



Roj: **STS 8863/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:8863**

Id Cendoj: **28079110012012100756**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/12/2012**

Nº de Recurso: **1017/2010**

Nº de Resolución: **781/2012**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 2554/2010,**
STS 8863/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Diciembre de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid.

El recurso fue interpuesto por las entidades Emepa Treze, S.L. y Ediges, S.L., representadas por el procurador D. Carlos José Navarro Gutiérrez.

Es parte recurrida la entidad Proyecto Alvargómez, S.L., representada por la procuradora Dª. Carmen Lorenci Escarpa.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. El procurador D. Carlos José Navarro Gutiérrez, en nombre y representación de las entidades Emepa Treze, S.L. y Ediges, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid, contra la entidad Proyecto Alvargómez, S.L., para que se dictase sentencia:

"por la que estimando dichas pretensiones se declare:

1.- La nulidad de los acuerdos sociales adoptados en la Junta General Ordinaria de Socios de la mercantil demandada, Proyecto Alvargómez, S.L. celebrada el día 29 de junio de 2005, consistentes en:

- El examen y aprobación de las cuentas anuales, memoria, balance, cuenta de pérdidas y ganancias e informe de auditoría correspondientes al ejercicio 2004.

- La aprobación de la gestión del órgano de administración durante el ejercicio 2004.

2.- La nulidad del acuerdo social adoptado en la Junta General Extraordinaria de Socios de la mercantil demandada, Proyecto Alvargómez, S.L. celebrada el día 19 de octubre de 2005, consistente en:

- La autorización al órgano de administración de la sociedad para el ejercicio, por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad que constituye el objeto social de "Proyecto Alvargómez, S.L."

3.- El cese de los administradores mancomunados de la mercantil Proyecto Alvargómez, S.L., D. Benedicto , D. Ernesto y D. Isaac , por dedicarse, por cuenta propia o ajena al mismo, análogo o complementario género



de actividad que constituye el objeto social de Proyecto Alvargómez, S.L. sin contar con la autorización expresa de la sociedad.

4.- La condena de la mercantil demandada al pago de las costas procesales causadas en la instancia."

2. La procuradora D^a. Carmen Lorenci Escarpa, en representación de la entidad Proyecto Alvargómez, S.L., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que desestimando totalmente las pretensiones de "Emepa Treze, S.L." y "Ediges, S.L." contra "Proyecto Alvargómez, S.L." declare no haber lugar a la nulidad de los acuerdos societarios impugnados adoptados en la Junta General Ordinaria de socios de 29 de junio de 2005 y en la Junta General Extraordinaria de socios de 19 de octubre de 2005, y declare no haber lugar al cese de los administradores mancomunados de la sociedad, imponiéndose expresamente a la parte actora las costas causadas al ser evidente su mala fe y temeridad en el planteamiento de la demanda."

3. El Juez de lo Mercantil núm. 3 de Madrid, dictó Sentencia con fecha 15 de octubre de 2008, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que con estimación parcial de la demanda presentada por la representación procesal de las sociedades mercantiles Emepa Treze, S.L. y Ediges S.L. contra la entidad mercantil Proyecto Alvargómez, S.L., debo declarar y declaro:

La nulidad del acuerdo social adoptado en la junta general extraordinario de socios de la mercantil demandada Proyecto Alvargómez, S.L., celebrada el día 19 de octubre de 2005, por vulnerar el deber de abstención en el derecho de voto del art. 52.1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ordenando el cese de los administradores mancomunados de la mercantil demandada, Proyecto Alvargómez, S.L., por incurrir en la prohibición de competencia prevista en el art. 65 del mismo texto legal, de las sociedades de las cuales son igualmente administradores, coincidiendo el objeto social con su actividad, sin ostentar autorización expresa de la sociedad y declarar la validez, por haberse realizado conforme a Derecho, de la Junta general ordinaria de socios de la mercantil demandada, Proyectos Alvargómez, S.L., celebrado el día 29 de junio de 2005, y de los acuerdos sociales en ella adoptados, consistentes en el examen y aprobación de las cuentas anuales, memoria, balance, cuenta de pérdidas y ganancias e informe de auditoría correspondiente al ejercicio de 2004 y la aprobación de la gestión del órgano de administración durante el ejercicio 2004.

No procede hacer especial pronunciamiento en materia de costas procesales al haberse estimado parcialmente la demanda interpuesta por las actoras."

Tramitación en segunda instancia

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de las entidades actoras, Emepa Treze, S.L. y Ediges, S.L., y la entidad demandada Proyecto Alvargómez, S.L.

La resolución de este recurso correspondiente a la sección 28^a de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Sentencia de fecha 12 de febrero de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO: La Sala acuerda:

1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Emepa Treze, S.L. y Ediges, S.L. y estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Proyecto Alvargómez, S.L. contra la sentencia dictada el 15 de octubre de 2008 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid en el procedimiento ordinario núm. 308/06 del que este rollo dimana.

2.- Revocar parcialmente la mencionada resolución para desestimar íntegramente la demanda inicial del procedimiento absolviendo a la demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra y con expresa imposición de las costas causadas en primera instancia a las entidades actoras Emepa Treze, S.L. y Ediges, S.L.

3.- Imponer a las referidas entidades las costas causadas en su recurso y sin hacer expresa imposición de las causadas en el recurso de Proyecto Alvargómez, S.L."

Interposición y tramitación del recurso de casación

5. El procurador D. Carlos José Navarro Gutiérrez, en representación de las entidades Emepa Treze, S.L. y Ediges, S.L., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28^a.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1ª) Infracción del art. 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de la jurisprudencia interpretativa de esa norma, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2008, 11



de abril de 2007 y en contra de la doctrina jurisprudencial de los actos propios, contenida en las sentencias de la Sala de 21 de octubre de 1919, 2 de diciembre de 1928 y 7 de julio de 1929.

2ª) Infracción de los arts. 65 , 52.1 y 53 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de la jurisprudencia contenida en las sentencias de 5 de diciembre de 2008 , 11 de abril de 2007 y 21 de julio de 2006 . "

6. Por Providencia de fecha 27 de mayo de 2010, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente las entidades Emepa Treze, S.L. y Ediges, S.L., representadas por el procurador D. Carlos José Navarro Gutiérrez; y como parte recurrida la entidad Proyecto Alvargómez, S.L., representada por la procuradora Dª. Carmen Lorenci Escarpa.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 25 de enero de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "EMEPA TRECE, S.L." y "EDIGES, S.L.", contra la Sentencia dictada, en fecha 12 de febrero de 2010, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), en el rollo nº 228/2009 , dimanante del juicio ordinario nº 308/2006, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid."

9. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Proyecto Alvargómez, S.L., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

10. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 29 de noviembre de 2012, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1. La sociedad Proyecto Alvargómez, S.L. fue constituida en el año 1997 por Lijer, S.A., Algupenta, S.L., José García Navas, S.A., Aferal, S.L., Ediges, S.L. y Emepa Treze, S.L. Su objeto social es: la promoción, alquiler y compraventa de edificaciones de todo tipo; la construcción, reparación y conservación de edificaciones, incluso de viviendas de protección social; y la promoción de suelo urbano o urbanizable y la compraventa de valores mobiliarios por cuenta propia.

La junta de socios de Proyecto Alvargómez, S.L. celebrada el día 10 de marzo de 2003 nombró administradores mancomunados a Benedicto , Ernesto y Isaac .

Benedicto es, a su vez, administrador de Aferal, S.L., sociedad que es titular de participaciones que representan el 16,66% del capital social de Proyecto Alvargómez, S.L.

Ernesto es, a su vez, administrador de José García Navas, S.L., sociedad que es titular de participaciones que representan el 16,66% del capital social de Proyecto Alvargómez, S.L.

Y Isaac es, a su vez, administrador de Algupenta, S.L., sociedad que es titular de participaciones que representan el 16,66% del capital social de Proyecto Alvargómez, S.L.

2. Las dos sociedades actoras, Emepa Treze, S.L. y Ediges, S.L., son titulares de las participaciones que representan el 33,33% del capital social de la sociedad Proyecto Alvargómez, S.L. En su demanda, las actoras acumularon tres acciones.

En primer lugar, impugnaron los acuerdos adoptados en la junta general ordinaria de la sociedad Proyecto Alvargómez, S.L., celebrada el día 29 de junio de 2005, sobre aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2004 y de la gestión social de los administradores, por violación del derecho de información de los socios actores.

La segunda acción era de impugnación del acuerdo adoptado por la junta de la sociedad Proyecto Alvargómez, S.L., celebrada el día 19 de octubre de 2005, por el que se autorizaba a los administradores de la sociedad para que pudieran ejercitar, por cuenta propia o ajena, el mismo, análogo o complementario género de actividad que constituía el objeto social de Proyecto Alvargómez, S.L. El motivo de la impugnación era que se había vulnerado el deber de abstención en el ejercicio del derecho de voto previsto en el art. 52.1 LSRL

Y por medio de la tercera acción, la demanda pretendía el cese de los tres administradores mancomunados de Proyecto Alvargómez, S.L. (Benedicto , Ernesto y Isaac), por dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo,



análogo o complementario género de actividad que constituye el objeto social de Proyecto Alvargómez, S.L., sin contar con la preceptiva autorización expresa de la sociedad, de conformidad con el apartado segundo del art. 65 LSRL .

3. La sentencia dictada en primera instancia desestimó la primera acción, de impugnación de los acuerdos adoptados en la junta de 29 de junio de 2005, al no apreciar la vulneración del derecho de información de las dos socias actoras. Sin embargo, sí que estimó la impugnación del acuerdo adoptado en la junta de 19 de octubre de 2005, al entender que socias Aferal, S.L., José García Navas, S.L. y Algupenta, S.L. se veían afectadas por un conflicto de intereses en la adopción del acuerdo que autorizaba a los administradores a dedicarse a la misma o análoga actividad que constituía el objeto social de la compañía, y por ello deberían haberse abstenido de votar dicho acuerdo. También estima la pretensión de cese de estos tres administradores porque habían incurrido en la prohibición de competencia, sin que hubieran sido expresamente dispensados de ella por la junta de socios.

Esta sentencia fue recurrida por ambas partes. Las dos socias actoras recurrieron la desestimación de la acción de impugnación de los acuerdos adoptados en la junta de 29 de junio de 2005. Y los demandados recurrieron la declaración de nulidad del acuerdo de 19 de octubre de 2005 y el cese de los administradores mancomunados.

4. La sentencia dictada en apelación desestima el recurso de las actoras y confirma la desestimación de la acción de impugnación de los acuerdos adoptados en la junta de 29 de junio de 2005, al no existir ninguna infracción del derecho de información de las socias actoras. Este pronunciamiento ha resultado firme, y es ajeno al recurso de casación.

La Audiencia, sin embargo, estima el recurso de apelación de los demandados, y entiende que las socias Aferal, S.L., José García Navas, S.L. y Algupenta, S.L. no se veían afectados por ningún conflicto de intereses respecto de la autorización a los tres administradores mancomunados para desarrollar, por cuenta propia o ajena, la misma o análoga actividad que la que constituye el objeto social de Proyecto Alvargómez, S.L., que les impidiera votar el preceptivo acuerdo en la junta de socios. Consiguientemente, como el acuerdo que dispensaba de la prohibición de competencia adoptado por la junta de 19 de octubre de 2005 es válido, entiende que no concurre la justificación prevista en el art. 65.2 LSRL para que proceda el cese de los administradores.

5. Las dos socias actoras recurren en casación e invocan dos motivos que afectan a estos dos últimos pronunciamientos.

El primer motivo de casación afecta a la desestimación de la pretensión de cese de los administradores de la sociedad por haber incurrido en prohibición de competencia, ya que, según el recurso, la sentencia de apelación vulnera el art. 65 LSRL porque admite que la autorización que dispensa a los administradores de la prohibición de competencia puede ser tácita.

El segundo motivo de casación afecta a la desestimación de la impugnación del acuerdo adoptado por la junta de 19 de octubre de 2005, que autorizaba a los administradores a desarrollar, por cuenta propia o ajena, la misma o análoga actividad que la que constituye el objeto social de la compañía, porque la Audiencia, al no excluir del cómputo de los votos emitidos los correspondientes a los administradores afectados, ha vulnerado lo prescrito en los arts. 52.1 , 53 y 65 LSRL , y la jurisprudencia que los interpreta.

6. A la hora de resolver los dos únicos motivos de casación vamos a invertir el orden seguido por el recurrente, pues la respuesta que demos al segundo motivo determinará la procedente para el primero.

Conflicto de intereses para votar la autorización del art. 65.1 LSRL

7. Procede estimar el segundo motivo de casación por las razones que exponemos a continuación.

El art. 65.1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada , que resulta aplicable al caso, bajo la rúbrica "*prohibición de competencia*", prohíbe a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada "*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*".

En relación con la adopción de este acuerdo por la junta general, el art. 52.1 LSRL disponía que "*el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones (...) cuando, siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia ...*".



El acuerdo impugnado, adoptado en la junta general de Proyecto Alvargómez, S.L., celebrada el día 19 de octubre de 2005, autorizó expresamente a sus tres administradores (Benedicto , Ernesto y Isaac) desarrollar, por cuenta propia o ajena, la misma, análoga o complementaria actividad que constituye su objeto social.

Este acuerdo fue adoptado con el voto favorable, respecto de los tres administradores, de las socias Lijer, S.A., Aferal, S.L., José García Navas, S.L. y Algupenta, S.L. Concorre la circunstancia de que los tres administradores de Proyecto Alvargómez, S.L. (Benedicto , Ernesto y Isaac), eran respectivamente administradores de Aferal, S.L., José García Navas, S.L. y Algupenta, S.L., y en calidad de tales intervinieron en la votación que les dispensaba a ellos mismos de la prohibición de competencia.

Aunque, en principio, para que se de el conflicto de intereses que excluya el voto del socio es necesario que él sea el administrador al que se dispensa de la prohibición de competencia, puede extenderse también al supuesto en que el socio no interesado está representado en la junta por una persona que no es socio y sí resulta afectado por el acuerdo. Esto es, el deber de abstención es aplicable tanto si el conflicto de intereses existe respecto del socio como si existe respecto de la persona que ejercita en concreto el derecho de voto. Esta interpretación se extrae de la ratio de la norma (art. 52.1 LSRL), que pretende evitar el conflicto con el interés social que se ocasiona cuando en la votación que acuerda la dispensa al administrador de la prohibición de competencia, interviene el propio administrador afectado, ya sea porque es el socio que ejercita directamente el voto, ya sea porque actúa como representante del socio. Lo relevante es que no puede intervenir en una votación sobre un asunto (su dispensa como administrador de la prohibición de competencia), quien detenta el interés extrasocial en conflicto con el interés social.

En consecuencia, procede casar la sentencia y estimar la impugnación del acuerdo adoptado en la junta de 29 de junio de 2005, que dispensó a los tres administradores de la prohibición de competencia, porque dichos administradores debían haberse abstenido en la votación que les afectaba.

Cese del administrador afectado por la prohibición de competencia

8. La estimación del segundo motivo de casación determina la estimación del primer motivo, porque la ausencia de una autorización expresa a los administradores de la sociedad para desarrollar la misma, análoga o complementaria actividad que aquella constituye el objeto social, legitima a cualquier de los socios para pedir el cese de los administradores afectados por la prohibición del competencia.

Como recuerda la Sentencia 1166/2008, de 5 de diciembre , "(e)l artículo 65 LSRL , que exige la lealtad en el ejercicio del cargo de administrador (...), impone a los administradores, como obligación negativa, la prohibición de concurrencia, que sólo cesará 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".

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 la reseñada sentencia 1166/2008 , guiados por una interpretación rigurosa del art 65.1 LSRL , en atención a que la prohibición de competencia "tiene su fundamento en el sustrato ético que debe presidir las relaciones económicas", fijamos 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".

El efecto consiguiente a la prohibición de competencia es que el art. 65.2 LSRL legitima a cualquier socio para pedir al juez del domicilio de la sociedad el cese del administrador que haya infringido la prohibición.

En el presente caso, la sentencia recurrida rechazó esta pretensión de cese de los tres administradores porque habían sido autorizados expresamente por la junta general, mediante el acuerdo de 19 de octubre de 2005, para desarrollar, por cuenta propia o ajena, una actividad idéntica, análoga o complementaria a la que constituía el objeto social. Y de hecho, abordó la cuestión a renglón seguido de la desestimación de la acción de impugnación contra dicho acuerdo y, por lo tanto, como una consecuencia. Así se expresa la sentencia de apelación cuando afirma: "siendo válido el acuerdo, tampoco puede sostenerse la pretensión de cesar a dichos administradores con base en lo establecido en el art. 65 LSRL (...), al estar precisamente facultados por esa autorización expresa por el acuerdo que se declara válido...". Es por ello que si, finalmente, se estima la impugnación del acuerdo que dispensaba a los administradores de la prohibición de competencia, deja de



existir una autorización expresa, lo que determina la apreciación de la prohibición de competencia, sin que pueda admitirse, por las razones antes expuestas, una autorización tácita derivada del conocimiento que los socios tenían de la actividad desarrollada por los administradores.

Costas

9. Estimado el recurso de casación, no procede imponer las costas generadas por el recurso a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC).

La estimación del recurso de casación supone la desestimación del recurso de apelación, y la imposición de las costas generadas por el recurso de apelación a la parte apelante (art. 398.1 LEC).

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Emepa Treze, S.L. y Ediges, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) de 12 de febrero de 2010 (rollo de apelación núm. 228/2009), que había estimado, a su vez, el recurso de apelación formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid de 15 de octubre de 2008 (juicio ordinario núm. 308/2006). En su consecuencia, casamos la sentencia de apelación y en su lugar dictamos otra que desestima el recurso de apelación formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid de 15 de octubre de 2008 , con imposición de las costas generadas por el recurso de apelación a la parte apelante. No imponemos las costas de la casación a ninguna de las partes.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia de procedencia los autos originales y rollo de apelación remitidos, con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , 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.