



Roj: **STS 3142/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3142**

Id Cendoj: **28079110012016100446**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/06/2016**

Nº de Recurso: **592/2014**

Nº de Resolución: **440/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Girona, núm. 1, 23-09-2013,**

**SAP GI 39/2014,**

**STS 3142/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 29 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Rosana , representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Rosalía Rosique Samper, bajo la dirección letrada de D. Manuel de Sagarra Pladevall, contra la sentencia dictada el 10 de enero de 2014, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona, en el recurso de apelación núm. 615/2013 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 376/2013, del Juzgado Mercantil n.º 1 de Girona. Ha sido parte recurrida D.<sup>a</sup> Beatriz , representada por el procurador D. Pablo Oterino Menéndez y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Maite Grau Padrosa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

**1.-** La procuradora D.<sup>a</sup> Monserrat Llovet Carbonell, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Beatriz , interpuso demanda de juicio ordinario contra D.<sup>a</sup> Rosana , en la que solicitaba se dictara sentencia por la cual:

«1. Se declare que el acuerdo de exclusión de la socia Rosana , adoptado el día 10 de diciembre de 2010 en la Junta General de Europrevén Girona, S.L., es válido y ajustado a Derecho.

2. Se acuerde excluir a la mencionada socia de dicha sociedad.

3. Se impongan a la demandada el pago de las costas procesales».

**2.-** La demanda fue presentada el 30 de mayo de 2013 y repartida al Juzgado Mercantil n.º 1 de Girona, fue registrada con el núm. 376/2013 . Una vez fue admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

**3.-** El procurador D. Carlos Javier Sobrino Cortés, en representación de D.<sup>a</sup> Rosana , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«se dicte Sentencia por la que desestimando la demanda, absuelva a mi principal con expresa condena en costas a la actora».

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez de lo Mercantil n.º 1 de Girona dictó sentencia N.º 128/2013 de fecha 23 de septiembre , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por doña Beatriz , representada por el Procurador de los Tribunales Doña Montserrat Llovet Carbonell, contra Doña Rosana , representada por el

Procurador de los Tribunales Don Carlos Javier Sobrino Cortés, absolviendo a la demandada de todos los pedimentos deducidos de contrario».

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.<sup>a</sup> Beatriz .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona, que lo tramitó con el número de rollo 615/2013 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia, de fecha 10 de enero de 2014 , cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Que debemos ESTIMAR el recurso de apelación formulado por Dña. Beatriz contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil 1 de Girona, en los autos de Procedimiento ordinario núm. 376/13, con fecha 23/9/13.

»Bla (sic) misma y debemos estimar la demanda interpuesta por DÑA Beatriz contra DÑA Rosana , declarando que el acuerdo de exclusión de la socia demandada, adoptado el día 10 de diciembre del 2010 en la junta general de accionistas de EUROPREVEN GIRONA, S.L., es válido y ajustado a derecho, quedando excluida dicha socia de la sociedad.

»No procede pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias.

»Devuélvase el depósito constituido para recurrir».

**TERCERO .- Interposición y tramitación del recurso de casación**

1.- El procurador D. Carlos Javier Sobrino Cortés, en representación de D.<sup>a</sup> Rosana , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 477.2.3º L.E.C . por infracción del art. 352.3 de la Ley de Sociedades de Capital en relación a la doctrina jurisprudencial dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 9 de abril de 2.003, en el recurso de casación núm. 2715/1.997 .Ponente Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros (R.J 2.003/2958).

»Segundo.- Al amparo del art. 477.2.3º L.E.C por infracción del art. 352.3 de la Ley de Sociedad de Capital en relación a la doctrina jurisprudencial dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en las Sentencias de 28 de enero de 1.983 . Ponente: Excmo. Sr. Jaime de Castro García y la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 999/1.994, de 10 de Noviembre (RJ 1994/8466). Ponente. Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes».

2.- 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 la Sala y personadas las partes ante la misma, por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 4 de febrero de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación de D.<sup>a</sup> Rosana contra la sentencia dictada, el día 10 de enero de 2014, por la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª), en el rollo de apelación n.º 615/2013 , dimanante del juicio ordinario n.º 376/2013 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Girona».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 27 de abril de 2016, se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 16 de junio de 2016, en que ha tenido lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes.*

1.- El 10 de diciembre de 2010 se celebró junta general de la compañía mercantil Europrevén Girona, S.A., en la que se adoptó el acuerdo de excluir de la sociedad a la socia Dña. Rosana , por haber infringido la prohibición de competencia cuando desempeñaba el cargo de administradora de dicha sociedad. La Sra. Rosana era titular del 50% del capital social de la mencionada sociedad.



2.- El Juzgado de lo Mercantil de Girona dictó sentencia el 29 de abril de 2011 , en la que acordaba el cese como administradora de la Sra. Rosana , por infracción de la prohibición de competencia. Dicha resolución fue confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 28 de febrero de 2012 .

3.- El 29 de mayo de 2013, al no haber ejercitado la sociedad la acción de exclusión en el plazo legal, Dña. Rosa Bagué Oller, socia de Europrevén Girona, S.A., titular del otro 50% del capital social, interpuso demanda en la que ejercitaba dicha acción contra Dña. Rosana , y solicitaba que: (i) Se declarase que el acuerdo de exclusión de la socia Rosana , adoptado en junta general 10 de diciembre de 2010 de Europrevén Girona, S.L., es válido y ajustado a derecho; (ii) Se acuerde excluir a la mencionada socia de dicha sociedad.

4.- La demandante conocía que la sociedad no había ejercitado la acción de exclusión, como mínimo, desde el 28 de enero de 2011.

5.- El juzgado de lo mercantil desestimó la demanda, al considerar que la acción estaba caducada. Para ello, se basó en la sentencia de esta Sala de 9 de abril de 2003 .

6.- Apelada la sentencia de primera instancia por la demandante, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación. En resumen, consideró que el art. 352.3 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) no establece ningún plazo de caducidad o prescripción, por lo que el plazo de ejercicio de la acción de exclusión a instancia de un socio debe ser el del art. 947 CCom . Como consecuencia de lo cual, revocó la sentencia apelada y estimó la demanda.

**SEGUNDO.- Recurso de casación. Admisibilidad. Existencia de interés casacional.**

1.- El recurso de casación se plantea al amparo del art. 477.2.3º LEC , por interés casacional, en dos motivos. En el primer motivo, dicho interés casacional estribaría en la contradicción por la sentencia recurrida de la doctrina establecida por la sentencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2003, en el recurso de casación núm. 2715/1997 . En el segundo motivo, por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el ejercicio de los derechos potestativos, representada por las sentencias de esta Sala de 28 de enero de 1983 y 10 de noviembre de 1994 .

Como quiera que la parte recurrida niega la existencia de interés casacional y, por tanto, solicita la inadmisibilidad del recurso, debe ser ésta la primera cuestión sobre la que nos pronunciemos.

2.- La Ley de Enjuiciamiento Civil permite el acceso al recurso de casación contra sentencias recaídas en los procesos cuya cuantía exceda de 600.000 €, o en aquellos asuntos que no se tramiten por razón de cuantía, los de cuantía indeterminada y también los de cuantía determinada -salvo que esta no supere los 3.000 euros, ya que en tal supuesto ni siquiera hay posibilidad de apelación-, siempre que exista interés casacional ( art.477.2.3º LEC ). Como recuerdan las sentencias de esta Sala núm. 207/2016, de 5 de abril , y 296/2016, de 5 de mayo , tal opción legislativa de ampliar el acceso a la casación a la generalidad de los asuntos -incluso aquellos en los que la sentencia no produce efecto de cosa juzgada material- tiene como finalidad facilitar que este Tribunal ejerza su función de unificación de doctrina, siempre que se trate de materias en que efectivamente ello resulte posible y necesario para la mejor administración de justicia, sin que pueda darse cabida a los supuestos en que el interés casacional sea meramente ficticio y no se pretenda en realidad más que la formulación por esta Sala de un nuevo juicio que integre, a su vez, una tercera instancia; o en su caso, la posibilidad de sostener un recurso por infracción procesal.

3.- El art. 477.3 LEC establece que:

«Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido».

En relación con lo cual, el auto de esta Sala de 6 de marzo de 2012 (Rec. 1178/11 ), afirma que el interés casacional:

«consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque un «interés casacional» que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha. En la misma línea AATS de 29/9/11, Rec. 133/11 ; 12/4/11, Rec. 764/09 ; 20/9/11, Rec. 1337/11 ; 12/4/11, Rec. 764/09 ; entre otros».



4.- Sobre esta base legal y jurisprudencial, el recurso que se somete a nuestra consideración sí tiene tal interés casacional, porque existe contradicción con la única sentencia que hasta la fecha ha dictado este Tribunal sobre la determinación del plazo de ejercicio por un socio de la acción de exclusión de otro socio de una sociedad de capital ( sentencia núm. 351/2003, de 9 de abril ). Conforme a la cual, el plazo sería de caducidad y se computaría desde que los socios tienen conocimiento de que la sociedad no ha ejercitado la acción de exclusión.

Razón por la cual debe confirmarse la admisibilidad del recurso de casación.

**TERCERO.-** *Primer motivo de casación. Interpretación del art. 352.3 LSC. Plazo de ejercicio de la acción de exclusión ejercitada por un socio frente a otro socio.*

*Planteamiento:*

1.- D.<sup>a</sup>. Rosana interpuso un primer motivo de casación, por infracción del art. 352.3 LSC, en relación con la doctrina jurisprudencial establecida por la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2003, en el recurso de casación núm. 2715/1997 .

2.- En el desarrollo del motivo alega, sintéticamente, que el plazo de ejercicio por un socio de una sociedad de capital de la acción de exclusión de otro socio, es de un mes desde que tuvo noticia de que la sociedad no la había ejercitado. Y en este caso dicho plazo habría transcurrido más que sobradamente.

*Decisión de la Sala:*

1.- Aunque el procedimiento de exclusión de un socio de una sociedad de responsabilidad limitada es inicialmente un procedimiento extrajudicial, en aquellos casos en que el socio afectado se hubiera opuesto al acuerdo y tenga una participación igual o superior al veinticinco por ciento del capital social, no es suficiente el acuerdo de la junta general, sino que la sociedad, además de adoptar el acuerdo de exclusión, deberá instar un proceso judicial que ratifique la exclusión del socio (art. 352.2 LSC). A su vez, el art. 352.3 LSC dispone que cuando la sociedad no haya ejercitado la acción en el plazo de un mes desde la fecha de adopción del acuerdo, estará legitimado para ejercitarla en su nombre cualquier socio que hubiera votado a favor del acuerdo.

2.- La Ley no establece expresamente en qué plazo debe ejercitarse dicha acción por legitimación subsidiaria. La sentencia de este Tribunal núm. 351/2003, de 9 de abril , al interpretar el art. 99.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , de igual contenido que el actual art. 352.3 LSC, estableció lo siguiente:

«El art. 99.2 LSRL silencia el plazo en que aquellos socios pueden ejercitar la acción si transcurre el del mes sin que lo haya hecho la sociedad. Si se tiene en cuenta que han de actuar por exigencia del susodicho precepto "en nombre de la sociedad", no es razonable sostener que la misma tiene un plazo muy reducido para actuar por sí misma, es decir, por sus propios representantes, pero en cambio, cuando actúa a través de los socios, tiene un plazo más extenso, que sería el del art. 947 Código de comercio . Lógicamente, el plazo debe ser el mismo. Ahora bien, el <<dies a quo>> del cómputo debe ser el día en que los actores han tenido conocimiento de que la sociedad no ha ejercitado la acción de expulsión, por aplicación de la legislación común ( art. 1.969 Cód. civ . ).

»A este argumento de lógica deben añadirse las atinadas consideraciones de la sentencia de primera instancia, que destaca la impropiedad de fijar un largo plazo que permita que cuestiones fundamentales para la correcta marcha de la sociedad, como la de exclusión de un socio, queden en el régimen de transitoriedad e indefinición, en contraste con la celeridad que exige el tráfico jurídico y con su seguridad. En el fondo, se trata aquí de dar eficacia a un acuerdo social de expulsión de un socio, que debe seguir en cuanto al plazo para lograrlo el mismo espíritu restrictivo que el legislador muestra en la fijación de plazos para impugnar acuerdos sociales».

3.- No se aprecia razón alguna para variar dicho criterio. El art. 352.3 LSC, al igual que el anterior art. 99.2 LSRL , no establece un plazo específico para el ejercicio de la acción por el socio porque es el mismo que el que señala para la sociedad. Solo en el caso de que se hubiera querido que los plazos fueran diferentes, tendría que haberse hecho una mención especial al plazo de ejercicio para el socio. A tal efecto, no cabe olvidar que el art. 352.2 LSC no confiere al socio una legitimación propia, sino una legitimación subsidiaria, al decir expresamente que la acción de exclusión por parte del socio se ejercitará «en nombre de la sociedad». Es decir, el interés legalmente tutelado no es el del socio, sino el de la sociedad.

Por eso, aunque no se diga expresamente, el plazo para ejercitar la acción de exclusión debe ser el mismo cualquiera que sea quien lo haga, la sociedad - legitimada principal- o el socio que votó a favor del acuerdo -legitimado subsidiario-. Si bien, precisamente por la subsidiariedad de la legitimación, el plazo es sucesivo, lo que influye en la determinación del *dies a quo*. En el caso de la sociedad, el plazo comienza en la fecha de adopción del acuerdo de exclusión y el mes se cuenta de fecha a fecha, como ordena el art. 5.1 CC . Mientras que en el caso de los socios legitimados, el plazo se computará desde el día en que hubieran tenido conocimiento, o hubieran debido tenerlo, de que la sociedad no había ejercitado la acción.



4.- En suma, lo que establece el art. 352.3 LSC es que la sociedad tiene un plazo de un mes, desde la fecha de adopción del acuerdo, para ejercitar la acción de exclusión prevista en el apartado 2º del mismo precepto; y si deja transcurrir dicho plazo sin hacerlo, la legitimación se traslada de manera subsidiaria a cualquier socio que hubiera votado a favor del acuerdo, que deberá ejercitar la acción en el mismo plazo de un mes, a contar desde que tuvo o debió tener conocimiento de que la sociedad no lo había hecho. Si, por el contrario, ni la sociedad ni ningún socio legitimado ejercen la acción en tales plazos sucesivos, decaerá el acuerdo adoptado en la junta.

**CUARTO.-** *Estimación del recurso de casación.*

Conforme a lo expuesto, el primer motivo de casación debe ser estimado, y sin necesidad de examinar el segundo motivo esgrimido, la sentencia recurrida ha de ser casada. Como consecuencia de lo cual, al asumir la instancia este Tribunal, procede la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia de primera instancia.

**QUINTO.-** *Costas y depósitos.*

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que no se haga expresa imposición de las costas causadas por el mismo, conforme previene el art. 398.2 LEC .

2.- Asimismo, la estimación del recurso de casación supone desestimación del recurso de apelación, por lo que deben imponerse a Dña. Beatriz las costas causadas por éste, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 LEC .

3.- Del mismo modo , debe acordarse la devolución del depósito constituido, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, LOPJ .

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Rosana contra la sentencia de fecha 10 de enero de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.ª, en el recurso de apelación núm. 615/2013 .

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno; y en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por D.ª Beatriz contra la sentencia núm. 128/2013, de 23 de septiembre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Girona , en el juicio ordinario núm. 376/2103, que confirmamos íntegramente. 3.º - Imponer a D.ª Beatriz las costas del recurso de apelación. 4.º- No haber lugar a imposición de las costas causadas por el recurso de casación. 5.º- Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de casación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.