



Roj: **SAP M 12197/2017 - ECLI: ES:APM:2017:12197**

Id Cendoj: **28079370282017100360**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **19/09/2017**

Nº de Recurso: **652/2015**

Nº de Resolución: **408/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

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

Tfno.: 914931988

37007740

**N.I.G.:** 28.079.47.2-2012/0009531

**ROLLO DE APELACIÓN Nº 652/2015**

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 644/2012.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid.

**Parte recurrente:** NATURAL LOGISTICS, S.L., D. Jesús Luis , D. Adolfo y D. Aureliano

Procuradora: D./Dña. Joaquín de Diego Quevedo

Letrado: D./Dña. Javier de Pablo Martínez de Ubago

**Parte recurrida:** D. Cirilo

Procurador: D./Dña. Joaquín Fanjul de Antonio

Letrado: D./Dña. Juan Ig. Pajares Muñoz

**S E N T E N C I A nº 408/2017**

**ILMOS. SRS. MAGISTRADOS**

**D. ÁNGEL GALGO PECO**

**D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ**

**D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)**

En Madrid, a 19 de septiembre de 2017.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don ÁNGEL GALGO PECO, Don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ y Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 652/2015 interpuesto contra la Sentencia de fecha 15 de abril de 2015 dictado en el proceso número 644/2012 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, NATURAL LOGISTICS, S.L., D. Jesús Luis , D. Adolfo y D. Aureliano , siendo apelada la parte D. Cirilo , ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 23 de noviembre de 2012 por la representación de D. Cirilo contra NATURAL LOGISTICS, S.L., D. Jesús Luis , D. Adolfo y D. Aureliano , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que:

"Se dicte Sentencia por la que se acuerde el cese de los cuatro administrador codemandados, D. Jesús Luis , D. Adolfo y D. Aureliano , de la mercantil "NATURAL LOGISTICS, S.L.". con la inscripción que corresponda en el Registro Mercantil".

**SEGUNDO** .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid dictó sentencia con fecha 15 de abril de 2015 cuyo fallo es del siguiente tenor:

"I.- Con estimación íntegra de la demanda interpuesta por Cirilo , debo ordenar y ordeno el cese de Adolfo , Aureliano y Jesús Luis como administradores de la entidad NATURAL LOGISTICS SL, con inscripción de dicho cese en el Registro Mercantil.

II.- Debo declarar y declaro la pérdida sobrevenida de objeto procesal respecto de la acción entablada contra Lucas .

III.- Debo condenar y condeno a Adolfo , Aureliano y Jesús Luis al pago de las costas procesales generadas a Cirilo en el presente litigio e instancia, según tasación de las mismas que se realice en incidente promovido al efecto."

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de NATURAL LOGISTICS, S.L., D. Jesús Luis , D. Adolfo y D. Aureliano se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. Señalándose para deliberación, votación y fallo el día 14 de septiembre de 2017.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Don Cirilo , socio de la mercantil NATURAL LOGISTICS S.L., interpuso demanda contra esta y contra sus administradores mancomunados, Don Adolfo , Don Aureliano , Don Jesús Luis y Don Lucas , interesando un pronunciamiento judicial que disponga el cese en sus cargos de dichos administradores por haber vulnerado la prohibición de competencia prevista en el Art. 230 de la Ley de Sociedades de Capital en su redacción original (previa a la dada por Ley 31/2014, de 3 de diciembre).

La sentencia de primera instancia estimó la demanda excepto en relación con el codemandado Don Lucas por haber perdido este la condición de administrador con anterioridad a la interposición de la demanda.

Disconformes con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alzan NATURAL LOGISTICS S.L., Don Adolfo , Don Aureliano y Don Jesús Luis a través del presente recurso de apelación.

**SEGUNDO** .- Consideran en primer lugar los apelantes que, si la sentencia apelada apreció pérdida sobrevenida de objeto en relación con el demandado Don Lucas , quien había cesado en su cargo de administrador con anterioridad a la interposición a la demanda, también debería de haberlo apreciado en relación con Don Jesús Luis quien, pese a haber cesado con posterioridad, lo hizo en un momento en el que aún desconocía que la demanda hubiera sido interpuesta.

No compartimos dicho punto de vista. El dato sobre el estado de conciencia de dicho demandado resulta completamente irrelevante, ya que la sentencia no le censura mala fe en el acto de renunciar a su cargo sino que, considerando que los efectos de la litispendencia se producen desde la presentación de la demanda si esta es luego admitida ( Art. 410 L.E.C .), se limita a hacer aplicación del principio consagrado en el Art. 413-1 L.E.C . con arreglo al cual "*No se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvención, excepto si la innovación privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieran deducido en la demanda o en la reconvención, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa*". Y no consideramos que la dimisión en el curso del presente proceso del Sr. Jesús Luis prive de interés a la pretensión contra él ejercitada en la demanda, pues no es lo mismo obtener, asépticamente, el apartamiento de dicho señor del órgano de administración que obtener



un apartamento causalizado y fundamentado sobre una conducta constitutiva de infracción de un precepto legal, entre otras cosas porque, a diferencia de lo que representa aquel eximio resultado, el éxito de la acción entablada puede constituir, en unión de los restantes requisitos legales, el basamento de una eventual acción de responsabilidad (Art. 236 L.SC.) en el caso de que la prohibición de competencia censurada hubiera sido generadora de algún quebranto dañoso. Y en nada empaña esta consideración la circunstancia de que en el caso de Don Lucas la sentencia apelada haya apreciado pérdida sobrevenida de objeto ya que ninguna de las partes ha combatido tal pronunciamiento, el cual, en consecuencia, ha devenido inatacable.

Al hilo de la misma cuestión, también se denuncia en el recurso un defecto procedimental consistente en que el juzgado no sustanció por la vía prevista en el Art. 22 de la L.E.C. la cuestión relativa a la existencia o inexistencia de un supuesto de pérdida sobrevenida de objeto. Sin embargo, con independencia de que en la contestación a la demanda nunca se planteó la renuncia a su cargo del Sr. Jesús Luis como una hipótesis de pérdida de objeto del proceso sino como un caso de falta de legitimación pasiva, lo cierto es que, pese a haber ido teniendo conocimiento de que el proceso avanzaba sin que se acordase sustanciar el aludido trámite del Art. 22 L.E.C., nunca se denunció oportunamente ese eventual vicio procedimental, razón por la cual se encuentra excluido dicho motivo impugnatorio de la segunda instancia de conformidad con lo previsto en el Art. 459 de la L.E.C.

**TERCERO** .- En lo que ahora interesa, la redacción aplicable al caso del Art. 230 de la Ley de Sociedades de Capital era del siguiente tenor: "*1. Los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la junta general, a cuyo efecto deberán realizar la comunicación prevista en el artículo anterior 2. En la sociedad de responsabilidad limitada cualquier socio podrá solicitar del juez de lo mercantil del domicilio social el cese del administrador que haya infringido la prohibición anterior*".

Habiendo constituido los administradores demandados una sociedad de nacionalidad belga denominada HERBAL TECHNOLOGÍES B.V. de la que todos ellos son administradores y que ha desarrollado actividades parcialmente coincidentes con el objeto social de NATURAL LOGISTICS S.L., niegan que ese hecho haya generado una situación de competencia desleal. De ese modo, los apelantes se defienden de una imputación que ni el demandante les ha dirigido ni la sentencia apelada ha acogido en momento alguno, pues nadie les ha atribuido en el presente proceso la comisión de actos de competencia desleal.

En efecto, variada es la gama de hipótesis que en teoría pueden plantearse en torno al problema de la prohibición de competencia que pesa sobre los administradores societarios. Así, a título meramente ejemplificativo:

- a) Puede darse el caso de que el administrador que emprende por su cuenta actividades idénticas, análogas o complementarias a las que integran el objeto de la sociedad que administra lo haga con total pulcritud desde el punto de vista concurrencial, esto es, sin valerse de medios que la Ley de Competencia Desleal reputa ilícitos, lo que no será obstáculo para apreciar la concurrencia de la causa de exclusión de la sociedad.
- b) Cabe también que la actividad idéntica, análoga o complementaria se desarrolle mediante esa clase de medios, en cuyo caso a las consecuencias legales de la infracción de la prohibición de competencia (exclusión y/o cese) habría que añadir las consecuencias propias de esa ilicitud adicional.
- c) Puede finalmente suceder que el administrador incurra en ilicitud concurrencial con la sociedad que administra pero que lo haga en el desarrollo de actividades que no sean ni idénticas ni análogas ni complementarias respecto de las que integran el objeto de la sociedad, pues es bien sabido que no pertenece a la esencia de los ilícitos que contempla la Ley de Competencia Desleal la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de los mismos (así lo establece expresamente el Art. 3-2 de dicha ley). En este último caso, la reprochabilidad propia de la ilicitud concurrencial no justificaría la exclusión del administrador desleal de la sociedad con base en la infracción de la prohibición de competencia del Art. 65 L.S.R.L.

Por lo tanto, lo relevante es destacar que a lo único que la Ley de Sociedades de Capital anuda la consecuencia consistente en el cese del administrador es al desarrollo por parte de este de actividades idénticas, análogas o complementarias pero no -o no aisladamente- al hecho de que se utilicen medios que, por aplicación de la Ley de Competencia Desleal o de cualquier otra, sean susceptibles de provocar una reprochabilidad añadida, todo ello sin perjuicio de que la responsabilidad generada por ello sea exigible de manera independiente. En otras palabras, no existe graduación en lo referente a la susceptibilidad de cese del administrador: incurriendo en la actividad que prohíbe el Art. 230 de la Ley de Sociedades de Capital, ni el empleo por parte del administrador de medios dotados de una reprochabilidad cualificada lo hacen más "cesable" que si no los hubiera utilizado, ni el desarrollo limpio y honesto de la actividad concurrente lo hacen menos "cesable" que si se hubiera valido de esa clase de medios.



**CUARTO** .- No resulta controvertido, en lo que ahora interesa, que el objeto social de NATURAL LOGISTICS S.L. lo constituye *"La compra y venta, importación y exportación, al por mayor y al por menor y distribución de productos alimenticios, bebidas, tabacos, plantas, hierbas, herbolarios"*. Tampoco es discutido que la sociedad HERBAL TECHNOLOGÍES B.V. constituida por los codemandados ha venido desarrollando esa clase de actividades. Consiguientemente, siendo dichos codemandados administradores de HERBAL TECHNOLOGÍES B.V., puede afirmarse de manera clara y rotunda que dichos señores se han dedicado por cuenta de esta última mercantil al mismo género de actividad que el que constituye el objeto social de NATURAL LOGISTICS S.L., de la que también son administradores.

Siendo, pues, manifiesto, al menos en principio, que los demandados vulneraron la prohibición de competencia que enuncia el Art. 230 de la Ley de Sociedades de Capital, lo que nos indican es que ellos no han hecho nada distinto de lo que ya se venía haciendo a través de otra sociedad belga entonces perteneciente a todos los socios, NATURMEDICAL B.V., y que ya desde entonces NATURAL LOGISTICS S.L. había dejado de desempeñar el objeto social anteriormente definido para dedicarse a funciones de gerencia, recursos humanos, administración, publicidad etc..., es decir, funciones de apoyo a la actividad que se desarrollaba a través de aquella mercantil de nacionalidad belga, de tal manera que HERBAL TECHNOLOGÍES B.V. no habría hecho otra cosa que continuar esa misma operativa estableciendo con NATURAL LOGISTICS S.L. una serie de sinergias no concurrenciales tendentes a la explotación coordinada del mismo negocio, siendo así - se argumenta también- que, a través de la facturación de aquellos servicios de NATURAL LOGISTICS S.L. a HERBAL TECHNOLOGÍES B.V., la primera ha obtenido provecho comercial alcanzando excelentes resultados de explotación. Pues bien, en relación con tales alegatos hemos de realizar las siguientes precisiones:

1.- Lo que el Art. 230 L.S.C. prohíbe al administrador no es que desarrolle actividades idénticas, análogas o complementarias a las actividades que concretamente esté llevando a cabo en una determina época la sociedad que administra, sino que lo proscrito es que esa relación de identidad, similitud o complementariedad se dé con las actividades que integran el "objeto social" de la misma. Téngase en cuenta que el apartamiento temporal de la actividad real de una sociedad respecto de la que define su objeto social es una situación de tipo coyuntural (no estructural) que puede finalizar en cualquier momento, con lo que el riesgo de conflicto de interés, que es la idea que subyace a la prohibición de competencia, no desaparece por virtud de ese tipo de coyuntura.

2.- El hecho de que en el pasado puedan haberse desarrollado conductas análogas a través de la sociedad NATURMEDICAL B.V. no elimina la antijuricidad de las conductas actualmente desarrolladas a través de HERBAL TECHNOLOGÍES B.V., entre otras cosas porque nada nos permite suponer que aquellas fueran actividades lícitas: el mero hecho de que no hayan suscitado contienda judicial no avala su licitud. El ejercicio de la acción prevista en el Art. 230-2 de la Ley de Sociedades de Capital es facultativo y no es difícil imaginar las razones de la falta de interés del actor en ejercitarla cuando la actividad concurrente se llevaba a cabo a través de una sociedad en la que él participaba en igualdad de condiciones que sus socios, los ahora demandados. Razones que, obviamente desaparecen cuando estos constituyen una nueva sociedad con el mismo objeto pero apartando de ella al demandante.

3.- La eventual circunstancia de que las sinergias establecidas entre NATURAL LOGISTICS S.L. y HERBAL TECHNOLOGÍES B.V. hayan resultado provechosas para la primera, además de constituir un argumento falaz (porque, como acertadamente señala la sentencia apelada, tales sinergias durarán solo hasta que HERBAL TECHNOLOGIES B.V. decida ponerlas fin), es un alegato irrelevante desde el momento en que no pertenece a la esencia de la prohibición del Art. 230 que el desarrollo de la actividad prohibida resulte efectivamente perjudicial para la sociedad administrada por quien en ella incurre, residiendo el fundamento de la prohibición en la concurrencia de un mero riesgo de conflicto de intereses. Como señala la S.T.S. de 26 de diciembre de 2012, *"La Ley parte de la premisa de que la dedicación simultánea del administrador de la sociedad a una actividad análoga o complementaria a la del objeto social, ya sea por cuenta propia o ajena, constituye un conflicto de intereses que puede redundar en perjuicio de la sociedad, razón por la cual se prohíbe, pero no de forma absoluta, sino relativa, pues cabe la autorización de la junta general. Pero esta autorización debe ser expresa, esto es, debe constar expresamente la voluntad de la junta que consiente en que el administrador desarrolle esta actividad que, en principio, acarrea los riesgos propios del conflicto de intereses"*. Por lo tanto, no corresponde a los administradores valorar y decidir acerca de si la actividad prohibida en la que incurren resulta provechosa o perjudicial para la sociedad que administran. Esa prerrogativa se encuentra legalmente reservada a la junta general, que es quien ha de decidir si dispensa o no a dichos administradores de la expresada prohibición, y en el caso que nos ocupa no existe tal dispensa. Por lo demás, es reiterada -y por ello de innecesaria cita- la doctrina jurisprudencial que exige que esa autorización de la junta general sea expresa, no pudiendo ser suplida por un simple escenario de tolerancia de los socios en relación con el desarrollo de la actividad prohibida.



4.- Los apelantes postulan la aplicación al caso de la doctrina contenida en la S.T.S. de 5 de diciembre de 2008 en relación con la posibilidad que se atribuye a la parte demandada de suministrar en el proceso pruebas acreditativas de que no existe en el caso examinado contraposición entre la actividad prohibida y los intereses de la sociedad administrada por quien desarrolla dicha actividad. Sin embargo, el problema que la referida doctrina viene a resolver es de naturaleza netamente diferente a la del supuesto que ahora nos ocupa: lo que allí se planteaba era si resultaba o no acertada la postura mantenida por la sentencia de instancia con arreglo a la cual la mera constitución por parte del administrador de una sociedad con idéntico objeto no implica una actitud competitiva si no se demuestra que ésta desarrolla una **actividad efectiva**. Y la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en torno a dicha cuestión fue la siguiente: *"...procede fijar como doctrina jurisprudencial que la prohibición de competencia desleal que impone a los administradores el artículo 65 LSRL se infringe mediante la creación por parte de éstos, sin la autorización expresa de la sociedad, de una sociedad con idéntico objeto, salvo que se demuestre, valorando las circunstancias, que no existe contraposición de intereses"* (énfasis añadido). Pues bien, la situación que ahora nos toca examinar es completamente diferente: no resulta controvertido que la sociedad HERBAL TECHNOLOGIES B.V. ha desarrollado una "actividad efectiva" y que esa actividad es coincidente con una parte de la que integra el objeto social de NATURAL LOGISTICS, S.L., con lo que no consideramos que en este caso los efectos de la prohibición puedan quedar enervados por el virtual suministro de pruebas demostrativas de la inexistencia de contraposición de intereses. En todo caso, a mayor abundamiento, hay que indicar que la prueba de la inexistencia de contraposición de intereses no se satisface acreditando que NATURAL LOGISTICS S.L. ha obtenido resultados económicos aceptables: sería necesario demostrar que los resultados obtenidos no desmerecen respecto de los que hubiera podido obtener si HERBAL TECHNOLOGIES B.V. no hubiera desarrollado la actividad concurrente, de manera que la totalidad de la actividad mercantil hubiera sido asumida por la propia NATURAL LOGISTICS S.L. Pero se trata de un tipo de valoración que, por su carácter eminentemente técnico, hubiera exigido la aportación de prueba de naturaleza pericial, prueba que la parte demandada no ha suministrado.

5.- Constituye criterio jurisprudencial reiterado el de que la prohibición de que tratamos, fundada en la existencia de una incompatibilidad, tiene su fundamento en el sustrato ético que debe presidir las relaciones económicas, por lo que se impone una interpretación rigurosa del precepto ( STS 9 de septiembre de 1998, rec. 549/1994 ), ya que la Ley ha querido revestir de un especial rigor a esta prohibición ( STS de 6 de marzo de 2000 ).

No ha de prosperar, en consecuencia, el recurso de apelación interpuesto.

**QUINTO** .- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso de conformidad con lo previsto en el número 1 del Art. 398 de la L.E.C .

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

- 1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de NATURAL LOGISTICS S.L., Don Adolfo , Don Aureliano y Don Jesús Luis contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
- 2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.
- 3.- Imponer a los apelantes las costas derivadas de su recurso.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido por la parte apelante de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

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

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