



Roj: **SAP M 12200/2017 - ECLI: ES:APM:2017:12200**

Id Cendoj: **28079370282017100363**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **22/09/2017**

Nº de Recurso: **522/2015**

Nº de Resolución: **412/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

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.:** 28.079.00.2-2015/0209035

**Recurso de Apelación 522/2015**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 528/2012

**APELANTE:** MARTÍN BAZ SL

PROCURADOR D./Dña. MARÍA ROSARIO FERNÁNDEZ MOLLEDA

**APELADO:** Dña. Josefina

PROCURADOR D./Dña. ALBERTO ALFARO MATOS

**SENTENCIA número 412/2017**

En Madrid, a 22 de septiembre de 2017.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en lo mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Gregorio Plaza González, D. Enrique García García y D. José Manuel de Vicente Bobadilla, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 522/2015, los autos del proceso nº 528/2012, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid, relativo a materia de sociedades.

Han sido partes en el recurso, como apelante, MARTÍN BAZ SL, representada por la procuradora D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Rosario Fernández Molleda y defendida por el letrado D. Jorge Barrios Ramos; y como apelados, D<sup>a</sup>. Josefina y D. Candido , representados por el procurador D. Alberto Alfaro Matos y defendidos por el letrado D. Fernando Bazarra Rodríguez.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 3 de octubre de 2012 por la representación de D<sup>a</sup>. Josefina y D. Candido contra MARTÍN BAZ SL, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba:



*"se dicte Sentencia por la que se declaren nulos los acuerdos impugnados, adoptados en la Junta General Ordinaria de la misma celebrada el 6 de Julio de 2.012, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, y acuerde el cese del Administrador Único, Florian , y su sustitución por un Administrador Judicial, ordenando la inscripción de la resolución que así lo declare en el Registro Mercantil de Madrid, en la hoja correspondiente a la sociedad demandada, ordenando la cancelación de los asientos que hubieren causado y de los posteriores que resulten contradictorios; y todo ello, con expresa imposición de costas a la entidad demandada."*

**SEGUNDO** .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado Mercantil número 8 de Madrid dictó sentencia, con fecha 25 de mayo de 2015 , cuyo fallo es del siguiente tenor:

*"I. Debo ordenar y ordeno el cese de Florian como administrador de la entidad MARTÍN BAZ SL, con inscripción de dicho cese en el Registro Mercantil.*

*II. Debo desestimar y desestimo la pretensión de nulidad formulada contra los acuerdos adoptados en Junta de socios de fecha 6 de julio de 2012 de la sociedad MARTÍN BAZ SL.*

*III. Debo declarar y declaro que no procede condena en costas para ninguna de las partes litigantes".*

**TERCERO**.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de MARTÍN BAZ SL se interpuso recurso de apelación que fue admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma.

Recibidos los autos en la oficina de reparto de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 2 de septiembre de 2015, tras ser turnados a la sección 28ª, se procedió a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La sesión para la deliberación sobre este recurso se celebró, respetando el turno preestablecido, con fecha 21 de septiembre de 2015.

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

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- Aunque en la demanda inicial se ejercitaba también la acción de impugnación contra determinados acuerdos sociales adoptados en la junta general de la entidad MARTÍN BAZ SL de 6 de julio de 2012 este asunto ha quedado al margen, pues el objeto de esta apelación se ciñe a la solicitud de cese del administrador social de la misma, D. Florian . El fundamento de tal pretensión se encuentra en haber incurrido en la prohibición que impide a aquél, si no le es autorizado expresamente mediante acuerdo adoptado en la junta general, dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que el que constituya el objeto social de la entidad administrada.

En el caso de MARTÍN BAZ SL, cuya constitución data del año 1992 y tiene, en efecto, sustrato familiar (el matrimonio Juan Manuel - Paula y sus hijos), D. Florian ha venido compatibilizado el desempeño del cargo de administrador social de esta entidad, cuyo objeto social lo es la venta al por mayor y al por menor de calzados, con el paralelo ejercicio por su propia cuenta de la actividad de venta de calzado al por menor en un local sito en la calle Monte Igueldo nº 27 de Madrid, sin haber obtenido para ello autorización de la junta general, ni cuando, desde un principio, formaba parte de la administración solidaria de la mencionada entidad, ni tampoco cuando, con posterioridad, fue designado como administrador único de la misma.

La decisión del juez de lo mercantil, que decretó el cese en el cargo de administrador de D. Florian , por haber incurrido en una prohibición legal, es apelada por la parte demandada. En su escrito de recurso se aduce que la acción de cese no había sido ejercitada en la demanda, por lo que el juzgador no debería haberla estimado en su sentencia. También se alega que debería haberse entendido, dados los antecedentes y características de la entidad MARTÍN BAZ SL, que habría mediado la prestación de su consentimiento por parte de todos los socios para que D. Florian siguiera explotando, a título personal, el local de la calle Igueldo, sin que ello debiera estimarse ningún tipo de deslealtad hacia la sociedad. Por último, considera la parte apelante que la interposición de la demanda supone la incursión por la parte demandante en una contravención de sus propios actos y el ejercicio de un derecho de modo contrario a las exigencias de la buena fe por parte de su nuera.

**SEGUNDO**.- La acción de cese del administrador social constaba ejercitada con claridad, según se desprende del encabezamiento, hechos, fundamentos y suplico de la demanda. No ha incurrido el juez de lo mercantil en un defecto procesal por el hecho de analizar y, seguidamente, estimar una acción de esa índole. Descartamos la posibilidad de apreciar la comisión de ninguna clase de incongruencia ( artículo 218.1 de la LEC ) en la



resolución apelada, ya que ni se daría en el caso de que se hubiese otorgado más de lo pedido ("ultra petitem"), ni el de que se hubiese concedido algo distinto de ello ("extra petitem").

**TERCERO.-** La prohibición de competencia (antes prevista en el artículo 65.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y luego en el artículo 230 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el RDL 1/2010) impide al administrador de una sociedad, salvo que obtenga autorización expresa otorgada mediante acuerdo adoptado en la junta general, dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya su objeto social.

En concreto, la redacción contenida en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el RDL 1/2010, en su versión originaria, es decir, previa a la reforma operada por Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que es la norma legal aplicable al caso por razones temporales (principio "tempus regit actum"), es la siguiente:

*"Artículo 230. Prohibición de competencia.*

*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.*

*3. En la sociedad anónima, a petición de cualquier accionista, la junta general resolverá sobre el cese de los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora."*

La infracción de esta prohibición se sanciona con el cese del administrador, que en las sociedades de responsabilidad limitada puede ser exigido judicialmente por cualquiera de los socios sin necesidad de someterlo previamente a la junta general.

Consideramos preciso aclarar que el que pudiera estimarse que la parte demandada habría infringido la prohibición de competencia no supone censurar además su comportamiento desde el punto de vista de la competencia desleal. Puede darse el caso, al menos conceptualmente, 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 infracción de la prohibición de competencia meramente desde el punto de vista del Derecho societario. 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 en el ámbito societario habría que añadir las propias de la comisión de esa infracción concurrencial adicional por su relevancia para el tráfico mercantil. Finalmente, puede suceder que el administrador incurra en ilicitud concurrencial contra la sociedad que administra y, sin embargo, 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 no pertenece a la esencia de los ilícitos previstos en la Ley de Competencia Desleal la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de los mismos, tal y como establece expresamente el artículo 3.2 de dicha ley. En consecuencia, el hecho de que pudiera estimarse que la parte demandada ha infringido la prohibición de competencia societaria en absoluto supone que necesariamente hubiese que censurar su comportamiento desde el punto de vista de la competencia desleal.

La prohibición de competencia de la que aquí estamos tratando es una manifestación del deber de lealtad que incumbe a todo administrador de una sociedad para con ésta. Como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2008, la prohibición de concurrencia constituye una obligación negativa y además relativa en tanto que: *"solo cesa cuando la junta general, conociendo las actividades competitivas del administrador, autorice expresamente a ejercerlas, por lo que incurre en su vulneración el administrador que sin tener la autorización requerida vulnera la prohibición"*.

Añade la meritada sentencia que esta norma prohibitiva tiene su fundamento en el sustrato ético que debe presidir las relaciones económicas ante la existencia de una situación de incompatibilidad y se trata de proteger a la sociedad del daño que puede suponer a la sociedad esa situación de conflicto, que ha de ser un riesgo serio y consistente, ya sea actual o potencial, por lo que no es necesario acreditar que haya producido beneficio en otras empresas o personas.

Por su parte, la sentencia de la Sala 1ª del TS de 26 de diciembre de 2012, con cita de la anterior, precisa, que: *"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."*

En el caso que nos ocupa nunca se sometió a la junta general de la entidad MARTÍN BAZ SL una solicitud de autorización para que quien era administrador de la misma, D. Florian , pudiera compatibilizar el desempeño de tal cargo con el ejercicio del comercio por cuenta propia en el mismo ramo comercial (zapatería) en otro local de modo ajeno al de la referida sociedad.

**CUARTO.-** Una perspectiva a considerar es si podría entenderse que habría mediado una suerte de otorgamiento de consentimiento tácito por parte del resto de los socios a esa compatibilidad y si ello resultaría oponible a la pretensión de la parte demandante que persigue cesar al administrador social por no haber obtenido la autorización de la junta general de la entidad MARTÍN BAZ SL.

Es cierto que no consta que durante un cierto período de tiempo ninguno de los socios opusiese nada al desarrollo de una paralela actividad a la societaria por parte de D. Florian . Es difícil pensar que pudieran no ser conocedores de tal situación, dada la relación familiar existente entre todos ellos. Ahora bien, lo que está fuera de duda es que la obligación legal de someter al criterio de la junta general la tolerabilidad de una situación de esta índole pesaba sobre D. Florian , que, sin embargo, se abstuvo de hacerlo. Pues bien, el Tribunal Supremo exige, como ya hemos señalado antes, que deba ser expresa (porque así lo dispone de manera explícita el precepto legal) la autorización de la junta general para que pueda quedar liberado el administrador societario de la prohibición de competencia. Rechaza, con ello, que pueda admitirse una autorización tácita derivada del conocimiento que los socios puedan haber tenido de la actividad desarrollada por los administradores (así resulta de lo expuesto en la sentencia de la Sala 1ª del TS de 26 de diciembre de 2012 ). No cabe, pues, que la parte demandada pretenda parapetarse en la existencia de una autorización tácita por parte de los otros socios, entre los que habría que incluir en un momento determinado a la parte demandante, para obrar del modo en el que lo hizo.

**QUINTO.-** La parte recurrente aduce que la parte actora habría incurrido en una infracción de la doctrina de los actos propios. Sin embargo, ni estamos ante precedentes actos concluyentes de la parte demandante que puedan resultar incompatibles con el posterior planteamiento de su demanda, ni tampoco ante una indiscutida situación sostenida en el tiempo que nadie hubiera querido discutir antes y sobre la que se polemizase ahora por motivaciones espurias.

Aunque la sociedad MARTÍN BAZ SL tiene una historia que se remonta al año 1992, la parte demandante (Dª. Josefina y su hijo), según se reconoció en la contestación a la demanda, no pasó a ostentar su efectiva condición de socia de MARTÍN BAZ SL sino a partir de mediados de 2008 (antes la relación societaria se entendía, en lo que respecta a ese 48,30 % del capital social, con D. Jenaro ). Ciertamente es que era entonces D. Florian uno de los miembros del órgano solidario de administración y que compatibilizaba su actividad societaria con la particular. Ahora bien, con posterioridad, tal como consta en la documentación incorporada a las actuaciones procesales, la situación jurídica de la administración social no ha sido lineal, pues en la junta de 28 de julio de 2010 se le revocó el cargo a aquél y se designó en su lugar como nueva administradora única a Dª Maribel y ello por unanimidad, es decir, con el voto a favor de la parte aquí demandante. D. Florian no volvió a ser designado como administrador social sino hasta la junta de 1 de julio de 2011 y ello sin contar, entonces, con el respaldo del voto a favor de la parte demandante. La situación jurídica resulta compleja, pues se entrecruzaron en ese período una designación para el desempeño del cargo a favor de otra persona, cuya inscripción en el Registro Mercantil no tiene carácter constitutivo, con una modificación estatutaria del sistema de administración que, a efectos de tercero, pero no necesariamente inter partes, sí la tendría. En cualquier caso, a la hora de evaluar la situación, consideramos incuestionable que se produjo una ruptura del estatus quo durante ese lapso temporal que desembocó en la innovación que supuso la posterior designación de D. Florian como administrador único, que nunca había desempeñado ese nuevo cargo hasta entonces. Esto impide que pueda hablarse de una situación de pacífica continuidad en la designación de la persona que, a partir de entonces, de modo ya exclusivo, debería desempeñar la administración social.

El nombramiento de D. Florian como administrador único de MARTÍN BAZ SL, en la junta de 1 de julio de 2011, conllevó un escenario novedoso ante el que los socios Dª. Josefina y su hijo, que habían participado en un acuerdo anterior para suplir a aquél, estaban en su derecho de reaccionar, con la interposición de su demanda en octubre de 2012, para cuestionar el intento de consolidar una coyuntura con la que no estaban de acuerdo. No se aplica aquí el plazo previsto para la impugnación del acuerdo social, pues no es éste el que se discutía. Lo que se ha exigido con la acción aquí ejercitada es que se desencadenasen las consecuencias previstas en la ley para la incursión del administrador en una posición que resultaba irrespetuosa con la legalidad vigente y que nunca fue regularizada.



**SEXTO.-** La recurrente reprocha a la contraparte haber incurrido con la presentación de su demanda en una actuación contraria al principio de buena fe (exigencia ésta impuesta por el artículo 7 del C. Civil). Apunta con ello a la invocación de la doctrina del abuso de derecho, sin tener en cuenta que la aplicación de la misma por parte de los tribunales ha de ser de índole excepcional. En ningún caso puede ser aducida, además, por quien es el responsable de una acción antijurídica (sentencias del TS de 15 de febrero de 2000 y 1 de febrero de 2006) que es lo que habría motivado la demanda.

Como ya hemos explicado resulta imputable al administrador social la vulneración de la prohibición de competencia que legalmente le viene impuesta. Se ha omitido la obtención de la preceptiva autorización social para poder excepcionar una clarísima prohibición legal. No se hizo en el inicio de vida social, cuando aquél era parte del órgano solidario de administración, pero tampoco, y eso es lo que ahora más nos interesa, cuando fue designado administrador único de la sociedad y quedaba entonces como único responsable de la gestión social. El hecho de que MARTÍN BAZ SL sea considerada como una entidad de sustrato familiar no releva al administrador social de tener que cumplir con todas las exigencias legales ni impide a otros socios, por más que puedan mediar relaciones de parentesco con aquél, exigirle que se atenga a ellas. No puede apreciarse que la parte demandante, en su legítima condición de socia, esté incurriendo en un abuso de su derecho cuando lo único que pide es que se aplique lo que específicamente prevé la ley para el caso de que la legalidad no hubiese sido respetada. De lo contrario se le estaría concediendo al administrador carta blanca para obrar en el futuro a sus anchas, obviando el someter su situación al control de la junta general, con lo que podría persistir "ad eternum" un escenario en contra de la legalidad.

**SÉPTIMO.-** Imponemos a la parte apelante las costas ocasionadas en la segunda instancia, tal como se deriva del nº 1 del artículo 398 de la LEC que debe hacerse en los casos de decisión desestimatoria del recurso de apelación.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso, este tribunal pronuncia el siguiente

## FALLO

1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de MARTÍN BAZ SL contra la sentencia dictada el 25 de mayo de 2015 por el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid en el seno del proceso nº 528/2012.

2º.- Imponemos a la parte apelante las costas ocasionadas en la segunda instancia.

Las partes tienen la posibilidad de interponer ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal contra la presente sentencia, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.