



Roj: **STS 3191/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3191**

Id Cendoj: **28079110012015100402**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2015**

Nº de Recurso: **1291/2013**

Nº de Resolución: **314/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **SEBASTIAN SASTRE PAPIOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Junio de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, han visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, interpuestos por la procuradora D<sup>a</sup>. Isabel Sanjuán Fernández en nombre y representación de D<sup>a</sup> Petra , D. Florentino , D<sup>a</sup> Amelia , D<sup>a</sup> Delfina , D<sup>a</sup> Isidora y D. Jeronimo , quienes actúan en su propio nombre y derecho, y en el de la Comunidad de Herederos de D. Olegario , contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dimanante del Procedimiento Ordinario 430/2010, que a nombre de los recurrentes, se sigue ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra.

Es parte recurrida Autocares Álvarez Vázquez, S.L., representada por el procurador Don Gabriel de Diego Quevedo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Tramitación en primera instancia

1. La procuradora D<sup>a</sup>. Tamara Ucha Groba, en nombre y representación de la D<sup>a</sup> Petra , D. Florentino , D<sup>a</sup> Amelia , D<sup>a</sup> Delfina , D<sup>a</sup> Isidora y D. Jeronimo , actuando en su propio nombre y derecho y en el de la Comunidad de Herederos de D. Olegario , formuló demanda de juicio ordinario contra D. Luis Pablo , D. Andrés , la Comunidad Hereditaria de D. Dionisio , y Autocares Álvarez Vázquez S.L., en la que suplicaba lo siguiente: "[...] dicte sentencia en la que se acuerde:

1.- El cese de D. Luis Pablo como administrador de la mercantil Autocares Álvarez Vázquez, S.L., inscrita en el Registro mercantil de Pontevedra en la hoja PO 4695, al folio 58 del libro 629 de Sociedades.

2.- La exclusión como socio de la antedicha entidad mercantil de:

- Luis Pablo .

- Andrés .

- La Comunidad de herederos de D. Dionisio , formada por D<sup>a</sup> Camila , D: Luis Pablo , D. Andrés , D<sup>a</sup> Inocencia , D<sup>a</sup> Purificacion , D<sup>a</sup> Adelaida y D<sup>a</sup> Custodia .

3.- En ambos casos se condene solidariamente a D. Luis Pablo , a Andrés y a la Comunidad Hereditaria a indemnizar por daños y perjuicios a la entidad mercantil Autocares Álvarez Vázquez S.L. en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, en función del resultado de la prueba pericial que se practique, autorizando a la sociedad, a retener, sin darle participación en las ganancias, ni indemnización alguna a los socios que se excluyan, los fondos que tuvieren o tuviere en la masa social, hasta que estén terminadas y liquidadas todas las operaciones pendientes al tiempo de la rescisión parcial.



4. En todos los casos con las consecuencias legales que ello conlleve de reducción de capital y disolución de la sociedad y ordenando la inscripción de esta sentencia o de su fallo en el correspondiente Registro Mercantil e imposición de costas.

5.- Se declare la nulidad de los votos emitidos por Luis Pablo en nombre propio y/o en representación de la Comunidad de Herederos de D. Dionisio en la Junta General Extraordinaria de la entidad mercantil Autocares Álvarez Vázquez, S.L. celebrada el 29.10.2010, contra los acuerdos sometidos a votación (sobre 1.- Aprobación del cese del Administrador por **competencia** desleal y conductas incompatibles con su cargo, 2.- Aprobación de la exclusión del socio-administrador por los anteriores motivos, y 3.- Aprobación del ejercicio de acciones por parte de la sociedad contra el administrador por los perjuicios causados a la misma, derivados de las conductas señaladas); declarando asimismo aprobados dichos acuerdos o, subsidiariamente, declare nulos los acuerdos que no se declaren aprobados dejándolos sin efecto y, en ambos casos, ordenando la cancelación de la inscripción que se hubiera practicado en el Registro Mercantil, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios;

6.- Y ello con expresa condena en costas a los demandados si se opusieran a la demanda."

2. La procuradora D<sup>a</sup>. Susana Boquete Rodríguez en nombre y representación de la mercantil Autocares Álvarez Vázquez, D. Luis Pablo . D. Andrés , D<sup>a</sup> Camila , D<sup>a</sup> Inocencia , D<sup>a</sup> Adelaida y D<sup>a</sup> Custodia , presentó escrito de contestación a la demanda, cuyo suplico decía: "[...] se dicte sentencia por la que, desestimando la demanda, se absuelva a mis representados de cualquier pronunciamiento desfavorable contra la misma; todo ello con imposición de costas a la actora".

3. El Juzgado de lo Mercantil número 3 de Pontevedra, en el Procedimiento Ordinario 430/2010, dictó Sentencia número 123/2012, de fecha 28 de junio de 2012 , con la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el procurador Sra. Ucha, declaro el cese de D. Luis Pablo de la mercantil Autocares Álvarez Vázquez S.L. por infracción de la prohibición de **competencia**, absolviendo a los codemandados del resto de las acciones entabladas, sin especial imposición de las costas causadas, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad."

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

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Florentino y otros. La representación de Autocares Álvarez Vázquez, D. Luis Pablo . D. Andrés , D<sup>a</sup> Camila , D<sup>a</sup> Inocencia , D<sup>a</sup> Purificación , D<sup>a</sup> Adelaida y D<sup>a</sup> Custodia , se opuso al recurso interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que dictó Sentencia número 168/2013 de fecha 5 de abril de 2013 , cuya parte dispositiva decía:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Florentino y otros, contra la sentencia dictada el día 28 de junio de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil n<sup>o</sup> 3 de los de Pontevedra, con sede en Vigo , en el juicio ordinario n<sup>o</sup> 430/2010, confirmándose en su integridad, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante."

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

5. La representación de D. Florentino y otros, interpuso los recursos extraordinario por infracción procesal y el de casación ante la antedicha Audiencia Provincial, basándose en los siguientes motivos:

#### **" RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL :**

**ÚNICO.-** Infracción de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, SSTS 9 de junio de 2010 y 21 de abril de 2008 . Infracción de las normas reguladoras de la sentencia y vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 14 de la Constitución : la sentencia de la Audiencia ha infringido el art. 218 de la LEC (exhaustividad y congruencia de las sentencias), en relación con el art. 24 CE , que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y veda la indefensión.

#### **RECURSO DE CASACIÓN:**

**PRIMERO.-** Vulneración de la doctrina jurisprudencial al amparo y de conformidad con el art. 481 y 477.2.3<sup>o</sup> y 3 de la LEC , establecida en las SSTS de 28 de julio de 1999 , 13 de mayo de 2005 y las que en ellas se citan sobre la capacidad jurídica de la comunidades y en particular las hereditarias, con infracción de los arts. 395 y 35 CC e indefensión del art. 35 de la LSRL y 91 y 126 de la LSC, en relación con el art. 190 de la misma ley .

**SEGUNDO.-** Al amparo y de conformidad con los arts. 481 y 477.2.3<sup>o</sup> y 3 LEC . Vulneración de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2013 , 18 de junio de 2008



, y las que en ella se citan, sobre responsabilidad solidaria. Infracción de los arts. 350 LSC y 98 de la LSRL y 190 LSC. Infracción del art. 35 LSRL y 91 y 126 LSC.

**TERCERO.-** Al amparo y de conformidad con los arts. 481 y 477.2.3º y 3 LEC . Vulneración de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias del *Tribunal Supremo*, *Sentencias de 23 de noviembre de 2010 , 21 de julio de 2010 o 22 de febrero de 2007 . Infracción del art. 350 LSC e infracción de los arts. 7 y 1258 del CC , así como de los arts. 57 y 218 CdCom.*

**CUARTO.-** Al amparo y de conformidad con los arts. 481 y 477.2.3º y 3 de la LEC : Infracción de jurisprudencia reiterada del *Tribunal Supremo*. *Sentencias de 9 de enero de 2013 , 18 de febrero de 2009 , 7 de abril de 2010 . Infracción del art. 219 LEC .."*

6. Por Diligencia de Ordenación de 29 de mayo de 2013, la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y el de casación, remitiendo las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo emplazando a las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparece como parte recurrente el procurador D. Domingo José Collado Molinero en nombre y representación de Dª Petra , D. Florentino , Dª Amelia , Dª Delfina , Dª Isidora y D. Jeronimo . Y, como recurrido, el procurador D. Gabriel María de Diego Quevedo en nombre y representación de Autocares Álvarez Vázquez.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 25 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*"1º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y los motivos primero, segundo y tercero del recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de Don Florentino y otros, contra la sentencia dictada con fecha 5 de abril de 2013 por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), en el rollo de apelación 868/2012 , dimanante del juicio ordinario nº 430/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Vigo.*

*2º) No admitir el motivo cuarto del recurso de casación.*

*3º) Y entréguense copias de los escritos de interposición de los recursos formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría. "*

9. La representación del recurrido Autocares Álvarez Vázquez, S.L., presentó escrito oponiéndose al recurso de casación interpuesto.

10 . Al no solicitarse por ninguna de las partes personadas, la celebración de vista pública, se señaló por Providencia de 25 de marzo de 2015, para votación y fallo el día 14 de mayo de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Sebastian Sastre Papiol, Magistrado de Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

Para la resolución del presente recurso es necesaria la exposición de los siguientes antecedentes acreditados en la instancia:

1. Los actores (relacionados en el antecedente de hecho 1 de esta resolución), ejercitaron contra la parte demandada (también relacionada en el mismo antecedente) distintas acciones, tales como las de cese de administrador, exclusión de socios, solicitud de indemnización y, acción acumulada -y, en su caso, subsidiaria-, de impugnación de acuerdos sociales por la no aprobación de los diferentes puntos del orden del día de una Junta General Extraordinaria celebrada el día 29 de octubre de 2010 de Autocares Álvarez Vázquez, S.L. Los puntos del orden del día eran los siguientes: 1.- Aprobación del cese del administrador por **competencia** desleal y conductas incompatibles con su cargo; 2.- Aprobación de la exclusión del socio-administrador por los anteriores motivos; 3.- Aprobación del ejercicio de acciones por parte de la sociedad contra el administrador por los perjuicios causados a la misma, derivados de las conductas señaladas.

Son hechos sobre los que descansan las pretensiones de la parte actora, los siguientes:

- La sociedad Autocares Álvarez Vázquez S.L. -en adelante Autocares- se constituyó en 1991, y en agosto de 2004 se amplió su objeto social.

- Desde el fallecimiento de D. Olegario , el accionariado de Autocares estaba integrado, de un parte, por la comunidad hereditaria formada por su viuda Dª Petra y sus cinco hijos que ostentan el 50 % de la sociedad y el restante 50% la ostentaba la comunidad hereditaria de D. Dionisio , hermano del primero, integrada por su



viuda D<sup>a</sup> Camila y sus seis hijos, entre los que figuran, a los efectos del presente recurso, D. Luis Pablo y D. Andrés contra quienes también se dirige la demanda rectora del presente procedimiento.

- D. Luis Pablo ha sido administrador desde la fundación de la sociedad siendo en la actualidad, administrador único.

- Condado Tour S.L. -en adelante Condado- fue constituida el 1 de noviembre de 2004, y fue modificado su objeto social en escritura de 8 de octubre de 2007, de suerte que pasó a ser idéntico que al de la sociedad demandada. Desde su constitución, han sido administradores solidarios D. Luis Pablo y D. Andrés, que son los únicos socios desde su origen, y lo son también de Transportes Álvarez Vázquez, S.L. (en adelante Transportes).

- D. Luis Pablo ha venido dedicándose a través de Condado a la misma actividad que Autocares, sin recabar la preceptiva autorización de la Junta de socios.

- Aprovechando su condición de administrador, el demandado ha realizado operaciones en detrimento de Autocares Álvarez Vázquez, relatadas en el escrito de demanda, compartiendo actividad e instalaciones en provecho de Condado (utilización de autocares, desvío de clientes, reparación de vehículos, etc).

- Los codemandados han puesto impedimentos a los auditores para acceder a la documentación de la sociedad de Autocares para verificar compras de material y suministros con cargo a la sociedad.

- Justo antes de la junta de Autocares que es objeto de impugnación, se modifican los estatutos de Condado Tour, S.L., para proceder al cambio de órgano de administración, pasando de administradores solidarios a administrador único en la persona de D. Andrés.

**2.** Se alza la parte demandada oponiéndose a las pretensiones de los actores con base a los siguientes razonamientos:

- La perfecta convivencia de las tres empresas (Autocares, Transportes y Condado) cuyos socios han consentido desde su constitución dicha coexistencia, tanto antes como después del fallecimiento del Sr. Dionisio.

- Las comunidades hereditarias enfrentadas mantuvieron conversaciones para la compraventa de sus respectivas participaciones desde el fallecimiento del Sr. Dionisio, habiéndose encargado de común acuerdo un informe de valoración al auditor D. Artemio.

- Tales conversaciones se interrumpieron con la solicitud de la parte actora para nombramiento de auditor por el Registro Mercantil; dicho Registro nombra auditor, pero manifestó que no procedía determinar el valor real de las participaciones, porque las partes, de común acuerdo, habían designado a una compañía auditoría para tal cometido.

- Desde diciembre de 1997 hasta marzo de 2009, D. Luis Pablo compartió la administración de la sociedad con su tío, D. Olegario, con carácter solidario.

- Desde la constitución de Condado Tour (2004) hasta el fallecimiento de D. Olegario (2009), ambas sociedades colaboraron, no compitieron, hasta el punto de que parte de las actividades desarrolladas por Condado constituyeron fuente de ingresos para Autocares.

- Las operaciones realizadas, que la parte demandante tacha de conducta "desleal", se justifican en el escrito de contestación, una a una.

**3.** La Sentencia del Juzgado Mercantil, estimó parcialmente la demanda y declaró el cese de D. Luis Pablo como administrador de la sociedad Autocares Álvarez Vázquez, S.L. por infracción de la prohibición de **competencia**, absolviendo a los codemandados del resto de las acciones entabladas, sin imposición de costas.

Dio lugar al cese del administrador en razón a la **competencia** desleal desarrollada por el mismo a través de la sociedad Condado Tour, S.L. que prohíbe el art. 230 del Texto Refundido de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), por no cumplir con la comunicación prevista en el art. 229.2 LSC (antes el art. 65 LSRL), que nunca solicitó de forma expresa; negó la validez del consentimiento tácito y consideró indiferente el real alcance de la colisión de intereses, "*bastando su potencialidad colusoria, que puede darse con mayor o menor intensidad a lo largo del tiempo...*"

No acordó la exclusión de la sociedad de D. Dionisio, como representante de la comunidad hereditaria, por falta de legitimación pasiva, pues socio es la comunidad hereditaria, razón por la que también desestimó la exclusión de los miembros de la citada comunidad.



Por la misma razón desestimó la impugnación del acuerdo social, con causa en la nulidad por infracción de ley por existencia en la votación de conflicto de intereses. La indebida identificación del representante de la comunidad con la condición de socio: "si no es socio (el Sr. Olegario ), no es socio administrador ", ni está en conflicto de intereses, ni ha de practicarse la prueba de resistencia (sí los votos de los socios afectados eran o no decisivos para la formación de la mayoría).

4. La Audiencia Provincial dictó sentencia el 5 de abril de 2013 , desestimando el recurso de apelación de la parte actora, e impuso las costas de la alzada.

En relación a si el representante o, en su caso, cada miembro integrante de la comunidad debía ser considerado socio o no, señaló el Tribunal que "...mientras permanezca la indivisión de la herencia, ninguno de los integrantes de la comunidad hereditaria puede ser tenido como socio, individualmente considerado, por lo que , ni desde un punto de vista práctico resultará posible deducir una cuota concreta o un porcentaje de participaciones de las correspondientes a la comunidad, ni la prohibición de concurrencia puede afectar a todos los miembros de la comunidad". Tratándose de una comunidad hereditaria, "la peculiaridad del supuesto está en determinar, como señala la sentencia recurrida, si tanto la sanción de exclusión de quien infringe el deber de lealtad, como la prohibición del ejercicio del derecho de voto al socio administrador cuando se trate de adoptar un acuerdo que se refiere a la dispensa de la prohibición de **competencia**, pueden predicarse individualmente de cada uno de los integrantes de la comunidad hereditaria" .

Rechazó la pretensión indemnizatoria al reconocer la parte apelante la imposibilidad de determinar en la demanda las irregularidades de la administración de la sociedad, así como los daños y perjuicios "que ni siquiera dicho informe (pericial) ha sido capaz de determinar ... ni de cuantificarlos" , por lo que no puede accederse a tal pretensión por impedirlo los arts. 399 y 219 LEC .

En cuanto a las restantes alegaciones que fundaron el recurso de apelación el Tribunal confirmó íntegramente los razonamientos jurídicos de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil.

#### **I.- RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL**

##### **SEGUNDO.- Formulación del único motivo:**

Se articula en los siguientes términos: "infracción de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, SSTS 9 de junio de 2010 y 21 de abril de 2008 . Infracción de las normas reguladoras de la sentencia y vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 14 de la Constitución : la sentencia de la Audiencia ha infringido el art. 218 de la LEC (exhaustividad y congruencia de las sentencias), en relación con el art. 24 CE , que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y veda la indefensión".

Aunque el recurrente invoca como infringido el art. 218 LEC ( "exhaustividad y congruencia de las sentencias" ) en realidad denuncia una incongruencia omisiva de la sentencia recurrida porque "omite por completo cualquier referencia al quinto motivo del recurso de apelación referente a la nulidad de los acuerdos tomados en junta... [e]l olvido u omisión de pronunciarse sobre ese motivo del recurso, lo cual genera la indefensión denunciada" .

Se refiere a la nulidad de los acuerdos de la Junta Extraordinaria de socios por haber infringido el deber de abstención (pág. 28 del recurso de apelación). Tras invocar SSTS, que parcialmente transcribe, concluye el recurrente: "se advierte en la sentencia la existencia de una incongruencia pues, a pesar de establecerse inicialmente como uno de los motivos de apelación, no existe después mención o razonamiento alguno sobre el mismo, en contraste con la detallada argumentación que se expone, para otros motivos" .

##### **TERCERO.- Desestimación del motivo. Doctrina de esta Sala en relación con la incongruencia "citra petita"**

Una de las formas de incongruencia es aquella en la que el Tribunal omite algún pronunciamiento necesario sobre las pretensiones de la parte recurrente, como aquí se denuncia.

A la incongruencia por omisión de pronunciamiento se ha referido el Tribunal Constitucional en sentencias 56/1996, de 4 de abril , y 130/2000 , entre otras muchas: "no toda ausencia de pronunciamiento expreso a las cuestiones planteadas, o todo defecto procesal por el que se hubiese dejado incontestado algún extremo del debate procesal suscitado entre las partes, produce una automática vulneración del derecho reconocido en el art. 24.1 de la Constitución , pues sólo han de estimarse constitucionalmente, relevantes a estos efectos, aquellas incongruencias omisivas que hayan colocado a la parte en una verdadera situación material de indefensión. En este sentido, hemos diferenciado entre las alegaciones formuladas por las partes en apoyo de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismo consideradas, pues mientras que para las primeras el derecho a la tutela judicial efectiva no exige de modo necesario una explícita y pormenorizada contestación judicial a todas y cada una de ellas, siendo suficiente una respuesta genérica al problema planteado, en lo que concierne a las pretensiones la exigencia de respuesta expresa resulta siempre obligada, y sólo excepcionalmente, cuando así pueda deducirse del conjunto de la resolución, es posible admitir la existencia de una desestimación tácita de las mismas" .



Esta Sala, cuando se trata de denunciar la incongruencia por falta de pronunciamiento, ha exigido la denuncia previa de dicha omisión por el cauce previsto en el art. 215 LEC ( "*subsanación y complemento de sustancias y autos defectuosos o incompletos*" ). Así las SSTs núm. 891/2011, de 29 de noviembre ; núm. 712/2010, de 11 de noviembre , y núm. 891/2011, de 29 de noviembre , concluyen que: "[n]o habiendo acudido a este procedimiento, la denuncia de esta infracción es inadmisibile y, en el trance de dictar sentencia en que nos encontramos debe ser desestimado".

## II. RECURSO DE CASACIÓN

### CUARTO.- *Formulación del primer motivo*

Se formula en los siguientes términos: "*vulneración de la doctrina jurisprudencial al amparo y de conformidad con el art. 481 y 477.2.3º y 3 de la LEC , establecida en las SSTs de 28 de julio de 1999 , 13 de mayo de 2005 y las que en ellas se citan sobre la capacidad jurídica de la comunidades y en particular las hereditarias, con infracción de los arts. 395 y 35 CC e indefensión del art. 35 de la LSRL y 91 y 126 de la LSC, en relación con el art. 190 de la misma ley*".

Denuncia el recurrente que "*ni el art. 91 citado, ni el art. 126 LSC atribuyen la condición de socio a la comunidad hereditaria.... [s]i se carece de personalidad jurídica ... las comunidades hereditarias no pueden ser titulares de derechos y obligaciones. Tampoco será polémico que la falta de personalidad impide ser socio.*

>> *Por ello, por una parte se encuentra la titularidad de la condición de socio ....[y], por el otro, el ejercicio de esos derechos de socio derivados de esa cotitularidad.... Sólo podría afirmarse que la comunidad es la titular de la condición de socio si ésta tuviese personalidad jurídica.*

>> *[...] la consecuencia es la imposibilidad de que pueda ser socio y que la condición de socio se atribuya a cada uno de los comuneros, sin perjuicio de que al actuar frente a la sociedad lo hagan por medio de un representante.*

>> *Lo que se discute en este motivo es si la comunidad hereditaria puede tener la condición de socio, que es el núcleo central y básico de la "ratio decidendi" de la sentencia".*

Cita la STS de 28 de junio de 1999 , para apoyar la copropiedad romana o por cuotas.

### QUINTO.- *Criterio de la Sala. Desestimación del motivo.*

Pese a que la doctrina pueda hallarse dividida, la Sala se ha pronunciado sobre la condición de socio de la comunidad hereditaria que poseía, entre otros bienes, acciones o participaciones sociales, e integrada por varios copropietarios. Así, la STS núm. 1082/2004, de 5 de noviembre (RC 3135/1998 ) señaló que: "*[l]a comunidad, que ... era la accionista de la sociedad anónima demandada, era una comunidad hereditaria formada por los coherederos, del primitivo accionista, en que no se ha practicado la partición. Cuya comunidad implica que cada sucesor, miembro de la misma, tiene derecho al conjunto que integra el contenido de la herencia, pero no sobre los bienes hereditarios concretos; es decir, en el presente caso, cada coheredero, como el demandante, no es titular de acciones, sino titular junto con los demás coherederos, del patrimonio del que forma parte el conjunto de acciones; así, el accionista no es el coheredero, sino la comunidad. Cuya comunidad no da lugar a una copropiedad de cada una de las cosas, sino que éstas forman parte de la misma ( sentencia de 25 de mayo de 1992 ), de la que sus miembros tienen derechos indeterminados ( sentencia de 6 de octubre de 1997 ) y cuya naturaleza es de comunidad germánica ( sentencia de 19 de junio de 1995 ).*

>> *Respecto a esta comunidad, el artículo 66.2 de la Ley de Sociedades Anónimas exige que una persona miembro de una misma ejerza los derechos de socio; persona designada, dice el texto legal; la cual no es representante, en el sentido de representación voluntaria, en la que el artículo 106.2 exige que el poder de representación sea escrito y especial para cada junta, salvo el caso de representación familiar que contempla el artículo 108. Asimismo, esta comunidad no está regulada por los artículos 392 y siguientes del Código civil que contempla la comunidad pro indiviso romana, con distinción de cuotas y esencial divisibilidad (artículo 400) que nada tiene que ver con la comunidad hereditaria, germánica".*

Como consecuencia de la indivisibilidad de las participaciones sociales ( art. 35 LSRL , actualmente art. 90 LSC), la ley exige la designación de un representante común para el ejercicio de los derechos derivados de la condición de socio, lo que constituye una carga o un deber, que pese a tener el carácter de una representación voluntaria y no orgánica, nace de una exigencia legal. El representante común lo es de todos los socios cotitulares y ostentará el voto de todas las participaciones sociales. El representante vota en nombre de la Comunidad y su voto manifestado frente a la sociedad puede no corresponder con su particular intención de voto (discrepante con la mayoría). Por ello, no puede atribuirse personalmente al representante la autoría del voto, sino que éste corresponde a la comunidad.



La pertenencia de las participaciones sociales en régimen de copropiedad a una comunidad hereditaria, es la que se corresponde con la comunidad germánica, que no tiene personalidad jurídica.

La comunidad hereditaria integrada por varios comuneros cuyo patrimonio está integrado por un paquete de participaciones sociales, que ostenta la condición de socio, necesita de una representación para ejercitar los derechos que ostenta de esta condición frente a la sociedad.

Como se ha señalado, esta forma de titularidad colectiva no da lugar a derechos autónomos a favor de cada comunero, sino que facilita la determinación del *quantum* de participación de cada miembro, lo que impide la disponibilidad individual de las cuotas, salvo que se disponga del patrimonio conjuntamente. La cuota-parte no recae sobre un determinado número de participaciones, sino sobre el conjunto del patrimonio.

En definitiva, se trata de una forma de organizar el patrimonio comunitario.

Por último, el representante no es un administrador orgánico de la comunidad, está vinculado por un mandato -por supuesto, revocable- para ejercitar los derechos de su condición de socio de la comunidad. El poder de representación es para asuntos ordinarios o de administración, pero no para asuntos extraordinarios, como puedan ser la modificación del tipo social o el cambio de objeto social.

No ha habido, pues, infracción de los artículos invocados por el recurrente en el motivo que se desestima.

#### **SEXTO.- Formulación del segundo motivo**

Se formula en los siguientes términos: "*a l amparo y de conformidad con los arts. 481 y 477.2.3 º y 3 LEC . Vulneración de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2013 , 18 de junio de 2008 , y las que en ella se citan, sobre responsabilidad solidaria. Infracción de los arts. 350 LSC y 98 de la LSRL y 190 LSC. Infracción del art. 35 LSRL y 91 y 126 LSC.*"

Señala el recurrente que "*[s]i se parte, como la sentencia, de que el socio es la comunidad hereditaria, ese socio como tal está sujeto a los mismos derechos y obligaciones que los demás socios.*

*>> Desde esa perspectiva, el socio-comunidad se manifiesta a través del representante designado. Los actos de su representante en la sociedad están sujetos - al igual que en el caso de persona jurídica- al régimen sancionador y/o de exclusión por las causas que se exponen en demanda.*

*>> Si el representante de, por ejemplo, una persona jurídica en una sociedad comete actos desleales como socio, no se penalizará solamente al representante sino que será responsable y sufrirá las consecuencias de esos actos desleales la persona jurídica a quien representa.*

*>> Lo mismo ocurrirá entonces con el representante de la comunidad hereditaria. Su desleal actuar traerá consecuencias, no sólo para él, sino también para el socio-comunidad hereditaria al que representa. Así se exponen los arts. 35 LSRL y 126 LSC."*

Invoca la SSTS de 7 de marzo de 2013 que reproduce, en parte, el fundamento cuarto.

#### **SÉPTIMO.- Desestimación del motivo.**

En parte, la respuesta al motivo ha sido razonada al resolver el motivo anterior. En parte, porque las premisas sobre las que parte el motivo son contrarias a lo que ha sido declarado por la sentencia recurrida: la de considerar que el representante común de la comunidad es el administrador de la misma, lo que equivale a que, además de ser socio -que también se ha negado en el anterior motivo- es administrador, luego, colige el recurrente, el representante puede ser titular de derechos y obligaciones y, por tanto, pueden serle de aplicación los artículos relativos a la exclusión de socios.

El motivo debe ser desestimado por los razonamientos que han sido expresados anteriormente, al identificar interesadamente el recurrente la figura del representante común con la de un administrador, con el propósito, en esta ocasión, de que asuma y soporte las causas de exclusión por conductas presuntamente desleales, entre las que figura, las previstas en el actual art. 350 LSC, y antes en los arts. 35 y 98 LSRL - La persona del representante carece del presupuesto del art. 98 LSRL -actual 350 LSC-, porque ni es socio, lo es la comunidad, ni es administrador, en sentido orgánico, sino un mandatario legal que ejercita los derechos de un socio -la comunidad-. Ni siquiera puede equipararse, como pretende el recurrente, a la persona física designada por la persona jurídica administradora por el ordenamiento societario. Todo lo cual ha sido puesto de manifiesto reiteradamente en la instancia.

Por la misma razón, no es necesario acudir a los preceptos invocados respecto de la solidaridad de las obligaciones derivadas de la copropiedad de las acciones, arts. 126 LSC y 1137 CC que se invocan, al no poder predicarse tal característica (la solidaridad) de obligaciones inexistentes, por carecer los integrantes de la comunidad y su representante, de la condición de socio, según se ha visto.

El motivo se desestima.

#### **OCTAVO.- Formulación del tercer motivo.**

Se expresa en los siguientes términos: *Al amparo y de conformidad con los arts. 481 y 477.2.3º y 3 LEC . Vulneración de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias del Tribunal Supremo, Sentencias de 23 de noviembre de 2010 , 21 de julio de 2010 o 22 de febrero de 2007 . Infracción del art. 350 LSC e infracción de los arts. 7 y 1258 del CC , así como de los arts. 57 y 218 CdCom."*

En su argumentación señala que el deber de lealtad y buena fe se predica no solo del administrador sino también de los socios para con la sociedad. Por tanto, a dicha comunidad hereditaria, en tanto que socia, le corresponden los deberes de lealtad, como concreción del principio general de buena fe que señalan los arts. 7 y 1258 CC y su desenvolvimiento del art. 57 CdCom. La sentencia de la Audiencia Provincial, denuncia el recurrente, no aplica el art. 218 del CdCom ( *referido a la rescisión parcial del contrato de compañía mercantil colectiva o en comandita*) y no admite más causas de exclusión que las previstas en el art. 98 LSC (sobre creación o emisión de participaciones sociales sin derecho de voto (sic)), por lo que, a su juicio infringe los preceptos invocados y la doctrina sentada al efecto en las SSTS citadas en la formulación del motivo, pero solo invocada la de 23 de noviembre de 2010 en el desarrollo del mismo

#### **NOVENO.- El motivo se desestima.**

1. El recurrente pretende incluir como causa legal de exclusión de socio -la comunidad hereditaria y los miembros que la integran-, como un supuesto "ex novo" del art. 350 LSC, los contemplados en el art. 218 del CdCom que prevé la rescisión parcial del contrato de compañía mercantil colectiva o comandita.

El derecho de exclusión es un mecanismo de protección del interés de la mayoría frente a la conducta de determinados socios que incumplan las obligaciones derivadas de su pertenencia a la sociedad (la obligación de realizar prestaciones accesorias), así como al socio administrador (que infrinja la obligación de **competencia** o hubiere sido condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad). Junto a las causas legales de exclusión de socios, inderogables, los estatutos de la sociedad pueden ampliar el número de causas, bien porque se pactaron en la fundación de la sociedad, bien porque se incorporaron a los estatutos con el consentimiento de todos (art. 351 LSC).

2. En el presente supuesto el recurrente, con base en el incumplimiento del deber de lealtad de D. Luis Pablo que ya ha sido cesado de su cargo de administrador de Autocares por infracción de la prohibición de **competencia**, pretende que se aplique, por dicha conducta, una causa legal de exclusión al socio, en este caso, la comunidad hereditaria y a sus miembros integrantes.

Como señalábamos en los razonamientos del motivo anterior, D. Luis Pablo no es socio, ni tiene la consideración de administrador de la comunidad en sentido orgánico, sino un mandatario legal, ni puede equipararse a la persona física designada por la persona jurídica administradora, según el ordenamiento societario.

La comunidad hereditaria es sólo socia pero no administradora de la sociedad; si se hubiera dado este supuesto, la comunidad habría tenido la obligación de designar a la persona física representante del socio administrador. Pero no es el caso.

Por consiguiente, tratándose el art. 98 LSRL (actualmente art. 350 LSAC) de una norma de carácter represivo, no caben interpretaciones extensivas de la misma. D. Luis Pablo fue administrador a título individual y fue cesado por infringir la prohibición de **competencia**, y su actuación no puede alcanzar al socio -la comunidad hereditaria-, ni ésta ha incumplido sus deberes de socio, ni en ningún momento ha sido administradora de la sociedad.

El motivo se desestima.

#### **DÉCIMO.- Costas.**

Se imponen a la parte recurrente las costas originadas en los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, que han sido desestimados, con pérdida de los depósitos constituidos, conforme al art. 398.1 LEC .

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

**FALLAMOS**





**Desestimar** los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación de D. Florentino y otros, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de fecha 5 de abril de 2013, en el Rollo 868/2012 que, en este alcance, confirmamos.

Se imponen las costas causadas en ambos recursos, a la parte recurrente, con la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- FIRMADO y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Léida y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Sebastian Sastre Papiol, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO