

Roj: **STS 72/2006 - ECLI:ES:TS:2006:72**Id Cendoj: **28079110012006100013**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **23/01/2006**Nº de Recurso: **1949/2003**Nº de Resolución: **32/2006**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **VICENTE LUIS MONTES PENADES**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP, Madrid, Sección 20ª, 20-05-2003,
STS 72/2006**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Enero de dos mil seis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por el Procurador D.Albito Martínez Díez, en nombre y representación de " CARTERA ODEON, S.L.", contra la Sentencia dictada con fecha veinte de mayo de dos mil tres por la Sección Veinte de la Audiencia Provincial de Madrid en el Recurso de Apelación nº 16/03 dimanante de los autos de Juicio declarativo de Menor cuantía nº 227/99 del Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Madrid . Ha sido parte recurrida " CIRCUITO ESPAÑOL DE CINE, S.L.", representado por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Como presupuestos de hecho sobre los que, en esencia, no discrepan las partes (y así se confirma en los respectivos escritos de formalización y de impugnación del recurso), la Sentencia recurrida expone los que a continuación, en resumen, se transcriben :

1.-El 2 de diciembre de 1998 la Junta General Extraordinaria de "Circuito Español de Cine, S.L." acordó la modificación, entre otros, del artículo 7 de los Estatutos , relativo al régimen de transmisión de participaciones sociales, sustituyéndose un régimen de consentimiento de la sociedad, expresado mediante acuerdo de la Junta General, por un derecho de adquisición preferente a favor de los demás socios. El socio "Cartera Odeón, S.L." votó en contra de la modificación.

2.- El 21 de diciembre de 1998, mediante cartas remitidas por conducto notarial, "Cartera Odeón, S.L." comunica su voluntad de ejercer el derecho de separación previsto en el artículo 95.c) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada .

3.- El 28 de enero de 1999, "Cartera Odeón, S.L." solicita del Registrador Mercantil que nombre Auditor de Cuentas para la valoración de las participaciones sociales.

4.- El 25 de febrero de 1999, el Sr. Registrador Mercantil deniega el nombramiento por no haberse producido la publicación del acuerdo de modificación, que no había sido adoptado en junta universal, en el BORME, ni había sido sustituido por una comunicación de acuerdo con lo prevenido en el artículo 97 LSRL .

5.- El 3 de marzo de 1999, el Consejo de Administración acuerda proponer a la Junta General que se pronuncie sobre la invalidación o ratificación de la modificación del artículo 7 de los Estatutos .

6.- El 22 de marzo de 1999, "Circuito Español de Cine, S.L." solicita la inscripción en el Registro Mercantil de los acuerdos adoptados en Junta General de 2 de diciembre, salvo los relativos a la modificación de los artículo 7 y 10 de los Estatutos , lo que acuerda el Registrador Mercantil en 16 de abril de 1999.



7.- En Junta General celebrada el 26 de abril de 1999, se propuso "la no ratificación y por tanto la invalidación de las modificaciones estatutarias introducidas en la citada Junta de 2 de diciembre de 1998, que alteraba el texto de los artículos 7,10,18 y 19 , restableciendo la validez de los artículos originales según la redacción dada en la propia escritura de constitución de 5 de diciembre de 1999" . Votó en contra "Odeón Multicines, S.A." (1,25% del capital social) y a favor de la propuesta el 83,17% del capital. El Sr. Presidente (según es de ver todo ello en la certificación del acta que se dirá) "declaró que queda aprobada por mayoría la modificación de estatutos propuesta". Así consta en la copia del Acta de Presencia autorizada por el Notario de Pozuelo de Alarcón D. Nicolás Ferrero López, en 26 de abril de 1999, número 1342 de protocolo, que obra en los Autos a los folios 529 y sigs (el extremo especialmente indicado, folios 535 vto. y 539 vto.).

8.- En 16 de marzo de 2000, la Dirección General de Registros y del Notariado desestima el Recurso interpuesto por "Cartera Odeón, S.L. contra la negativa del Sr. Registrador Mercantil nº XII respecto del nombramiento de Auditor para la valoración de las participaciones. El Centro Directivo entiende que la modificación estatutaria acordada en Junta de 2 de diciembre da pie al ejercicio del derecho de separación, pero esa condición, si bien indispensable, no es suficiente, ya que se requiere, de acuerdo con el artículo 97 de la LSRL que se haya publicado en el BORME o que se haya comunicado a los demás socios en la forma que dicho precepto dispone.

SEGUNDO.- En 8 de abril de 1999 se tuvo por presentada la demanda que ha formulado "Cartera Odeón, S.L." contra "Circuito Español de Cine, S.L.", dando lugar al juicio de mayor cuantía nº 227/1999 del Juzgado de Primera Instancia de Madrid nº 37. La actora postula sentencia en la que : (a) Se declare que ha ejercitado correctamente el derecho de separación de socios que le confiere el artículo 95.c) de la LSRL con ocasión de haberse acordado en Junta General Extraordinaria de 2 de diciembre de 1998 la modificación del artículo 7 de los Estatutos sociales que regula el régimen de transmisión de las participaciones sociales; (b) Se declare el derecho a percibir de la demandada el valor real de la 2.065.955 participaciones sociales, cuya cuantía se fijará teniendo en cuenta la pericia que a tal fin se solicitará o, en su caso, en ejecución de sentencia, y consecuentemente, se condene a la demandada al pago de la cantidad que resulte acreditada como valor real de dichas participaciones sociales; (c) Se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, así como a las costas del procedimiento.

La demandada se opuso, solicitando la desestimación de las pretensiones, con imposición de costas "declarando la improcedencia del ejercicio del derecho de separación voluntaria, e igualmente la improcedencia de someter a pericia alguna las participaciones que actualmente detenta la demandante" (folio 302 de los Autos).

El petitum de la parte actora no fue alterado en réplica. En su escrito de súplica, la demandada se limitó a solicitar la absolución, con imposición de costas. Ambas partes sostuvieron sus pedimentos en los respectivos escritos de conclusiones.

TERCERO.- En 3 de octubre de 2000, la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia de Madrid nº 37 dictó sentencia por la que absolvió a la demandada con imposición de costas a la actora.

Apelada la Sentencia, fue confirmada, con desestimación del recurso e imposición de costas, por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, sección 20ª Ter mediante Sentencia de 20 de mayo de 2003, Rollo 16/2003 .

CUARTO.- Contra dicha Sentencia ha interpuesto y formalizado la representación de "Cartera Odeón, S.L." recurso de casación, oportunamente preparado, por el cauce del ordinal 2º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que fue admitido por Auto de 20 de septiembre de 2005 . Se señaló para votación y fallo el día 10 de enero de 2006, fecha en la que efectivamente ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. VICENTE LUIS MONTÉS PENADÉS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia obtenía, de los documentos 2,3 y 7 acompañados a la demanda, la evidencia de que el régimen de transmisión de las participaciones sociales de la entidad demandada había sufrido un cambio, en el sentido de suprimir el necesario consentimiento de la sociedad, expresado mediante acuerdo de la Junta General, sustituyéndolo por un derecho de adquisición preferente a favor de los demás socios, lo que da amparo legal, en el artículo 95.c) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , al derecho de separación ejercitado (FJ 2º). Pero los hechos posteriores que quedan probados - a criterio del Juzgador - desvirtúan esta apreciación. La Junta de 26 de abril que decidió restablecer la validez de los artículos originales; el hecho de que la modificación ni siquiera ha tenido la publicidad que marca el artículo 97 LSRL , ya que "el Secretario (de la demandada) solicitó al Registrador Mercantil que no practicara la inscripción de la modificación estatutaria"; y puesto que "es evidente que el acuerdo que al respecto tomó la Junta de 26 de abril de 1999 no constituye una nueva modificación estatutaria sino que solo constituye un acuerdo



para dejar sin efecto otro anterior (art.115.3 LSA ; art. 56 LSRL)" llevan a tal conclusión (FJ3º). A lo que se ha de unir que, en vista de la discrepancia entre la actora y "Odeón Multicines, S.A.", que se opuso" al restablecimiento de la validez del artículo 7 en su redacción original" e incluso manifestó su deseo de vender 10.000 participaciones "pese a que ambas sociedades están constituidas por D. Luis Gómez Pertíñez y su entorno familiar", la Juzgadora llega a la conclusión de que "el ejercicio del derecho de separación no se ha llevado a cabo conforme a las exigencias de la buena fe (artículo 7 CC), existiendo, al parecer, otras razones para solicitar la separación distintas a la invocada" (FJ 4º).

La Sala de Apelación acepta tales argumentos, y añade los siguientes:

(a) Que, en base a lo que estima una opinión doctrinal que se puede considerar pacífica el hecho de que la sociedad esté obligada a reconocer el derecho de separación del socio "no confiere a éste el derecho inmediato del valor de reembolso de su cuota patrimonial", pues "a parte del incumplimiento del trámite de reducción de capital que ello conlleva (de acuerdo con) - arts.97.3 y 102 LSRL - (con la posibilidad de oposición de los acreedores ordinarios ex artículo 103.2) lo que es innegable es el derecho de la sociedad a dejar sin efecto el acuerdo modificando el régimen de transmisión de las participaciones sociales, desencadenante del derecho de separación, haciendo claudicar el derecho de separación de los socios aunque el mismo se hubiese exteriorizado" (FJ 4º I)

(b) Lo que se justificaría en el impacto que la separación va a tener en la sociedad, "siendo pacífica la consideración de que cuando la sociedad desiste el socio ya no puede pretender la separación, entendiéndose que dicho desistimiento tiene su momento último en el pago de la cuota de separación y otorgamiento de escritura pública de reducción de capital" (FJ 4º II).

(c) Por lo que debe considerarse que "si la Junta General de 26 de abril de 1999 invalidó el acuerdo de modificación del régimen de transmisión de participaciones adoptado el 2 de diciembre de 1998, desactivó el acto que desencadenó el derecho de separación y, por tanto, el derecho mismo de separación".

SEGUNDO.- Los tres motivos del Recurso de casación denuncian la infracción de: (1) las normas contenidas, respecto del derecho de separación del socio y régimen establecido para su efectividad, en los artículos 54,55,95,97,100,101 y 102 LSRL , entendiéndose, en sustancia, que han sido erróneamente interpretadas; (2) las normas contenidas en los artículos 56 LSRL y 115.3 LSA , indebidamente aplicadas para la resolución del caso; y (3) la norma contenida en el artículo 95 LSRL en relación con el artículo 7.1 del Código civil , en cuanto han sido, también, indebidamente aplicadas.

Los dos motivos primeros presentan entre sí un evidente enlace, pues es claro que el primero de los errores que se denuncian conduciría a la aplicación (indebida) que se pone de relieve en el segundo. El tercero es puramente complementario, y además no parece hallarse en la ratio decidendi de la sentencia, salvo en cuanto recibe y acepta los razonamientos de la de primera instancia.

La línea argumental de los Motivos Primero y Segundo podría establecerse como sigue :

(a) La vigente LSRL admite con "amplitud" (dice su Exposición de Motivos) el derecho de separación del socio, como medida de defensa de la minoría.

(b) En el caso de autos se dio el supuesto del artículo 95.c) LSRL , que el precepto regula con carácter imperativo

(c) El derecho de separación es un derecho potestativo pleno, no un derecho en formación ni una expectativa de derecho, que no queda condicionado a la aprobación de la sociedad o a la ratificación ulterior del acuerdo social.

(d) El derecho de separación se ejercita por la sola voluntad y correlativamente vincula a la sociedad, que no puede oponerse a su ejercicio, y que queda obligada a desarrollar las sucesivas fases de tramitación (comunicación, publicidad, determinación del valor), pues los artículos 97,100,101 y 102 LSRL establecen verdaderas obligaciones para los administradores de la sociedad y no para el socio que ejercita su derecho de separación.

(e) La sociedad no puede desistir "haciendo claudicar" el derecho de separación, y si lo hace, será a través de un acto con eficacia "ex nunc" y no "ex tunc". No cabe privar de eficacia al acuerdo de modificación que genera el derecho de separación mediante una declaración de invalidez de la propia sociedad, pues los arts. 54 y 55 LSRL establecen que los acuerdos son ejecutivos y eficaces desde la aprobación del acta, que ni siquiera es necesaria (la aprobación) cuando fue levantada por Notario, como es el caso.

(f) No existe la "facultad de hacer claudicante" el derecho de separación, ni de desistir hasta el momento de hacer pago de la cuota de liquidación, ya que tal derecho de arrepentimiento ni se justifica por el "impacto que va a tener en la economía de la sociedad" ni el derecho de separación se concibe como un derecho



condicionado o claudicante, y la prueba está en que el artículo 102. 2 LSRL obliga a efectuar la reducción de capital incluso cuando éste se sitúe por debajo del mínimo legal.

(g) Tal facultad de desistimiento no puede basarse en el artículo 115.3 del TRLSA al que remite el artículo 56 LSRL. El invocado precepto de la LSA dispone que no procede la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro. Tal precepto nada dice sobre la retroactividad de los efectos.

TERCERO.- Los motivos Primero y Segundo deben ser estimados.

En primer lugar, no queda duda de que la Junta General Extraordinaria de 2 de diciembre de 1998 de la compañía mercantil "Circuito Español de Cine, S.L." acordó, con el voto en contra del socio "Cartera Odeón, S.L.", una modificación del régimen de transmisión de las participaciones que, en abstracto, justificaría el derecho de separación del socio que se opuso. Así lo dice la Dirección General de Registros, en la Resolución de 16 de marzo de 2000, que obra a los folios 579 y siguientes de los Autos, y también el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia de Primera Instancia, aceptado por la Sala a quo y no contradicho por los demás razonamientos.

Además, queda claramente establecido que la ahora recurrente ejerció ese derecho de separación (cartas de 17 de diciembre, incorporadas a las Actas de 21 de diciembre de 1998, num. 5862, 5863 y 5864 del Protocolo del Notario de Madrid D. Luis Sanz Rodero, Documentos 8,9 y 10 de la demanda, especialmente folios 156,162 y 168 de los Autos), recibidas por la contraparte (Documento 11 de la demanda, folio 174), con una primera discusión sobre si la modificación garantizaba mejor el derecho de los socios (También documento 12, folio 176).

No se ha discutido a fondo en la litis, - a parte de algunas referencias que realiza la parte demandada, sobre todo a la doctrina - sobre si la modificación estatutaria podría o no justificar la separación, ni, en todo caso, las decisiones se han basado en la estimación de que la alteración no sería, por sí misma, suficiente para fundamentar una decisión que, desde luego, ha de producir un fuerte impacto económico en la sociedad. Factor que, tratándose de una sociedad mercantil en la que intervienen profesionales y asesores de alto nivel, habría que pensar se ha estudiado y meditado atentamente antes de proponer y de acordar la mutación de la que traen causa las actuaciones.

Lo que se ha discutido, en cambio, es si la actitud manifiestamente obstativa de la sociedad al ejercicio y a la eficacia del derecho de separación estaría o no amparada por los preceptos que regulan la cuestión y, fundamentalmente, la decisión se ha basado en las siguientes proposiciones:

La sociedad puede dejar sin efecto el acuerdo de modificación. Un derecho que se presenta como innegable en base a una "opinión doctrinal que se puede considerar pacífica". Se utilizan, a este efecto, algunas ideas-fuerza que conviene subrayar : (I) El derecho de separación no confiere al socio el derecho inmediato del valor de reembolso de su cuota patrimonial";(Ii) La sociedad decide (en Junta posterior, el 26 de abril de 1999) restablecer la validez de los acuerdos originales. De este modo, invalida el acuerdo de modificación; (III) Ello no constituye una nueva modificación estatutaria sino un acuerdo "para dejar sin efecto otro anterior" (artículo 115.3 LSA , al que llama el artículo 56 LSRL); (IV) Lo que hace claudicar el derecho de separación aunque se hubiere manifestado, ya que de desactiva el acto que desencadenó el derecho de separación y, por tanto, "el derecho mismo de separación".

La Sala no puede compartir estos razonamientos, que no se compadecen ni con la expresa regulación legal ni con la teoría general que sirve de soporte conceptual alas técnicas de interpretación y aplicación del Derecho. Aun cuando no pueda aceptar en todos sus extremos el razonamiento de la recurrente, estima que sustancialmente es la posición que debe prosperar.

1.- Ante todo, el derecho de separación que es, en efecto, un derecho potestativo o de configuración jurídica, nace del acuerdo de modificación (artículo 95.c) LSRL), que es su causa legal (cabén otras, establecidas estatutariamente; artículo 96 LSRL), sin que, a este concreto efecto, tenga relevancia que se trate o no de una regulación imperativa (otro sería el caso si, por ejemplo, se estuviera discutiendo si cabe la renuncia anticipada).Nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta (artículo 54.3 LSRL), que no es necesaria cuando sea notarial (art. 55.1 y 2 de la misma Ley) y no requiere que la sociedad lo acepte, ya que lo que la ley previene en orden al ejercicio del derecho, que fundamentalmente consiste en dar publicidad (artículo 97, que permite sustituir la publicación en el Boletín por una comunicación a los socios), valorar las participaciones (artículo 100), reembolsarlas al socio (artículo 101) y reducir el capital (artículo 192) constituye un conjunto de obligaciones de la sociedad, que en ocasiones requieren la cooperación del socio (vgr., valoración, que puede obtenerse por acuerdo o por intervención de Auditor si no hay acuerdo).



2.- La sociedad carece de ese derecho, que la Sentencia presenta como innegable, a dejar sin efecto el acuerdo de modificación en perjuicio de quien, confiado en tal acuerdo, ha ejercitado ya el derecho que la ley le confiere. Es "innegable" únicamente que la sociedad podrá rectificar, desistir, arrepentirse o renunciar, pero en tal caso nunca en perjuicio de quien ya ha ejercitado el derecho, salvo que cuente con su conformidad. Se deduce esta regla del artículo 6.2 del Código civil, ya que el desistimiento, como acto abdicativo unilateral no puede perjudicar a quien ha adquirido ya un derecho por razón de un acto anterior del renunciante. Y el acuerdo, en sentido contrario a la modificación, aprobado en la Junta General del 26 de abril de 1999 (Véase el Antecedente Primero, número 7) no puede ser entendido como un "restablecimiento de la validez" del artículo modificado en el texto anterior a la modificación, figura extraña, que no habría donde subsumir, en virtud de la cual un acuerdo válido y, en principio, eficaz queda invalidado por otro que repone la validez del texto estatutario modificado. Un territorio difícil, en el que acaso no hay que entrar puesto que ha de estar claro que si la sociedad, en su prístino derecho, decide volver al sistema anterior, puede perfectamente hacerlo, pero con efecto ex nunc y en todo caso sin perjuicio de derechos adquiridos en el interregno. Se trataría, en definitiva, de un nuevo acuerdo de modificación, como con todo acierto dice la propia Acta de la Junta del día 26 de abril de 1999 (folio 539 vto. de los Autos).

3.- No puede justificarse esta suerte de "derecho al arrepentimiento" ni presentando la posición de la sociedad frente al derecho de separación del socio como la de quien ha de consentir, en definitiva, y hasta el momento del pago de la cuota, como presupuesto de eficacia, ni entendiendo el derecho de separación del socio como un derecho in fieri, hasta el punto de negar que pueda exigir el valor de reembolso. No lo primero, que carece del mínimo apoyo en los textos legales aplicables, puesto que los artículos 97, 100, 101 y 102 contienen la exposición de auténticos deberes para la sociedad, sin la dependencia de un suceso exterior (artículo 1113 CC) ni menos de la voluntad de la compañía o de sus administradores (lo que generaría un derecho ilusorio por parte del socio, en una suerte de dependencia de la mera potestad de la compañía, que repugna a la idea de vinculación por razón del contrato social y del legítimo ejercicio de los derechos que de él derivan : arts. 1256, 1115, inciso primero del Código Civil, Sentencias de 27 de febrero de 1997, 9 de enero de 1995) y, por tanto, "exigibles desde luego", como dice el mencionado precepto del artículo 1113 CC . Los actos a realizar por la sociedad son actos debidos, y no condiciones potestativas. La sociedad ha de publicar, ha de informar para obtener la fijación del valor, si no llega a un acuerdo sobre valoración, en base a un comportamiento que se ha de llevar a efecto en buena fe (artículos 7.1 y 1258 CC, 57 del CCom), ha de pagar al auditor y, dentro de los dos meses siguientes a la recepción del informe de valoración, ha de reembolsar el valor de las participaciones o lo ha de consignar (artículo 101, inciso segundo) y, finalmente, los administradores han de otorgar la escritura de reducción de capital (art. 102), incluso cuando la sociedad quede por debajo del mínimo legal (arts. 102.2 y 108 LSRL). Visto así, no puede compartirse la opinión de quien entiende que no hay un "derecho inmediato" del socio al reembolso del valor, a menos que quiera decirse que ese derecho se habrá de llevar a efecto tras las operaciones de valoración, en los términos y plazos que señala el texto legal.

4.- Por tanto, no se produce el efecto que señala la Sentencia recurrida, según la cual al restablecerse la validez del texto estatutario anterior, "se desactiva el acto que desencadenó el derecho de separación y, por tanto, el derecho mismo de separación". No hay, en primer lugar, tal restablecimiento, sino una nueva modificación que carece de efectos retroactivos, que sólo cabe reconocer a las leyes que así lo dispongan (artículo 2.3 CC) dentro de los límites de seguridad que señala el artículo 9.3 de la Constitución, en ningún caso las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, ya que, en principio, cualquier aplicación retroactiva de una disposición ha de aplicarse bajo el principio de respeto de los derechos adquiridos, como señala la DT preliminar del Código civil. Y "derecho adquirido" es el de separación que no sólo se ha manifestado o exteriorizado como se dice la sentencia, como una suerte de propósito, sino que se ha ejercitado (El mismo principio inspira, por ejemplo, la regla del inciso final del artículo 11 del CCom).

5.- Por otra parte, no cabe apoyar en el artículo 115.3 TRLSA, aplicable en función de la remisión que realiza el artículo 56 LSRL, la posibilidad de revocar el acuerdo con efectos tan contundentes como los que postula la entidad recurrida y reconoce la Sala a quo. No debe olvidarse que el precepto literalmente se refiere a un acuerdo que haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente, que es precisamente de lo que se trata. Pero es que, además, la doctrina del Centro Directivo ha establecido que el acuerdo convalidante posterior ha de adoptarse por unanimidad, puesto que sólo así podrá enervar la acción de nulidad de todos los socios, pues de lo contrario "se trataría de un nuevo acuerdo de contenido idéntico al anterior, pero cuya eficacia se produciría desde el momento en que es válidamente adoptado" (Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 1 de diciembre de 1994, de 3 de abril de 1997, de 2 de septiembre de 1998), si bien se admite cuando ha transcurrido el plazo de caducidad de la acción de nulidad (Res. 30 de julio de 2001). Y en todo caso, la ratificación de un acuerdo se ha de haber adoptado antes de iniciarse el juicio de impugnación (Sentencias de 20 de octubre de 1998, de 21 de mayo de 2002). Es decir, que los acuerdos, desde que son



ejecutivos por razón de la aprobación del acta o por no requerirse ese trámite, son ejecutivos e implican que los administradores los han de llevar a cabo, salvo que los impugnen y logren la suspensión judicial.

6.- El derecho de separación, pues, implica una declaración recepticia, que en el caso se ha producido, según queda probado y reconocido. Tal declaración puede realizarse (artículo 97.1.II LSRL , artículo 205.2 RRM) "en tanto no transcurra un mes contado desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación", ambas posibilidades a llevar a efecto de acuerdo con o dispuesto en el artículo 97.1.I . No se discute en el litigio la tempestividad del ejercicio, sino que la decisión se basa en la facultad que se reconoce a la sociedad de no desarrollar los sucesivos trámites necesarios para la eficacia y la consumación del derecho, hasta producir, por medio de un acuerdo de signo contrario, la desaparición, con efectos retroactivos, de la modificación estatutaria que da causa al derecho de separación. Pero no hay en la regulación legal apoyo para tal construcción. El acuerdo de modificación, contenido en un Acta notarial, es inmediatamente operativo (artículos 54.3 y 55.1 y 2 LSRL) y la inscripción carece de valor constitutivo, aunque sea obligatoria (artículos 94.1.7ª, 205 y 206 RRM). No hay razón, pues, para negar el ejercicio tempestivo del derecho de separación.

Por cuyas razones han de ser estimados los motivos primero y segundo.

CUARTO.- En el Motivo Tercero se denuncia la infracción del artículo 95.c) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y del artículo 7 del Código civil , en cuanto considera la Sentencia recurrida que el ejercicio del derecho de separación no se ha llevado a cabo conforme a las exigencias de la buena fe.

Al examinar este motivo, ya irrelevante, hemos de destacar, en primer lugar, que esta Sala ha aceptado el control casacional de la buena fe como concepto jurídico que se apoya en la valoración de una conducta deducida de unos hechos (Sentencias de 29 de noviembre de 1985, de 7 de mayo de 1993, de 8 de junio de 1994) y es precisamente esa valoración jurídica la que se somete a revisión en casación (Sentencias de 5 de junio de 1999, de 28 de junio de 2002, de 6 de febrero de 2003, de 18 de diciembre de 2001 , etc.). Y hay que partir de que la buena fe no necesita ser probada, de modo tal que corresponde la prueba a quien sostenga su inexistencia (Sentencias de 5 de julio de 1985, de 15 de febrero de 1991, de 12 de marzo de 1992, de 6 de junio de 2002, de 29 de enero de 2004 , entre otras muchas). Ciertamente, la Sentencia de Apelación no entra en el tema, que sólo aparece en el FJ 4º de la Sentencia de primera instancia, aunque cabría considerar que al haber aceptado los fundamentos de esta sentencia, la de apelación indirectamente también lo recoge. Pero en fin, sea de ello lo que fuere, la recurrente acierta al señalar que las conductas sobre las que apoya el Juzgador de Primera Instancia (e indirectamente, según se ha dicho, la Sala de instancia) la constatación de existencia de mala fe no merecen tal calificación, pues la oposición de una sociedad que se dice vinculada a la ahora recurrente a la aprobación del acuerdo llamado "de restablecimiento" del texto de los Estatutos en su redacción anterior a la modificación de 2 de diciembre de 1998 podía tener también un tono defensivo, puesto que la proposición se produce precisamente para impedir que "Cartera Odeón, S.L." haga realidad la separación que pretende, y el mismo tono cabe ver en la venta de participaciones con base en la regla estatutaria modificada. Todo ello en el contexto de expertos comerciantes y preparados técnicos que intervienen, y sin perjuicio de señalar que no han quedado establecidos, sino meramente conjeturados, los propósitos reales que se supone mueven a los socios o administradores de la recurrente ni la conexión exacta entre la sociedad recurrente y "Odeón Multicines S.A.". Todo lo cual, puesto que la mala fe exige prueba por parte de quien trata de establecerla, no parece bastante para vencer en el caso la presunción general de buena fe.

Y así habría que estimar el motivo, pero sin mayor efecto, toda vez que no se trata de un razonamiento que haya sido tenido en cuenta por la sentencia para adoptar la decisión que ha recaído.

QUINTO.- No procede la imposición de costas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 398.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Procurador D. Albito Martínez Díez en nombre y representación de " CARTERA ODEAON. S.L.", contra la Sentencia dictada con fecha veinte de mayo de dos mil tres por la Sección Veinte de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 16/03 , que casamos y anulamos, dictando en su lugar otra con arreglo a los siguientes pronunciamientos:

1.- Se estima el recurso de apelación formulada por la representación de CARTERA ODEAON, S.L., contra la Sentencia dictada en 3 de octubre de 2000 por el juzgado de Primera Instancia de Madrid nº 37, en Autos de juicio ordinario de menor cuantía nº 227/1999, que se revoca en su totalidad, se estima la demanda presentada por CARTERA ODEAON, S.L., contra " CIRCUITO ESPAÑOL DE CINE, S.L." y, en consecuencia,



- a) Se declara que la actora ha ejercitado correctamente el derecho de separación de socios que le confiere el artículo 95.c) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada con ocasión de haberse acordado en Junta General Extraordinaria de 2 de diciembre de 1998 la modificación del artículo 7 de los Estatutos Sociales .
- b) Se declara el derecho de la actora a percibir de la demandada el real de los 2.065.955 participaciones sociales, conforme al calculado en el dictamen pericial practicado en los Autos, esto es, por el importe de 3.800.794,53 euros a cuyo importe se añadirán los intereses legales desde la fecha de esta Sentencia.
- c) Se condena a "Circuito Español de Cine, S.L." al pago de las costas de primera instancia y sin pronunciamiento especial en los recursos de apelación y casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y 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 .-Jesús Corbal Fernández .- Vicente Luis Montés Penadés.-Alfonso Villagómez Rodil.-Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Vicente Luis Montés Penadés, 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.