



Roj: **STS 1050/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:1050**

Id Cendoj: **28079110012013100116**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/03/2013**

Nº de Recurso: **1053/2010**

Nº de Resolución: **216/2013**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a catorce de Marzo de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por la entidad "LICEA 2003, S.L.", representada ante esta Sala por el procurador D. Juan Torrecilla Jiménez, contra la sentencia dictada el 31 de marzo de 2010, por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 441/2009, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 237/2008, seguidas ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona. Han sido partes recurridas D. Guillermo y D. Marcelino, representados por el procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia**

**PRIMERO** .- La procuradora D.<sup>a</sup> Carlota Pascuet Soler, en nombre y representación de D. Guillermo y de D. Marcelino, interpuso demanda de juicio ordinario, mediante escrito de 17 de abril de 2008 contra la entidad "LICEA 2003" en la que suplicaba lo siguiente: «[...] se DECLARE:

»a) la NULIDAD O SUBSIDIARIAMENTE LA ANULABILIDAD del acuerdo primero relativo al primer punto del orden del día de Junta General de Socios de "LICEA 2003, S.L." celebrada el 14 de marzo de 2008 por infracción del artículo 6.3 de los Estatutos Sociales, en relación con los artículos 95 y 96 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada así como por interpretación errónea del artículo 25.2 y 98 del mismo cuerpo legal,

»b) CONDENE A LA SOCIEDAD LICEA 2003 S.L. a CONVOCAR nueva Junta General de Socios para que se adopte, conforme a lo que dispone el artículo 6.3 de los estatutos, el acuerdo de proceder a la adquisición o amortización de las 767 participaciones de la Clase A, titularidad de D. Guillermo y de las 1.536 participaciones sociales de la Clase A titularidad de D. Marcelino, todas ellas afectadas por la imposibilidad del cumplimiento de la prestación accesoria recogida en los artículos 5 y 6 de los Estatutos Sociales, por el precio que fijen de común acuerdo las partes, o, en su defecto, aquel razonable que determine un auditor nombrado por el Registro mercantil a tal efecto.

»c) con expresa imposición a "LICEA 2003 S.L." de las costas del presente juicio por su evidente temeridad y mala fe y por ser preceptivo legal».

**SEGUNDO**.- La demanda fue repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona y fue registrada con el núm. 237/2008. Una vez admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada para su contestación.

**TERCERO**.- El procurador de la entidad "LICEA 2003, S.L.", D. Antonio María de Anzizu Furest, contestó a la demanda, mediante escrito de fecha 30 de junio de 2008, en el que solicitaba «[...] dicte en su día Sentencia DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA CON EXPRESA CONDENA EN COSTAS A LA ACTORA».

**CUARTO.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada Juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: «FALLO: DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda de juicio ordinario promovida por la Procuradora de los Tribunales D.<sup>a</sup> Carlota Pascuet Soler, en nombre de DON Guillermo Y DON Marcelino , contra LICEA 2003, S.L. con todos los pronunciamientos favorables, todo ello sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales.»

#### **Tramitación en segunda instancia**

**QUINTO.-** La procuradora D.<sup>a</sup> Carlota Pascuet Soler, en representación de D. Guillermo y de D. Marcelino , y el procurador D. Antonio María de Anzizu Furest, en representación de la entidad "LICEA 2003, S.L.", interpusieron sendos recursos de apelación contra la referida sentencia. Asimismo, ambas partes se opusieron a los recursos de apelación formulados por la parte contraria.

**SEXTO.-** La resolución de estos recursos correspondió a la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 441/2009 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia, cuya parte dispositiva disponía: «FALLAMOS: ESTIMAMOS el recurso interpuesto por la representación de Marcelino y Guillermo , contra la sentencia dictada con fecha 26 de mayo de 2009 por el Juzgado Mercantil nº. 5 de Barcelona , cuya parte dispositiva obra transcrita en los antecedentes de la presente; que revocamos, y en su lugar acordamos estimar la demanda interpuesta por Marcelino y Guillermo frente a la sociedad LICEA 2003, S.L. y en su consecuencia:

»1º) Declaramos la nulidad del acuerdo primero relativo al primer punto del orden del día de la Junta General de Socios de LICEA 2003, S.L. celebrada el día 14 de marzo de 2008, que rechazaba la propuesta de adquisición o amortización de las participaciones de los actores;

»2º) Condenamos a LICEA 2003, S.L. a convocar nueva Junta General de Socios para que adopte, conforme a lo que dispone el artículo 6.3 de los Estatutos, el acuerdo de proceder a la adquisición o amortización de las 767 participaciones de la clase A, titularidad de Guillermo y de las 1.536 participaciones sociales de la clase A titularidad de Marcelino , por el precio que fijen de común acuerdo las partes o, en su defecto, aquel razonable que determine un auditor nombrado por el Registro Mercantil.

»Todo ello sin que proceda hacer expresa condena en costas ni en primera instancia ni en esta alzada.»

#### **Interposición y tramitación del recurso de casación**

**SÉPTIMO.-** La representación procesal de la entidad "LICEA 2003, S.L." interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial argumentado los siguientes motivos:

1.- Infracción legal de los artículos 1283 y 1285 del Código Civil , en relación con la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo.

2.- Infracción del artículo 98 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , en relación con los artículos 218.7 y 219 del Código de Comercio .

3.- Contravención de los artículos 95 y 96 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , en relación con el artículo 12.3 de la misma Ley y con el artículo 1256 del Código Civil .

4.- Infracción del artículo 22.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , en relación con los artículos 1088 y 1901 del Código Civil .

**OCTAVO.-** Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma, por medio de D. Juan Torrecilla Jiménez, en nombre y representación de la entidad "LICEA 2003, S.L., y de D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, en nombre de D. Guillermo y de D. Marcelino , se dictó Auto de fecha 18 de enero de 2011, cuya parte dispositiva decía: «LA SALA ACUERDA:

»1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "LICEA 2003, S.L." contra la Sentencia dictada con fecha 31 de marzo de 2010 por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15a), en el rollo de apelación nº 441/2009 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 237/2008 del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona.

»2º) Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida para que formalice su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.»

**NOVENO.-** Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición a la admisión del recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación del correspondiente escrito.



**DÉCIMO.-** Se tuvo por formalizada la oposición y al no haberse solicitado por todas las partes la celebración de vista, quedó el recurso pendiente de votación y fallo.

**UNDÉCIMO.-** Por providencia de 5 de febrero de 2013 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 7 de marzo del mismo año, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Resumen de antecedentes

Los actores, D. Marcelino y D. Guillermo, son titulares de participaciones de la clase A de la demandada, la compañía "LICEA 2003, S.L." (en lo sucesivo, LICEA).

Estas participaciones de la clase A se vinculan a la obligación de realizar la prestación accesoria que define el art. 6.1 de los estatutos de la compañía y que consiste en la prestación de servicios profesionales a la sociedad o a sociedades del grupo en régimen laboral o de forma autónoma, para el desarrollo del objeto social de la compañía. En el caso de los demandantes, esta prestación accesoria se cumplía con la realización de servicios profesionales para una sociedad del grupo, denominada "PRIVARY, A.V. S.A.U.", que es una agencia de valores participada a través de "GRUPO PRIVARY, S.L." por LICEA.

Los dos actores dimitieron de sus cargos en "PRIVARY, A.V. S.A.U." y causaron baja de la compañía el 7 de enero de 2008, por discrepancias con el resto de los socios. A continuación, comunicaron formalmente este hecho a LICEA, para que en cumplimiento de lo prescrito en el art. 6.3 de los Estatutos se convocara junta de socios que acordara la adquisición de sus acciones o su amortización. La junta fue convocada para el día 14 de marzo de 2008 y este punto se incluyó en su orden del día. En dicha junta, como primer acuerdo, se rechazó la propuesta de adquisición o amortización de las participaciones de los actores.

En su demanda, los actores impugnan este acuerdo por considerarlo nulo, al infringir lo previsto en el art. 6.3 de los estatutos, en relación con los arts. 95 y 96 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Los actores pedían también en su demanda que se condenara a la sociedad a convocar nueva junta de socios para que, conforme a lo dispuesto en el art. 6.3 de los estatutos, acordara la adquisición o amortización de las participaciones de los actores.

La sentencia de primera instancia desestimó la pretensión de los demandantes. En síntesis, interpretó los arts. 6.3 y 30 de los estatutos en relación con los arts. 95 y 96 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, relativos al derecho de separación, y los arts. 25 y 98 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, relativos a la exclusión del socio, y concluyó que los estatutos no prevén un derecho de separación de los socios en caso de incumplimiento de la obligación accesoria, que sí podría legitimar la exclusión de los socios, y por ello desestima la demanda aunque no condena en costas a los demandantes al apreciar la existencia de dudas de hecho y de derecho.

La sentencia del Juzgado Mercantil fue recurrida en apelación por ambas partes. Los actores recurrieron la desestimación de sus pretensiones, por entender que la sentencia llevaba a cabo una incorrecta interpretación del art. 6.3 de los estatutos, en parte por haberse dejado guiar por el testigo Pablo Usandizaga, vinculado con la sociedad demandada y que se atribuyó la autoría de los estatutos y por ello su interpretación auténtica. Por su parte, la demandada recurrió el pronunciamiento sobre las costas, por entender que no concurrían dudas de hecho o de derecho que justificaran su no imposición.

La sentencia de la Audiencia Provincial estimó el recurso de los demandantes. En síntesis, interpretó los estatutos sociales en el sentido de que quienes constituyeron la sociedad pretendían asegurarse que en la sociedad sólo permanecería como socio de clase A quien prestara sus servicios para la agencia de valores del grupo, de tal forma que quien dejara de hacerlo pudiera marcharse teniendo derecho a separarse de la sociedad, y que si no lo hacía, la propia sociedad debía acordar la exclusión con la consiguiente amortización o adquisición de sus respectivas participaciones. Como consecuencia de lo expuesto, consideraba que el art. 6.3 de los estatutos establecía un derecho de separación del socio que caso de ser ejercitado obligaba a la sociedad a amortizar o adquirir las participaciones. Por tanto, el acuerdo impugnado, al rechazar la propuesta de adquisición o amortización de las participaciones sociales de los demandantes, era contrario al art. 6.3 de los estatutos sociales y resultaba anulable.

La sentencia de la Audiencia Provincial declaró nulo el acuerdo impugnado y condenó a la sociedad LICEA a convocar nueva junta general de socios para que adoptara, conforme a lo que dispone el artículo 6.3 de los estatutos, el acuerdo de proceder a la adquisición o amortización de las participaciones de la clase A titularidad



de los demandantes por el precio que fijen de común acuerdo las partes o, en su defecto, aquel razonable que determine un auditor nombrado por el Registro Mercantil.

La representación de la sociedad demandada ha interpuesto recurso de casación contra esta sentencia, en base a cuatro motivos.

#### **SEGUNDO.-Primer motivo de casación. La interpretación de los estatutos sociales**

En el primer motivo de casación la parte recurrente denuncia la infracción de los arts. 1283 y 1285 del Código Civil . Alega que la Audiencia Provincial ha hecho caso omiso de la intención de las partes (de ahí la infracción del art. 1283 del Código Civil ) y se ha limitado a una interpretación literal pese a la falta de claridad de los estatutos, sin realizar la interpretación sistemática exigible en tales casos, y de ahí la infracción del art. 1285 del Código Civil .

#### **TERCERO.- Valoración de la Sala. La interpretación de los estatutos sociales**

La recurrente sustenta la denuncia de infracción del art. 1283 del Código Civil en unos datos distintos de los fijados por la sentencia de apelación, que han de ser respetados en casación. Alega que la Audiencia hace caso omiso a la intención de las partes, pero la sentencia de la Audiencia Provincial afirma que quienes constituyeron la sociedad «[...] pretendían asegurarse de que en la sociedad sólo permanecería como socio de clase A quienes prestaran sus servicios para la agencia de valores del grupo, de tal forma que quien dejara de hacerlo pudiera marcharse teniendo derecho a separarse de la sociedad, y que si no lo hacía, la propia sociedad debía acordar su exclusión, con la consiguiente amortización o adquisición de sus respectivas participaciones».

La denuncia de infracción del art. 1285 del Código Civil tampoco puede ser estimada. No es correcta la afirmación de que la sentencia de la Audiencia Provincial se limita a realizar una interpretación literal de determinado precepto estatutario (el art. 6.3 de los estatutos). La Audiencia Provincial ha realizado una interpretación que además del elemento literal utiliza también el sistemático, puesto que da una explicación coordinada de los arts. 6 y 30 de los estatutos sociales, de un modo tal que pueda explicarse la aparente desarmonía de los mismos: el socio de clase A (con obligación de realizar prestaciones accesorias) que dejara por cualquier causa de realizar tales prestaciones tenía derecho a separarse de la sociedad (art. 6.3) y si no lo hacía la sociedad debía acordar su exclusión, con la consiguiente amortización o adquisición de sus respectivas participaciones.

Tal como está formulado el motivo del recurso, la recurrente pretende en este motivo del recurso que esta Sala revise la interpretación de los estatutos sociales realizada en la sentencia de la Audiencia Provincial, pero es doctrina constante de esta Sala que la interpretación de los contratos constituye función de los tribunales de instancia, por lo que la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por aquella en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario. E incluso en el supuesto de fundarse un motivo en la infracción de las normas que regulan la interpretación de los contratos, como es el caso, también se ha declarado que no se pueden considerar infringidas dichas normas legales cuando, lejos de combatirse una labor interpretativa abiertamente contraria a lo dispuesto en ellas o al derecho a la tutela judicial, el recurrente se limita a justificar el desacierto de la apreciación realizada por el tribunal de instancia, con exclusivo propósito de sustituir una hipotética interpretación dudosa por sus propias conclusiones al respecto. En consecuencia, el único objeto de discusión a través del recurso de casación sobre la interpretación contractual no se refiere a lo oportuno o conveniente, sino a la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico. Por ello, salvo en estos casos, prevalecerá el criterio del tribunal de instancia aunque la interpretación contenida en la sentencia no sea la única posible, o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud. Así lo han afirmado, entre las más recientes, las Sentencias de esta Sala de 4 de abril de 2011, RC núm. 41/2007 ; 13 de junio de 2011, RC núm. 1008/2007 ; 4 de octubre de 2011, RC núm. 1551/2008 ; 10 de octubre de 2011, RC núm. 1148/2008 y 26 de marzo de 2012, RC núm. 146/2009 . Este criterio es aplicable a la interpretación de los estatutos sociales, y así lo ha hecho esta Sala en la sentencia núm. 303/1997, de 15 de abril, RC núm. 654/1993 .

#### **CUARTO.-Segundo motivo de casación.**

Como segundo motivo alega la recurrente que en la sentencia se infringen los arts. 98 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 218.7 y 219 del Código de Comercio al dar un mismo tratamiento al incumplimiento y a la imposibilidad de cumplimiento de la prestación accesorias, puesto que el art. 98 del Código de Comercio prevé la exclusión del socio para el caso de incumplimiento de la prestación accesorias.

#### **QUINTO.- Valoración de la Sala. Inaplicabilidad de los preceptos sobre exclusión del socio para el caso de incumplimiento de la prestación accesorias**





En la formulación de su motivo de recurso, la recurrente vuelve sobre cuestiones que planteó en su primer motivo y que fueron desestimadas, como es la interpretación de la previsión estatutaria contenida en el art. 6.3 de los Estatutos y la intención que perseguían los socios fundadores al constituir la sociedad. Para evitar innecesarias repeticiones nos remitimos a lo expuesto en el fundamento de derecho tercero.

No existe contravención de los arts. 98 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 218.7 y 219 del Código de Comercio porque los mismos no son de aplicación al presente litigio, al existir previsiones estatutarias que establecen el derecho de separación del socio titular de participaciones sociales con prestaciones accesorias que por cualquier motivo cesa en tales prestaciones. Son tales previsiones estatutarias, en relación al art. 96 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, las que han sido aplicadas, y no los preceptos legales invocados, que no han sido aplicados ni debían serlo.

#### **SEXTO.- Tercer motivo del recurso de casación**

La recurrente alega en este motivo que la sentencia de la Audiencia Provincial contraviene los arts. 95 y 96 en relación al 12.3, todos ellos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y 1256 del Código Civil.

Tal infracción vendría determinada porque las causas estatutarias de separación que permite el art. 96 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada han de tener una naturaleza uniforme con las previstas en el art. 95 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, pues de otro modo se estaría permitiendo cláusulas estatutarias que previeran la separación "ad nutum", esto es, por la sola voluntad del socio, sin necesidad de causa justificada no imputable al mismo. Según la recurrente, tal posibilidad es contraria a los principios configuradores de la Sociedad de Responsabilidad Limitada y por tanto infringe el art. 12.3 de su ley reguladora, así como el art. 1256 del Código Civil al dejar el cumplimiento de la obligación al exclusivo arbitrio del socio.

En apoyo de su argumentación cita varios pasajes de la sentencia del Juzgado Mercantil que fue revocada por la de la Audiencia Provincial.

#### **SÉPTIMO.-Valoración de la Sala. Licitud de la previsión estatutaria respecto del derecho de separación del socio**

En la regulación legal de las sociedades más acentuadamente capitalistas y corporativas, como es el caso de la sociedad anónima, el principio de estabilidad del capital social supone que no se reconozca a los socios un derecho a la desinversión y rescate de su aportación. Ello explica que se permita al socio la transmisión de su participación social a terceros, para evitar que se encuentre vinculado de forma permanente a la sociedad.

Mientras más acentuado sea el carácter personalista y contractualista de la sociedad, menor vigencia tendrá este principio. En las sociedades personalistas y contractualistas, cuando son de duración indeterminada, el derecho de separación no tiene otro límite que su ejercicio dentro del marco de la buena fe contractual, como plasmación del criterio contrario a las vinculaciones contractuales permanentes o indefinidas que inspira nuestro sistema legal. A este principio responden el art. 1705 del Código Civil respecto de la sociedad civil, y el art. 224 del Código de Comercio respecto de la sociedad colectiva y la comanditaria.

La sociedad de responsabilidad limitada es una sociedad de carácter híbrido, en la que deben convivir en armonía elementos personalistas y elementos capitalistas y la autonomía de la voluntad de los socios puede adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias. Así lo afirma la exposición de motivos de su ley reguladora.

Esta Sala ya se ha pronunciado sobre la licitud de las cláusulas estatutarias que permiten la separación del socio de una sociedad de responsabilidad limitada.

Respecto de la anterior Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2002, RC núm. 3470/1996, había declarado la licitud de ese tipo de cláusulas estatutarias.

En aplicación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 796/2011, de 15 noviembre, RC núm. 1433/2007, consideró que la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no veta la posibilidad de configurar como causa estatutaria de separación la decisión unilateral del socio, ya que el derecho de separación reconocido en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada cumple la función de intensa tutela del socio y de la minoría frente al carácter vinculante de determinados acuerdos de singular trascendencia adoptados por la mayoría a la que se refiere la exposición de motivos, supuestos que se contemplan en el artículo 95 de la Ley (hoy 346 Ley de Sociedades de Capital). Asimismo constituye una manifestación de la afirmada, en la propia Exposición de Motivos, flexibilidad del régimen jurídico de la Ley que permite que "la autonomía de la voluntad de los socios tenga la posibilidad de adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias", de tal forma



que si bien razones prácticas son determinantes en la realidad de la sustancial uniformidad de los estatutos sociales, el artículo 12 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, hoy 28 de la Ley de Sociedades de Capital, admite las cláusulas atípicas.

Consideró la Sala en esta sentencia que no cabe entender como límite de la libertad autonormativa de los particulares el carácter cerrado de las sociedades de responsabilidad limitada, constitutivo de un principio configurador que solo quiebra excepcionalmente, dado que la posibilidad de separación de los socios en cualquier momento (cláusula de puerta abierta) está expresamente admitida por la Ley que incluso subordina la validez de las cláusulas de prohibición de transmisión voluntaria de participaciones al reconocimiento de la facultad de separación en cualquier momento ( artículo 30.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, hoy 108.3 de la Ley de Sociedades de Capital ).

El ejercicio del derecho de separación previsto de forma clara y contundente en los estatutos no ignora el "principio mayoritario" ya que el mismo no es apto para impedir el ejercicio por los socios de los derechos individuales atribuidos por la Ley o por los estatutos.

La admisión de las cláusulas de separación "ad nutum" no supone vulneración de lo previsto en el artículo 1256 del Código Civil, ya que no deja al arbitrio de uno de los socios la validez y eficacia del contrato de sociedad, dado que se limita a facultar al socio, no ya por el contrato de sociedad, sino por los estatutos, para el ejercicio del derecho potestativo unilateral de separarse de un contrato de duración indefinida. Se declaró en la sentencia 428/2002 de 3 de mayo, en tesis aplicable para la decisión de la presente controversia, si bien dictada en aplicación de la Ley de 17 de Julio de 1953, que «no existe fundamento ni causa que lo justifique, para entender prohibido o "contra legem" (contrario a la ley) que en un contrato de duración indefinida, se fijen en los estatutos sociales, aparte de la obligación de la permanencia en la sociedad durante un plazo o período determinado, en este caso, el de tres años, a partir del cual, tanto puede disolverse la sociedad, como separarse alguno de los socios permaneciendo la misma entre los socios perseverantes; facultad, que esta otorgada a cualquiera de los socios de la sociedad, por lo que no se puede decir como se sostiene por la parte recurrente que las disposiciones de los artículos del estatuto, faltan por una parte a lo dispuesto en el art. 1256 del Código Civil de dejar al arbitrio o voluntad de uno de los contratados la validez y cumplimiento del contrato».

Como se verá al analizar el cuarto motivo del recurso, la previsión en los estatutos sociales de prestaciones accesorias de determinados socios acentúa el carácter personalista y contractualista de la sociedad limitada. Más aún si esa prestación accesoria consiste en el trabajo personal del socio a favor de la sociedad, o de una sociedad de su grupo, como en el caso objeto de este recurso. Ello justifica de modo más intenso la licitud de las previsiones estatutarias que otorgan al socio un derecho de separación por su sola voluntad, como es el caso de haber cesado voluntariamente de prestar los servicios por cuenta ajena en que consistía la prestación accesoria.

#### **OCTAVO.- Improcedencia de citar la sentencia de primera instancia como argumento para justificar la infracción legal cometida en la sentencia de apelación, revocatoria de aquella.**

A lo largo del motivo, la recurrente cita varios párrafos de la sentencia de primera instancia, contraponiendo la corrección de ésta con la incorrección de la dictada por la Audiencia Provincial.

No es correcto invocar como argumento de autoridad, en apoyo de las tesis del recurrente, la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil, que fue revocada por la Audiencia Provincial. Es doctrina reiterada de esta Sala que no puede fundamentarse un recurso de casación en la comparación argumental entre los razonamientos de la sentencia de primer instancia y los de la sentencia de apelación, ya que lo que se recurre es la resolución de segunda instancia, no la de primer grado, cuyos razonamientos, por esta razón, quedan fuera de la materia del recurso de casación, no pudiendo servir los esgrimidos por el juzgado para combatir las conclusiones alcanzadas por la Audiencia sobre la controversia. No cabe fundar la impugnación de la sentencia de la Audiencia Provincial en un juicio comparativo con la de primera instancia.

Es por ello que la Sala no entrará en una valoración comparativa de una y otra sentencia.

#### **NOVENO.-Cuarto motivo de casación**

La recurrente enuncia el motivo cuarto de su recurso de casación como contravención del art. 22.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 1088 y 1091 del Código Civil.

Según la recurrente, la sentencia de la Audiencia Provincial atenta contra el concepto y finalidad de la prestación accesoria, que se configura como una obligación del socio para con la sociedad. Alega que sería contraria a esta regulación legal una solución como la adoptada en la sentencia apelada, pues permitiría al socio incumplidor de la prestación accesoria separarse de la sociedad y forzar a que le paguen sus participaciones sociales. El art. 98 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada prevé que el



incumplimiento de la prestación accesoria por el socio conlleva la atribución a la sociedad de la facultad de excluirlo de la sociedad. Ello impediría, según la recurrente, que el art. 6.3 de los estatutos se interpretara como ha hecho la sentencia apelada, atribuyendo al socio en tal caso el derecho de separación.

#### **DÉCIMO.- Valoración de la Sala. Las prestaciones accesorias .**

Las prestaciones accesorias son obligaciones a cargo de todos o algunos de los socios, que han de estar previstas en los estatutos sociales (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo Sentencia núm. 776/2007, de 9 de julio, RC núm. 3011/2000 ), y que son distintas de la obligación principal de realizar las aportaciones sociales correspondientes a las participaciones asumidas por cada uno de ellos. Por lo tanto, integran el patrimonio social pero no el capital social. Su contenido puede ser muy variado: prestar financiación a la sociedad, cubrir pérdidas, realizar pagos periódicos. Pueden tener también un carácter personalísimo, como es el caso de la realización de actividades laborales o profesionales para la sociedad. Asimismo, pueden ser de prestación continuada o periódica, o de tracto único.

Como se ha apuntado al resolver el anterior motivo de casación, la previsión estatutaria de prestaciones accesorias a cargo de todos o algunos socios acentúa el carácter contractualista y personalista de la sociedad colectiva. Más aún si la prestación accesoria consiste en una prestación personalísima de carácter continuado como es la prestación de servicios profesionales por parte del socio, como acontece en el caso sometido a nuestro enjuiciamiento.

La previsión de una prestación accesoria de esta naturaleza explica que al constituirse la sociedad, los socios fundadores hayan establecido en los estatutos sociales un régimen especial. Para el socio obligado a una prestación accesoria de carácter continuado consistente en la prestación de sus servicios profesionales o laborales para la sociedad (o para una sociedad del grupo, como es el caso del presente recurso), la situación puede llegar a ser muy desfavorable si la relación laboral o de servicios con la sociedad no se desarrolla satisfactoriamente para él. A falta de una previsión estatutaria que regulara la cuestión, se encontraría obligado a prestar tales servicios de forma indefinida. En caso de dejar de hacerlo, la sociedad no podría exigir un cumplimiento específico de la prestación, no sólo por la imposibilidad intrínseca de una coerción de esta naturaleza, sino porque vulneraría el principio general del ordenamiento que prohíbe las vinculaciones perpetuas (cfr. art. 1583 del Código Civil ). Pero podría acordar su exclusión de la sociedad ( art. 98 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ), o exigir la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento.

Ello explica que antes de aceptar integrarse en una sociedad limitada asumiendo prestaciones accesorias consistentes en la prestar servicios profesionales para la sociedad, el socio que va a resultar gravado con tales prestaciones negocie la inclusión de cláusulas estatutarias que le permitan cesar en la prestación de tales servicios y separarse de la sociedad si su integración en ella, y en concreto la prestación de sus servicios profesionales prevista como prestación accesoria de sus participaciones sociales, no le satisface.

Lo expuesto justifica que la inclusión de una cláusula estatutaria que permite en estos casos la separación del socio titular de las participaciones gravadas con prestaciones accesorias, como la obrante como 6.3ª en los estatutos de la sociedad demandada, no pueda considerarse contraria al régimen de las prestaciones accesorias contenido en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y concretamente en su art. 22.1 , que se dice infringido.

Es significativo que el art. 13 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo , de sociedades profesionales, establezca en su primer apartado que «[l]os socios profesionales podrán separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido en cualquier momento». La sociedad profesional regulada en esta ley presenta unas características de sociedad cerrada y personalista similares a los de la sociedad limitada con prestaciones accesorias consistentes en la prestación de servicios profesionales, y el socio profesional de aquella presenta también similitudes con el socio de la sociedad limitada obligado a prestar servicios profesionales a ésta en virtud de las prestaciones accesorias que gravan sus participaciones sociales. En consecuencia, no puede considerarse ilícita una cláusula estatutaria (o una interpretación de tal cláusula, que para el caso es lo mismo) que permita la separación "ad nutum" del socio que ha de prestar servicios profesionales a la sociedad limitada constituida por tiempo indefinido, cuando la ley reconoce tal derecho de separación "ad nutum" al socio profesional en las sociedades profesionales constituidas por tiempo indefinido.

Tampoco se infringe, por razones obvias, el art. 1088 del Código Civil invocado por la recurrente («[l]oda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa »), ni el art. 1091 del Código Civil puesto que la Audiencia Provincial acordó que la sociedad demandada procediera a realizar las actuaciones previstas precisamente en los estatutos sociales que rigen, junto con las leyes, la vida societaria.



Todo lo cual justifica que el recurso de casación interpuesto por la sociedad demandada haya de ser desestimado.

#### **UNDÉCIMO .- Costas**

De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### **FALLAMOS**

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto la entidad "LICEA 2003, S.L." contra la sentencia dictada el 31 de marzo de 2010 por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación núm. 441/2009 .

2.- Imponer a la expresada recurrente las costas del recurso de casación que desestimamos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Antonio Salas Carceller, Rafael Saraza Jimena. FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.