cuanto a la no vulneración de los derechos básicos del socio de intervención en la junta y de información, con infracción del artículo 196 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

La parte demandada se opone al recurso de apelación y solicita la confirmación de la sentencia.

Como consta en los antecedentes de hecho de la presente resolución, el primero de los motivos del recurso de apelación quedó zanjado por el auto de este tribunal de fecha 18 de septiembre de 2015 por el que se acordó la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal, suspensión alzada como consecuencia del sobreseimiento provisional y archivo de las correspondientes diligencias penales.

**SEGUNDO** .- El artículo 14 de la Ley de Sociedades Profesionales establece un régimen especial para la exclusión de socios profesionales, según el cual: "*1. Todo socio profesional podrá ser excluido, además de por las causas previstas en el contrato social, cuando infrinja gravemente sus deberes para con la sociedad o los deontológicos, perturbe su buen funcionamiento o sufra una incapacidad permanente para el ejercicio de la actividad profesional.*

*2. Todo socio profesional deberá ser excluido cuando haya sido inhabilitado para el ejercicio de la actividad profesional, sin perjuicio de su posible continuación en la sociedad con el carácter de socio no profesional si así lo prevé el contrato social.*

*3. La exclusión requerirá acuerdo motivado de la junta general o asamblea de socios, requiriendo en todo caso el voto favorable de la mayoría del capital y de la mayoría de los derechos de voto de los socios profesionales, y será eficaz desde el momento en que se notifique al socio afectado...*"

La sentencia apelada rechaza que el acuerdo impugnado infrinja el mencionado precepto o el artículo 6 de los estatutos, al considerar, con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 218/1988, de 22 de noviembre, que el control judicial del acuerdo de exclusión del socio se limita a comprobar si existe una base razonable para la adopción de la correspondiente decisión, lo que sí se constata en el caso enjuiciado.

El tribunal no considere aplicable a la impugnación de un acuerdo de exclusión de un socio de una sociedad de responsabilidad limitada, en este caso profesional, la doctrina de la sentencia del Tribunal constitucional de 22 de noviembre de 2008, pronunciada respecto de acuerdos sancionatorios de expulsión de un socio en el seno de asociaciones en los que el control judicial efectivamente se limita a constatar si existe una base razonable para la adopción del acuerdo sin entrar a valorar, con independencia del juicio ya efectuado por los órganos de la asociación, la conducta del socio.

En el caso de impugnación de acuerdos de una sociedad profesional que adopta la forma de sociedad de responsabilidad limitada, esto es, una sociedad de capital, el acuerdo de exclusión no es una sanción ni resulta de aplicación el artículo 22 de la Constitución que proclama el derecho de asociación, fundamento de la sentencia invocada.

Consecuencia de lo anterior es que nada impide que el control judicial del acuerdo de exclusión alcance a la efectiva concurrencia de las causas legales o estatutarias en que se funda el acuerdo impugnado. Ahora bien, el recurrente no ha mantenido en el recurso de apelación el motivo de impugnación consistente en la infracción del artículo 14 de la Ley de Sociedades Profesionales y de los estatutos, aquietándose expresamente al criterio del juzgador de la anterior instancia sobre el alcance del control judicial del acuerdo de exclusión cuando señala



que: *"Si bien, podemos discrepar de dicha fundamentación , no vamos a impugnarla "per se" pero lo que esta parte sí impugna por medio del presente recurso es el pronunciamiento en cuanto a que se halla (sic) estimado la nulidad del acuerdo por vulneración radical del artículo 7 C. Civil , y entendemos desacertado el fallo de la sentencia, porque el acuerdo es nulo de pleno derecho al haber sido adoptado con abuso de derecho y mala fe"*.

Precisado lo anterior, el apelante sostiene la nulidad del acuerdo de exclusión en la infracción del artículo 7 del Código Civil por abuso de derecho y fraude de ley en tanto que la única finalidad perseguida con el acuerdo era expulsar al actor de la sociedad por su clara oposición a la contabilidad y fiscalidad que se estaba llevando a cabo en la sociedad demandada y en otra sociedad que desarrollaba su actividad en Barcelona, la entidad "CLÍNICA INTERNACIONAL DE CIRUGÍA ORAL, S.L.P.", constituida por los mismos socios que la demandada con excepción de don Rosendo que no forma parte de esta última, que ha sido disuelta y liquidada.

No existe razón alguna para vincular la disolución y liquidación de la entidad "CLÍNICA INTERNACIONAL DE CIRUGÍA ORAL, S.L.P." con el acuerdo de exclusión del demandante de la sociedad demandada adoptado el 13 de diciembre de 2010 o con el cese del demandante como administrador solidario de la demandada el día 3 de mayo de 2010.

La exclusión del socio se adopta como consecuencia de determinadas conductas que se imputan al demandante tales como: la emisión de diagnósticos contradictorios en presencia de pacientes; reclamación formulada por un paciente contra el demandante y; retrasos y cancelación de agenda, hechos cuya realidad no se cuestiona en el recurso, hasta el punto de afirmar que, en mayor o menor medida, el resto de los socios habían incurrido en las mismas conductas.

La afirmación de que el acuerdo impugnado no es más que una represalia contra el demandante con el único fin de evitar la presencia de un socio que quiere sostener criterios de estricta legalidad societaria, contable y tributaria carece el menor soporte probatorio y con mayor razón cuando no costa la existencia de irregularidades societarias, contables ni tributarias.

Es más, las supuestas irregularidades fueron denunciadas por el demandante ante la fiscalía con fecha 9 de mayo de 2011, esto es, con fecha posterior no solo a la adopción del acuerdo impugnado sino a la propia presentación de la demanda (11 de marzo de 2011), habiendo sido acordado el sobreseimiento provisional y archivo de las diligencias penales incoadas en virtud de querrela presentada por la fiscalía.

Como indicamos en el auto de fecha 18 de septiembre de 2015 , el demandante y apelante presentó en la fiscalía denuncia contra los demás socios y la entidad "QUALIMAT 2000, S.L." por los presuntos delitos societarios de los artículos 291 y 292 del Código Penal (CP ), delitos contables del artículo 310 CP , delito de apropiación indebida, delito contra la Hacienda Pública del artículo 305 CP , delito de contrabando de material clínico y delito de alzamiento de bienes que, entre otros hechos, narraba la celebración de la junta de la entidad aquí demandada y el acuerdo de exclusión, afirmando que no concurría ninguna de las causas de exclusión alegadas y que dicho acuerdo era abusivo sin más finalidad que expulsar al socio disidente para que no obstaculizase la gestión contable y fiscal que se estaba llevando a cabo, calificando el acuerdo de exclusión como constitutivo de un delito del artículo 291 CP .

La fiscalía presentó querrela por los presuntos delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social que fue admitida a trámite por auto de fecha 19 de marzo de 2012 del Juzgado de Instrucción nº 47 de Madrid , que incoó las Diligencias Previas nº 1619/2012.

Con posterioridad, el apelante presentó querrela en la que se insistía, entre otros, en el delito del artículo 291 CP (acuerdos abusivos impuestos por la mayoría). En virtud de la querrela presentada por el perjudicado se tuvo por ampliada la formulada inicialmente por el Ministerio Fiscal y así se acordó mediante providencia de fecha 27 de junio de 2012.

Mediante auto de fecha 22 de octubre de 2015 el Juzgado de Instrucción nº 47 de Madrid se acordó el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones, siendo confirmado por auto de la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 31 de marzo de 2016 .

Lo que resulta destacable es que la denuncia ante la fiscalía fue formulada por el demandante mucho después de la adopción del acuerdo, una vez que se encontraba en tramitación el procedimiento origen de estas actuaciones y como reacción al acuerdo impugnado.

En definitiva, no existe base alguna para sostener que el acuerdo impugnado tuviera como finalidad evitar que el demandante ejercitara sus legítimos derechos frente a la contabilidad y fiscalidad de la sociedad, como sostiene el apelante, ni cabe apreciar, en consecuencia, abuso de derecho o fraude de ley, indiscriminadamente alegadas como si se tratara de una misma institución.



Tampoco cabe apreciar que el acuerdo sea contrario a la buena fe con infracción del artículo 7.1 del Código Civil por el hecho afirmado por el recurrente de que alguna de las conductas -no todas- en que se basa el acuerdo de exclusión pudiera también imputarse a los otros socios profesionales, cuando la sociedad ha apreciado la concurrencia de la causa de exclusión en el demandante en atención a la concurrencia de todas las circunstancias y conductas que fueron valoradas al adoptar el acuerdo de exclusión y no en consideración a alguna de ellas aisladamente.

**TERCERO** .- El recurrente imputa a la sentencia apelada una errónea valoración de la prueba en cuanto a la no vulneración de los derechos básicos del socio de intervención en la junta y de información, con infracción del artículo 196 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital .

Del acta notarial de la junta (documento nº 13 de la contestación a la demanda) y de la transcripción de su grabación (documento nº 14 de la demanda) cabe concluir la vulneración de los derechos del socio a intervenir en la reunión y de información.

El artículo 93 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital reconoce a los socios, entre otros, los derechos de asistencia, información, voto e impugnación de los acuerdos sociales.

El derecho de asistencia lleva implícito el denominado derecho de voz en tanto que los acuerdos se adoptan previa deliberación.

Nada señala el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital sobre la forma de deliberar, siendo los estatutos los que deben regular el modo de deliberar y adoptar los acuerdos en los órganos colegiados de la sociedad ( artículo 23 f del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital ).

El artículo 10.2 de los estatutos de la entidad demandada regula la deliberación en la junta en los siguientes términos: *"Deliberación. El presidente concederá el uso de la palabra y determinará el tiempo de las intervenciones, y cuándo deben darse por concluidas. El presidente y cualquiera de los socios podrá pedir que se exponga por escrito, breve y motivado, la opinión de cada socio para mejor deliberar sobre ella."*

Del acta notarial de la junta y de la transcripción de la reunión resulta acreditado que se impidió al demandante dejar constancia por escrito, como permiten los estatutos, de su opinión sobre la propuesta de acuerdo a adoptar que consistía, precisamente, en su exclusión, por lo que, con mayor razón, se le debió dejar expresar su opinión.

El demandante, tras una larga discusión sobre la incorporación al acta del texto que llevaba redactado (documento nº 21 de la demanda), lo que no permitió el presidente, hizo uso de su derecho de voz comenzando con la lectura del texto en el que ponía de manifiesto el rechazo de las acusaciones que se le imputaban, las cuales, a su juicio, no tenían fundamento alguno, lectura que fue interrumpida por el presidente al considerar que determinadas consideraciones que pretendía efectuar el demandante sobre el uso de historias clínicas por los demás socios, la disolución de la sociedad de Barcelona y la finalización del proyecto común, así como determinados aspectos de la contabilidad y sus consecuencias tributarias, no eran congruentes con el orden del día.

No se discute que el presidente tiene la facultad de dirigir los debates y puede retirar a los socios el uso de la palabra, pero tal facultad no puede ejercitarse arbitrariamente o de forma abusiva, impidiendo al socio cuya exclusión se propone expresar su opinión sobre la misma y las causas que a su juicio motivaban el acuerdo.

Las alegaciones que pretendía efectuar el demandante, cuya exclusión era objeto de deliberación, no implicaban una manifestación abusiva o carente de finalidad legítima sino que se dirigían a justificar la inexistencia de las causas en que se fundaba la propuesta debatida, al ser otra la razón última por la que, en opinión del actor, se acordaba su exclusión, fuera o no así, pero esa era la postura del actor y sus alegaciones escritas, bastante concretas por otra parte, se dirigían a ponerlo de manifiesto.

Por lo demás, el demandante ejercitó su derecho de información en la propia junta interesando expresamente aclaraciones para que se concretara la identidad de los pacientes sobre los que había vertido opiniones contradictorias, sin que se le facilitara porque el presidente manifestó que no disponía de esos datos en ese momento, sin que llegara a facilitarse dato alguno con posterioridad.

Se trata de una aclaración relevante hasta el punto de que se refiere a uno de los motivos alegados para acordar la exclusión y su omisión integra una flagrante infracción del derecho de información reconocido en el artículo 196 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital , en la redacción de este texto aplicable al supuesto de autos por razones temporales.

Los razonamientos anteriores determinan la estimación del recurso de apelación con revocación de la sentencia apelada para estimar la demanda y declarar la nulidad del acuerdo impugnado, de conformidad con





los artículos 93 y 196 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital , por vulneración de los derechos de voz e información.

**CUARTO** .- En materia de costas, la estimación del recurso de apelación con estimación de la demanda, determina la condena a la parte demandada al pago de las costas ocasionadas en primera instancia de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por otra parte, al estimarse el recurso de apelación formulado por el actor, no procede condenar al pago de las costas originadas por el mismo a ninguno de los litigantes, todo ello en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

## FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña Pilar Rodríguez de la Fuente en nombre y representación de **DON Luciano** contra la sentencia dictada el día 19 de diciembre de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid , en el procedimiento ordinario núm. 204/2011 del que este rollo dimana.

2.- Revocar la referida resolución y, en su lugar, estimamos la demanda formulada por DON Luciano contra la mercantil "**CLÍNICA UNIVERSITARIA DE CIRUGÍA ORAL, S.L.P.**" , representada por el procurador don Federico Ruipérez Palomino y, en consecuencia, declaramos la nulidad del acuerdo adoptado en la junta general de socios de la entidad "CLÍNICA UNIVERSITARIA DE CIRUGÍA ORAL, S.L.P.", celebrada el día 3 de febrero de 2011, bajo el punto primero del orden del día, por el que se aprobó la exclusión como socio del demandante, acuerdo que dejamos sin efecto.

3.- Imponer a la parte demandada las costas causadas en primera instancia.

4.- No se efectuar expresa imposición de las costas originadas con el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , procédase a la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de apelación.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.