



Roj: **SAP B 8758/2018** - ECLI: **ES:APB:2018:8758**

Id Cendoj: **08019370152018100578**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **26/09/2018**

Nº de Recurso: **389/2018**

Nº de Resolución: **617/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

N.I.G.: 0801947120148002618

Recurso de apelación 389/2018-2ª

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 01 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 410/2014

Cuestiones.- Cese de administrador por incumplimiento de prohibición de competencia.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

ROLLO Nº 389/2018-2ª

JUICIO ORDINARIO Nº 410/2014

JUZGADO MERCANTIL 1 DE BARCELONA

SENTENCIA núm.617/2018

Ilmos. Sres. Magistrados

DON JUAN FRANCISCO GARNICA MARTÍN

DON JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

DON JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

En Barcelona, a veintiséis de septiembre de dos mil dieciocho.

Parte apelante: J.A.J., S.L. y Jose Enrique

-Letrado: Begoña Sanz Gómez

-Procurador: Antonio Para Martínez

Parte apelada: Alonso

-Letrado: Javier Solé Jiménez

-Procurador: Uriel Pesqueira Puyol

**Resolución recurrida:** Sentencia

-Fecha: 30 de junio de 2017

-Demandante: J.A.J., S.L. y Jose Enrique

-Demandada: Alonso y DIVERIS PUNT 10 S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

"Que debo desestimar y DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. ANTONIO PARA MARTÍNEZ, en nombre y representación de J.A.J., S.L. y D. Jose Enrique , frente a D. Alonso y DIVERIS PUNT 10, S.L.

Se condena a la parte actora al pago de las costas causadas en este proceso."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante. Dado traslado a la demandada, presentó escrito de oposición.

TERCERO.- Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 13 de septiembre de 2018.

Es ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Términos en los que aparece contextualizado el conflicto en esta instancia.

1. Los demandantes -la mercantil JAJ S.L. y Jose Enrique -, en su condición de accionistas de la sociedad DIVERIS PUNT 10 S.L. (en adelante, DIVERIS), interpusieron demanda solicitando el cese como administrador único de dicha sociedad de Alonso . Para contextualizar la controversia reproducimos a continuación la parte del relato de hechos probados recogido en la sentencia apelada que no se discute en esta instancia:

1.- *La sociedad DIVERIS PUNT 10, S.L. fue constituida el día 13 de abril de 2007, por D. Felix , en su propio nombre y en nombre y representación de IURIS ASSESSORS I GESTORS, S.L.*

2.- *La sociedad estaba administrada mancomunadamente por D. Jose Enrique y por el demandado Sr. Alonso , si bien con fecha de 10 de abril de 2008 se modificó la estructura del órgano de administración, cesando el Sr. Jose Enrique y designándose administrador único al Sr. Alonso .*

3.- *El capital social de DIVERIS PUNT 10, S.L. está dividido de la siguiente forma:*

- *J.A.J., S.L., ostenta el 49,63%.*

- *D. Jose Enrique , ostenta el 0,37%.*

- *PROMOCIONES JE 2081, S.L., ostenta el 50%.*

4.- *D. Alonso , es apoderado y administrador único de PROMOCIONES JE 2081, S.L. y de CONSTRUCCIONES y REFORMAS ETSYD 200 S.L.*

5.- *Tanto DIVERIS PUNT 10, S.L., como PROMOCIONES JE 2081, S.L y CONSTRUCCIONES y REFORMAS ETSYD 200 S.L., tienen por objeto social: La promoción y construcción.*

2. La parte actora alegó en la demanda que el demandado había incurrido en las prohibiciones contenidas en los artículos 228 , 229 y 230 de la Ley de Sociedades de Capital , por lo que debía ordenarse su cese con arreglo a lo previsto en el artículo 224 de la citada Ley . En concreto, en la demanda se enumeraban las siguientes actuaciones " merecedoras del cese" del demandado como administrador único (hecho tercero de la demanda): (i) la falta de convocatoria de las juntas ordinarias de los ejercicios 2009 a 2012; (ii) el haber incurrido en conflicto de intereses por ser administrador de dos sociedades - PROMOCIONES JE 2081 S.L. y CONSTRUCCIONES Y REFORMAS ETSYD 200 S.L. (en adelante, ETSYD)- con el mismo objeto social que DIVERIS; (iii) el haber incurrido en prohibición de competencia al haber encomendado a ETSYD la ejecución de la obra del edificio del PASAJE000 NUM000 de Barcelona, que promovió DIVERIS; y (iv) haber descapitalizado la sociedad como consecuencia del acuerdo alcanzado en el procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia 52 de Barcelona contra CATALUNYA BANC.



3. El demandado se opuso a la demanda alegando, en síntesis, que la falta de convocatoria de juntas no es motivo legal para el cese como administrador y que la parte actora conocía que el demandado era administrador único de PROMOCIONES JE 2081 S.L. y de ETSYD, dado que los socios llegaron al acuerdo de que la demandante aportaba el solar y el demandado, a través de ETSYD, acometería la construcción de la obra. Por otro lado, rechazó que el acuerdo transaccional alcanzado con CATALUNYA BANC contribuyera a la descapitalización de la sociedad.

4. La sentencia de instancia, tras analizar el marco jurídico aplicable, descarta que la falta de convocatoria de juntas generales ordinarias pueda justificar el cese del administrador de la compañía. También rechaza que el demandado hubiera incurrido en la prohibición de competencia, dado que las sociedades de las que es administrador ya desarrollaban su actividad al tiempo de constituirse DIVERIS. En este sentido, PROMOCIONES JE 2081 es titular del 50% del capital social de DIVERIS, extremo conocido por la actora. En definitiva, la situación fue tolerada por los accionistas, por lo que la sentencia concluye que la parte actora infringe la doctrina de los actos propios.

5. La sentencia es recurrida por la parte demandante, que insiste en los mismos argumentos esgrimidos en la demanda. En cuanto a la prohibición de competencia (único extremo en el que se centra el recurso), el recurrente admite que conocía la actividad del demandado como constructor y que, por tal motivo, pactó con él que JAJ S.L. aportaría el solar y que aquél se encargaría de la construcción. Rechaza, por el contrario, que la demandante conociera que el Sr. Alonso fuera administrador de dos sociedades constructoras y que ETSYD se encargara de la construcción.

6. La parte demandada se opone al recurso y solicita que se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.

SEGUNDO.- Cese de administrador por infracción de la prohibición de competencia.

7. El art. 230 TRLSC, en su redacción aplicable al presente caso por razones de índole temporal, bajo el título "Prohibición de competencia", establece lo siguiente:

"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".

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

8. Hemos interpretado en anteriores resoluciones (Sentencia de 9 de diciembre de 2014, ECLI: ES:APB:2014:11171) que para la estimación de la acción de separación judicial del administrador, de conformidad con el art. 65 LSRL, y actual art. 230 TRLS, no se requiere la acreditación de una conducta desleal de captación de clientela o de la comisión de actos desleales por desvío de las oportunidades de negocio a una empresa competidora, en definitiva de un perjuicio actual a la sociedad. Se trata de acreditar el supuesto de hecho que la norma tipifica y que se integra por las siguientes circunstancias de hecho:

a) que el demandado sea administrador de una sociedad de responsabilidad limitada;

b) que al mismo tiempo se "dedique" por cuenta propia o ajena (sin necesidad de ostentar el cargo de administrador) al "mismo, análogo o complementario género de actividad" que constituya el objeto social de la sociedad que administra; y

c) que no haya sido autorizado a tales específicos efectos de forma expresa por la junta general.

9. En ello se traduce la "prohibición de competencia" que establece el precepto, y la consecuencia es que, si se dan estas circunstancias, cualquier socio puede solicitar del juez el cese del administrador.

10. No es necesaria, por tanto, la demostración de que esa "conurrencia", según es definida por el precepto, ha ocasionado un resultado competencial en sentido económico, es decir, que en el conflicto descrito por la norma el administrador ha sacrificado efectivamente el interés de la sociedad que administra en beneficio de terceros, a consecuencia de su dedicación al mismo, análogo o complementario género de actividad.

11. Entendemos que así lo confirma la STS de 5 de diciembre de 2008, de la que destacamos los siguientes pasajes:

- La prohibición del artículo 65 LSRL, 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 , RJ 1998/6608), pues la Ley ha querido revestir de un especial rigor a esta prohibición (STS de 6 de marzo de 2000 , RJ 2000/1205).

- La normativa legal se inspira en el daño que pueda sufrir la sociedad, el cual ha de tratarse de un riesgo serio y consistente que puede ser actual o potencial y no exige la demostración de un beneficio efectivo en otras empresas o en otras personas (STS 12 de junio de 2008 , RJ 2008/3221).

- El daño que origina la actividad competitiva no se funda en su carácter actual y efectivo, sino en que sea real y consistente y se origine por una contraposición de intereses, valorada a tenor de las circunstancias del caso (STS de 28 de junio de 1982 , RJ 1982, 3445).

- (...) *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.*

12. La STS 26 de diciembre de 2012 introduce un matiz relevante a la anterior doctrina jurídica al advertir 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. 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.

TERCERO.- Aplicación del marco legal al presente caso. Infracción de la doctrina de los actos propios.

13. Como hemos adelantado, aunque en la demanda se mencionan otras conductas que, al entender de la actora, también deben llevar aparejada la separación del demandado de su cargo de administrador, como la falta de convocatoria de juntas generales ordinarias o la descapitalización de la sociedad como consecuencia del acuerdo transaccional alcanzado en un procedimiento judicial seguido ante el Juzgado de Primera Instancia 32 de Barcelona, en el recurso la apelante se centra en la infracción de la prohibición de competencia. En cualquier caso, como bien indica la sentencia apelada, la falta de convocatoria de juntas ordinarias no conlleva el cese del administrador; bastará con que el socio inste la convocatoria judicial. Y respecto a la supuesta descapitalización de la sociedad como consecuencia de una transacción que la actora tildó en la demanda como perjudicial, nada se ha acreditado en ese sentido.

14. Limitaremos nuestro análisis, por tanto, a aquello que contempla el artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital como causa de separación del administrador, esto es, la prohibición que alcanza al administrador de dedicarse al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto de la sociedad. La quiebra de esa prohibición legal se concreta en la demanda en el hecho de ser el demandado administrador único de dos sociedades (PROMOCIONES JE 2081, S.L y CONSTRUCCIONES y REFORMAS ETSYD 200 S.L.) que tienen el mismo objeto social que DIVERIS, y en el hecho de haber encomendado la obra del edificio del PASAJE000 NUM000 de Barcelona a una de ellas (ETSYD). No es controvertido esa identidad de objetos sociales. Tampoco que el demandado las gestiona directamente. Ello no obstante, la sentencia apelada descarta que se dé la situación que regula el artículo 230 de la LSC al concluir que los actores conocieron y consintieron dicha situación concurrencial, conclusión que compartimos plenamente.

15. Es cierto que la autorización de la junta para que el administrador pueda quedar liberado de la prohibición de competencia ha de ser expresa. Ahora bien, en el presente caso, aunque no medió esa autorización formal de la junta general, de la prueba practicada en primera instancia se desprende que los socios, al adquirir el 100% de las participaciones sociales de DIVERIS, convinieron que JAJ S.L., propiedad de Segundo (titular, junto con el hijo del Sr. Segundo , del 50% de las participaciones), aportaría el solar en el que se desarrollaría la promoción, que estaba gravado con una hipoteca, y que el Sr. Alonso , por medio de alguna de sus sociedades constructoras, se encargaría de la construcción. De hecho, en el contrato de compraventa de participaciones sociales, de fecha 22 de mayo de 2007 (documento seis de la demanda, al folio 73), firmado por los Sres. Segundo y Alonso , este compareció en representación de PROMOCIONES JE 2081 S.L.

16. Ese acuerdo fue admitido por el Sr. Jose Enrique , representante de JAJ S.L., en el interrogatorio de parte. De este modo, a preguntas del letrado de la parte demandada, reconoció que conocía al Sr. Alonso de otras obras y que participaba en distintas sociedades; que los dos socios pactaron que el Sr. Jose Enrique aportaría el solar y que el Sr. Alonso se encargaría de la construcción; y que para llevarla a cabo podría recurrir a cualquiera de sus empresas (minuto 13). Añadió, por otro lado, que DIVERIS no tenía trabajadores, por cuanto los empleados los aportaba la constructora (minuto 16).



17. En definitiva, la participación del demandado como administrador en dos sociedades constructoras no sólo fue conocida y tolerada por los demandantes, sino que la contratación de una constructora de la órbita del Sr. Alonso (ETSYD) para llevar a cabo la construcción del edificio del PASAJE000 NUM000 de Barcelona formó parte del acuerdo de los socios al adquirir las participaciones sociales. Prueba de que en la contratación de ETSYD, como empresa administrada por el demandado, intervinieron ambos socios, es que el presupuesto de ejecución de los trabajos fue realizado por dicha sociedad cuando todavía el Sr. Jose Enrique ostentaba el cargo de administrador mancomunado de DIVERIS (documento 11 de la demanda, al folio 169).

18. Al igual que la sentencia apelada, entendemos que la petición de cese como administrador que se efectúa en la demanda es contraria al principio de la buena fe y vulnera la doctrina de los actos propios. La Sentencia del TS de 3 de diciembre de 2013 sintetiza la jurisprudencia sobre los actos propios, que referencia en la protección de la buena fe y la confianza. Recuerda que no todo acto está sujeto a este principio, pues para poder estimar que se ha infringido la doctrina de los actos propios, que encuentra su apoyo legal en el art. 7.1 CC, ha de haberse probado quebranto del deber de coherencia en los comportamientos, mediante actos propios que han de ser inequívocos y perfectamente delimitados, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir, sin ninguna duda, una precisada situación jurídica afectante a su autor, de manera que sean incompatibles o contradictorios con la conducta precedente. La contratación de una sociedad constructora administrada por el demandado fue auspiciada y acordada por todos los socios, también por los demandantes, por lo que no pueden pretender ahora el cese del Sr. Alonso como administrador con fundamento en dicho acuerdo.

En consecuencia, desestimamos el recurso y confirmamos la sentencia apelada.

CUARTO.- Costas procesales.

19. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se imponen las costas del recurso al apelante.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de J.A.J., S.L. y Jose Enrique contra la sentencia de 30 de junio de 2017, que confirmamos, condenando a la recurrente al pago de las costas del recurso.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.