



Roj: **SAP B 15003/2014 - ECLI:ES:APB:2014:15003**

Id Cendoj: **08019370152014100377**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **04/04/2014**

Nº de Recurso: **653/2012**

Nº de Resolución: **121/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JORDI LLUIS FORGAS FOLCH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 15003/2014,**  
**STS 359/2017**

## AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

Rollo núm. 653/2012-1ª

Juicio Ordinario núm. 1080/2009

Juzgado Mercantil núm. 1 Barcelona

**SENTENCIA núm. 121 / 2014**

Ilustrísimos Señores Magistrados:

D. LUÍS GARRIDO ESPA

D. JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

D. JORDI LLUÍS FORGAS FOLCH

En la ciudad de Barcelona, a 4 de Abril de dos mil trece.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número uno de esta ciudad, por virtud de demanda de Rafael y Ricardo contra **UNIVERSAL PANADERÍA Y BOLLERÍA SL**, pendientes en esta instancia al haber apelado ambas partes litigantes, la sentencia que dictó el referido Juzgado el diecinueve de marzo de dos mil doce.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor siguiente: FALLO: << *Que estimando parcialmente la demanda formulada por Rafael y Ricardo contra **UNIVERSAL PANADERÍA Y BOLLERÍA SL**, debo declarar y declaro la nulidad de los siguientes acuerdos: (i) Del acuerdo adoptado en ámbito del asunto cuarto del orden del día de la junta general de socios de 9 de noviembre de 2009 de la sociedad demandada por el que se denegaba la petición de los actores de dejar sin efecto el contrato de prestación de servicios suscrito con Alouco SLU y Gidatxa SL a cargo de la sociedad por haberse otorgado sin observancia de los requisitos legales y además ser de hecho una atribución innecesaria a favor del socio de control, requiriendo al Sr. Administrador y a tales sociedades para que procedan a devolver de las cantidades que hayan percibido aquéllas por dicho contrato, con reserva, además de las acciones que pudieran corresponder frente al administrador por los daños y perjuicios que ese contrato pudiera comportar" (f. 27 de del acta notarial de la junta doc. núm. 20 de la demanda) y sin que este juzgador se tenga por aprobado dicho acuerdo denegado por ser competencia de la junta y (ii) Del*



*acuerdo de dispensa de la prohibición de competencia del art 65 de la LSRL al administrador Jose María . No procede la declaración de nulidad y/o anulabilidad del resto de los acuerdos. No procede la codena en costas >>*

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Rafael , Ricardo y **UNIVERSAL PANADERÍA Y BOLLERÍA SL** representados los dos primeros por el procurador de los tribunales Jaume Romeu Soriano y asistido del letrado Martín Vallés Botey, y la parte demandada representada por el procurador de los tribunales Ignacio López Chocarro y asistida del letrado Fernando Labastida Nicolau. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día doce de junio pasado.

Actúa como ponente el magistrado Sr. D. JORDI LLUÍS FORGAS FOLCH.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.** Lo actores Rafael y Ricardo , en su condición de socios de **UNIVERSAL PANADERÍA Y BOLLERÍA SL** (en adelante UPB), pretenden que se dicte sentencia por la que: 1 ) *Declare la anulación, y subsidiariamente la nulidad, del Acuerdo, adoptado en la Junta General de Socios de 9 de noviembre de 2009 de la demandada, en el ámbito del Tercer asunto del Orden del Día de dicha Junta (3.- Modificación de los Estatutos Sociales o los efectos de incluir un nuevo artículo estatutario de sumisión a arbitraje de las cuestiones societarias litigiosas), por el que se incorporó un nuevo artículo (30) de los Estatutos Sociales de UNIVERSAL DE PANADERÍA Y BOLLERÍA. SL y con el siguiente tenor: Artículo 30 "Todas las cuestiones societarias litigiosas que se susciten entre la Sociedad y sus Administradores o socios, o entre aquéllos o éstos, éstos últimos entre sí, se someten al arbitraje institucional de derecho del TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA, encargándose de la designación de árbitros y administración del arbitraje de acuerdo con su reglamento. Se exceptúan de ésta sumisión aquellas cuestiones que estén fuera del poder de disposición de las partes." En consecuencia, se decretarán la ineficacia de tal disposición estatutaria, disponiendo lo necesario para su cancelación en el Registro Mercantil de Barcelona para el supuesto de que la misma causara inscripción.;* 2) *Declare la validez v eficacia de los Acuerdos Sociales 10 y 2o adoptados en el ámbito del Asunto Cuarto del Orden del Día (4.- información por el administrador del estado de situación de los contratos de prestación de servicios a cargo de la sociedad así como los contratos de préstamo concedidos por Lat 53 BV. Adopción de los acuerdos que correspondan) de la Junta General de Socios de 9 de noviembre de 2009 de UNIVERSAL DE PANADERÍA Y BOLLERÍA, SL, junto con todos aquellos pronunciamientos y declaraciones que fueran menester para su eficacia y exigibilidad, y que rezan como sigue: 1o.- Dejar sin efecto los contratos de préstamos concedidos por la filial LAT 53, BV Alouco, S.L.U. ya Gidatxa, S.L., requiriendo a los prestatarios procedan de inmediato a la devolución del principal dispuesto más los intereses convenidos con dichas entidades y, además, aquella cantidad que se determine en concepto de perjuicio por un experto independiente.;* 2o.- *Dejar sin efecto el contrato de prestación de servicios suscrito con Alouco, S.L.U y Gidatxa, S.L, a cargo de la Sociedad, por haberse otorgado sin observancia de los requisitos legales y, además, ser de hecho una atribución innecesaria a favor del socio de control, requiriendo al Sr. Administrador y a tales Sociedades para que procedan a la devolución inmediata de las cantidades que hayan percibido aquéllas por dicho contrato, con reserva, además, de las acciones que pudieran corresponder frente al Sr. Administrador por los daños y perjuicios que ese contrato pueda comportar.;* 3) *Declare la nulidad del Orden del Día (dispensa de la prohibición de competencia del administrador) de la Junta General de Socios de 9 de noviembre de 2009 de UNIVERSAL DE PANADERÍA Y BOLLERÍA, SL; declarándolo ineficaz e inválido, junto con todos aquellos pronunciamientos y declaraciones que fueran menester, en particular la vigencia respecto de la Sociedad de lo dispuesto en el art. 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada " .*

**SEGUNDO.** La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y declaró la nulidad del acuerdo adoptado en el ámbito del asunto cuarto del orden del día de la junta general de socios de 9 de noviembre de 2009 de la sociedad demandada por el que se denegaba la petición de los actores de dejar sin efecto el contrato de prestación de servicios suscrito con Alouco SLU y Gidatxa SL a cargo de la sociedad así como el acuerdo de dispensa de la prohibición de competencia del art 65 de la LSRL al administrador Jose María . Frente a ese pronunciamiento se alzan los dos actores para interesar con su recurso de apelación la estimación íntegra de sus pretensiones así como la parte demandada para desestimar la totalidad de las impugnaciones deducidas contra los referidos acuerdos aprobados en la mentada junta de socios.

**TERCERO.** Como hemos señalado los actores impugnaron la adopción del acuerdo en la mencionada junta por el que se modificaba el art. 30 de los estatutos sociales de la demandada. En él se establecía que " *Todas las cuestiones societarias litigiosas que se susciten entre la Sociedad y sus Administradores o socios, o entre aquéllos o éstos, éstos últimos entre sí, se someten al arbitraje institucional de derecho del TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA, encargándose de la designación de árbitros y administración del arbitraje de acuerdo con su*



*reglamento. Se exceptúan de ésta sumisión aquellas cuestiones que estén fuera del poder de disposición de las partes."*

La STC núm. 9/2005, declara que el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del Ordenamiento. La CE, según el Tribunal Constitucional, sólo proyecta sus garantías sobre aquellas fases del procedimiento arbitral y aquellas actuaciones para las cuales la Ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado; entre las más relevantes, la intervención en la designación de los árbitros, la acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo.

La STS de 18 de abril 1998, por otro lado, reconoció la posibilidad indudable " *de incluir una cláusula de convenio arbitral en los estatutos de una sociedad mercantil, los cuales quedan integrados en el contrato, (...) pese a que en los últimos tiempos, ciertas posiciones doctrinales lo han discutido* ". No son motivos para excluir el arbitraje en ni el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni lo era el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje.

Cuando la cláusula arbitral se incluya ( *ab initio* o *a posteriori* ) en los estatutos sociales se convierte en una norma de autogobierno de la sociedad y sus socios en sus relaciones recíprocas, por lo que vincula a la propia sociedad, a los socios presentes y futuros, así como a los administradores.

La reforma de la Ley de Arbitraje, operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, señala en su art. 11 bis bajo el título " *Arbitraje estatutario* " señala que " :1º. *Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. 2º. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social* ". En este precepto no se hace referencia expresa a la cláusula incluida en los estatutos fundacionales, sino en su modificación (art. 11.bis. 2), por acuerdo social, para exigir la mayoría cualificada de dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o participaciones en que se dividía el capital social.

En este caso, la cláusula deja de tener naturaleza contractual para devenir la propia del acuerdo social adoptado por el órgano competente de la sociedad (la Junta general, art. 160.c) de la Ley de Sociedades de Capital ), en virtud del principio mayoritario que rige el funcionamiento de estos órganos colegiados, y que se impone a todos los socios, incluso a los disidentes y a los ausentes (art. 159 LSC).

En nuestro caso, el acuerdo de modificación de estatutos por el que se incluía una cláusula de compromiso arbitral pudo haber sido aprobado por la mitad más uno del capital social y, sin embargo, se aprobó con la mayoría reforzada que ahora establece el art. 11 bis de la Ley de Arbitraje. Si bien este artículo no resulta de aplicación al caso de autos al haber entrado en vigor en 10 de junio de 2011, no deja por ello de ser un referente a tener en cuenta ante la ausencia de regulación positiva expresa en ese aspecto.

La introducción de una cláusula de sumisión a arbitraje constituye una modificación estatutaria que no presenta diferencias con cualesquiera otras modificaciones de estatutos y, en este sentido, debe recordarse que las sociedades anónimas ( art.93.2 LSA ) y las de responsabilidad limitada ( art.43.2 LSRL ), como hoy en día las sociedades de capital, se rigen, inexorablemente por el principio de mayoría, esto es, los socios están sujetos a las decisiones de la mayoría.

Ello es lo que, antes de la citada reforma de la Ley de Arbitraje, legitimaba la introducción de una cláusula arbitral mediante el sistema de modificación estatutaria, argumento que se refuerza en el caso de autos en el hecho que la decisión se adoptó por mayoría muy cualificada. La voluntad social de la mayoría es la voluntad a la que se refiere el art. 9 de la Ley de Arbitraje pues, tras su referida reforma, el contenido del art. 9 sigue siendo el mismo y la vigente Ley de Arbitraje no exige la unanimidad, por lo que la integración del referido art. 9 debe hacerse con esa consideración.

Anudado a todo lo anteriormente dicho, e invirtiendo el orden en que expuso en el recurso de apelación, debe situarse la pretensión de nulidad de acuerdo de sumisión a arbitraje que refiere la parte apelante. Se alude en ella a la STS de 9 de julio de 2007 ; no obstante, diversamente a lo que señalan los demandantes, en ella lo único que se indica es que a unos socios (uno discrepante y otros dos separados de su condición) no se les podía oponer la cláusula de sumisión a arbitraje [ "*La conclusión a que debe llegarse es que la modificación de los estatutos de una sociedad que comporte una sumisión a arbitraje para resolución de los conflictos sociales o una ampliación de su ámbito objetivo, en cuanto comporta una forma de restricción o limitación del derecho a la tutela judicial efectiva que puede hacerse valer por la vía del amparo, según la jurisprudencia constitucional que acaba de exponerse, exige el requisito de la aceptación de los afectados. En el caso examinado resulta evidente que la cláusula arbitral se adoptó sin el consentimiento de los demandantes, dos de los cuales habían*



*sido excluidos como socios y otro votó en contra, por lo que frente a ellos no puede ser opuesta con buen éxito la excepción correspondiente, pues la cláusula arbitral que habían aceptado es la contenida en los estatutos originarios, la cual expresamente excluía la impugnación de los acuerdos sociales ..*"], lo que es diferente a entender que dicha cláusula es nula por contravenir el ordenamiento jurídico, que es lo que, en definitiva, justifica la acción de impugnación de ese acuerdo social por nulidad emprendida por los demandantes. No se extrae de esa sentencia, como se alega en el recurso de apelación, que el acuerdo de sumisión a arbitraje exija el consentimiento de los afectados (debe entenderse de todos los afectados, es decir, de todos los socios) porque así lo exige el art. 9 LSA y porque es un imperativo constitucional ( art.24 CE ). No se advierte de la referida STS esa última exigencia ni, por lo dicho anteriormente en este mismo fundamento, se desprende de la Ley de Arbitraje. Añade la parte apelante que, en el caso, la cláusula de arbitraje se impone en contra de la voluntad explícitamente declarada de dos de los tres socios. No solo ello fue así sino con esa argumentación obvia la parte recurrente que lo más importante en una sociedad de capital no son el número de socios sino la proporción del capital social que el mismo representen.

En cuanto a la anulabilidad de la referida cláusula arbitral se alega que la cláusula de arbitraje es un ardid con la exclusiva finalidad de obstaculizar inminentes demandas de los socios minoritarios. Este argumento no puede ser acogido. Con él sería ineficaz cualquier cláusula de arbitraje adoptada, en modificación estatutaria, sin unanimidad. Hemos visto que no es así. La parte apelante identifica el interés de la sociedad con el de los socios minoritarios, lo que no resulta aceptable. A los socios minoritarios que se opusieron a esa reforma, según al STS de 9 de julio de 2007 , no se les podrá oponer esa cláusula arbitral. Por último, no se advierte por qué la cláusula de sumisión a arbitraje supone un abuso de derecho o que resulte contraria a los intereses sociales en beneficio de los de la mayoría de capital (sin que se haya identificado en qué consistiría tal imputación) ya que ello no se deduce de ninguna circunstancia. Si el designio de la voluntad mayoritaria es la de someter las controversias a arbitraje no por ello se vulnera el interés social en beneficio de un socio (se alude al socio Don. Jose María ) pues lo mismo se podría predicar por el hecho de acudir a la vía jurisdiccional, lo que carece de sentido.

**CUARTO.** Al tratarse de acuerdos sociales plateados en forma de negación, debemos citar la sentencia de la primera instancia cuando indicó con acierto que " *Para poder resolver la cuestión hay que partir de la base que el motivo de impugnación es el hecho de haberse desestimado una propuesta de acuerdo por la parte actora, es decir, que lo que se impugna no es la adopción de un acuerdo, sino la no adopción del mismo. ....Lo que no parece posible es someter a revisión la decisión de no adoptar un acuerdo, sustituyendo en vía jurisdiccional la actuación omisiva de los órganos sociales. No obstante, en el presente caso, tal y como se ha expuesto, la impugnación se efectúa sobre la base de considerarse que la negativa a adopción el acuerdo se efectuó infringiendo la prohibición voto del art. 52 LSRL (actual art. 190 LSC), con lo cual se considera que si que existe legitimación activa, pero el Juzgador solo puede declarar la nulidad, o en su caso anulabilidad, del acuerdo impugnado, no pudiendo declarar la validez del mismo, pues ello es competencia de la Junta y hacerlo sería suplantar su voluntad*".

**QUINTO.** Por razones sistemáticas analizaremos primero el recurso que dedujo la parte demandante por la estimación de la impugnación del acuerdo cuarto. Debe recordarse que el motivo por el que se interesó la nulidad de dicho acuerdo en el escrito de demanda fue por cuanto *en la votación se computaron los votos del socio mayoritario Alouco SL y del referido Jose María , en clara situación de conflicto de intereses* .

La sociedad Gidatxa SL se constituyó en el año 1987 por Jose María , su esposa e hijos, siendo aquél propietario del 50,68% de su capital social. En el mismo día se constituyó Alouco cuyo capital social pertenece íntegramente a Gidatxa y si bien inicialmente fueron sus socios el referido Jose María , su esposa e hijos, en el año 2001 pasó a ser una sociedad unipersonal. Ésta, Alouco SLU, a su vez, ostenta la mayoría del capital social de la mercantil codemandada UPB (67,1%) y el 9,9%, a título personal, lo detenta Jose María , lo que suma en total, el 77% del capital social de UPB. Ésta, a su vez, es el propietaria del 100% de Nurieta, S.L.U., de Malerna, S.L.U., y de la filial holandesa Lat 53, B.V (anteriormente llamada Clian B.V.) según todo ello de ver los docs. 11 bis y 11 ter de la contestación.

De ello se desprende que Gidatxa SL, Alouco SLU, UPB SL, UPB Casual Food SL, Nurieta SLU, Malerna SLU y Lat 53, B.V. son sociedades integrantes de un grupo ( arts. 18 LSC y 42 CCo ), grupo que se integra inexorablemente en el entorno familiar del aludido Jose María , lo que se denominó en el pleito *Family Office* .

Los préstamos otorgados por Lat 53, B.V. a Gidatxa SL (doc. 10 de la contestación) y a Alouco SLU (doc.11 de la contestación), que se pretende se dejen sin efecto, son contratos en los cuales la demandada no ha sido parte, ni es la afectada. La proposición de acuerdo que se efectuó por los actores fue: "1o.- *Dejar sin efecto los contratos de préstamos concedidos por la filial Lat 53 BV, a Alouco, SLU y a Gidatxa, SL, requiriendo a los prestatarios procedan de inmediato a la devolución del principal dispuesto más los intereses convenidos*



con dichas entidades y, además, aquella cantidad que se determine en concepto de perjuicio por un experto independiente" -págs 26 y 27 del doc. 20 de la demanda-).

La parte actora sí ostenta la legitimación activa necesaria para formular una demanda de impugnación de acuerdos sociales ya que los actores en cuanto que socios que son de la demandada postulan la nulidad de unos acuerdos sociales por los que podrían resultar directa o indirectamente afectados, de ahí que tengan un interés directo en la tutela judicial que formulan.

La justificación de la impugnación en la demanda se sustenta en la infracción del art. 52 de la LSRL , ya que en la propuesta del acuerdo Jose María habría resultado afectado así como sus sociedades particulares, entre ellas, la socia Alouco y en aquél se hacen referencia a materias en las que la Ley prohíbe el voto al socio afectado (fs. 16 y 17). El hecho de que una tercera sociedad otorgue a una socia de la demandada una determinada financiación mediante un préstamo dentro, todo ello, de una estructura de grupo social es lo que, según la parte actora, vulneraría el art 52 LSRL . En este sentido la LSRL , en su art. 52 , al regular las situaciones de conflicto de intereses, disponía que " 1º ... el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que le autorice a transmitir participaciones de las que sea titular, que le excluya de la sociedad, que le libere de una obligación o le conceda un derecho, o por el que la sociedad decida anticiparle fondos, concederle créditos o préstamos, prestar garantías en su favor o facilitarle asistencia financiera, así como cuando, siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios. 2º. Las participaciones sociales del socio en algunas de las situaciones de conflicto de intereses contempladas en el apartado anterior, se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de votos que en cada caso sea necesaria ."

En nuestra sentencia de 18 de octubre de 2007 al respecto dijimos que "... como señala la doctrina el art. 52, al imponer la abstención del socio en conflicto de intereses, establece una presunción iuris et de iure de que el voto se destinará a satisfacer su interés extrasocial, que no va a votar lógicamente en contra de sus intereses particulares, de forma que encomienda al resto de socios no afectados que sea ellos quienes tomen el acuerdo, descontando el voto viciado del cómputo de la mayoría. El precepto parte de la idea de que, al ser los demás socios neutrales y ajenos a ese interés particular, no sólo el socio en conflicto debe ser excluido, sino que son los socios no afectados quienes deben conformar la voluntad social ."

En cuanto a los supuestos en los que procede el deber de abstención, en nuestra referida sentencia señalamos que ese precepto es restrictivo pues indica de forma tasada cuáles son aquellos acuerdos que determinan que su voto no se tenga en cuenta a la hora de computar la mayoría, se trata de supuestos de *numerus clausus*. Esta conclusión nos lleva a seguir una interpretación restrictiva del mencionado precepto.

Dicho todo lo anterior, de la mera lectura del precepto no se advierte que los supuestos de hecho contenidos en el meritado art.52 LSRL se den en el caso enjuiciado ( " ... el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando .... la sociedad.....le conceda..... préstamos) . La socia Alouco fue la beneficiaria de uno de los préstamos, pero éste no fue otorgado por la sociedad demandada, sino por otra sociedad integrante del grupo de sociedades al que anteriormente hemos aludido. Alouco y Gidatxa no son socias de la concedente; y Guidatxa no es socio de la demanda UPB. Es decir, no estaría dentro de los supuestos de hecho que contemplan la norma y no existiría ningún deber de abstención por parte de ninguno de los dos socios que votaron en contra de la propuesta de los actores.

Por otro lado, el socio Jose María tampoco fue el beneficiario de dichos préstamos, salvo que, en aplicación de la técnica del levantamiento del velo corporativo a la que alude la parte demandante, se considere, obviando la propia personalidad jurídica de Alouco SLU, se considere que sí lo es. Ya hemos dicho que Gidatxa SL, Alouco SLU, UPB SL, UPB Casual Food SL, Nurieta SLU, Malerna SLU y Lat 53, B.V. son sociedades integrantes de un grupo, grupo que se integra inexorablemente por el entorno familiar del aludido Jose María , lo que se denominó en el pleito una *Family Office* . En este sentido Alouco, socia de la demandada y beneficiaria de uno de los préstamos, está participada en cien por cien por Guidatxa cuyo capital está integrado por Jose María , su esposa e hijos. De ahí que no pueda sostenerse que el referido hermano de los actores sea el beneficiario de los préstamos. Tampoco puede identificarse a la sociedad que otorgó los préstamos con la sociedad demandada (de la que indefectiblemente forman parte los propios actores) pues no se advierte el fraude que justificaría obviar la personalidad jurídica de Lat 53, B.V.

El art. 10 de la LSRL , precepto de aplicación al caso por razones de índole temporal y al que ambas partes aluden reiteradamente, bajo el epígrafe " *Créditos y garantías a socios y administradores*" , indicaba que " 1º. La sociedad de responsabilidad limitada podrá conceder a otra sociedad perteneciente al mismo grupo créditos o préstamos, garantías y asistencia financiera, pero, salvo acuerdo de la Junta General para cada caso concreto, no podrá realizar los actos anteriores a favor de sus propios socios y administradores, ni anticiparles fondos.2º. A



*efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio".*

El precepto regulaba la concesión de créditos y garantías por la sociedad a sus socios y administradores y, en su redacción definitiva, se estructura en torno a una prohibición según la cual aquélla (la sociedad de responsabilidad limitada) no podrá conceder a sus propios socios y administradores créditos, prestamos, garantías y asistencia financiera, ni anticiparles fondos, sin un acuerdo de la junta para cada caso en concreto. Se trata de una prohibición relativa pues el propio precepto contempla una excepción a la interdicción al permitir que, salvo el anticipo de fondos, puedan realizarse a favor de otra sociedad perteneciente al mismo grupo las operaciones a la que el precepto se refiere. La justificación de esa excepción se encuentra en evitar que las sociedades de responsabilidad limitada tuvieran que acudir a financiación externa, en la medida de lo posible. En este sentido entendemos que no se precisaba el acuerdo de la junta para la validez de las operaciones a las que se refiere el aludido precepto realizadas entre la sociedad de responsabilidad limitada y otra sociedad perteneciente al mismo grupo, aunque ésta sea, además, socio de aquélla. La razón se debe buscar en que en la excepción, que se aplicaría en el caso de autos, prevalece más el interés de facilitar la financiación entre sociedades del mismo grupo que la de proteger el capital social. De ahí que tampoco el art. 10 LSRL resulta una prueba de fraude alguno ya que la norma permite la financiación dentro del grupo de sociedades sin acuerdo de autorización por la junta, lo que determina que no exista infracción del referido precepto y que, en definitiva, deban desestimarse la alegaciones de nulidad vertidas por los demandantes al respecto.

Por último tampoco se advierte un daño o lesión al interés social con la adopción del acuerdo impugnado. La STS de 12 de abril de 2007 que señala que *"...el interés social que defiende el artículo 115.1 no es, efectivamente, el de los accionistas individualmente considerados (sentencias de 29 de noviembre de 2.002 y 20 de febrero de 2.003), sino el común a todos ellos (sentencias de 11 de noviembre de 1.983, 19 de febrero de 1.991, 30 de enero de 2.001 y 29 de noviembre de 2.002), el cual, a modo de cláusula general, permitirá integrar la relación contractual para resolver los conflictos en cada caso concreto"*. En el escrito de demanda no se identifica en qué consiste la lesión a ese interés que pudiera causar la adopción del acuerdo impugnado. Si se trata de *un potencial peligro de asistencia financiera a un socio que se disfrace o encubra mediante la celebración de un negocio por persona interpuesta* (pág. 31 de la demanda) hemos de señalar que ello no consta acreditado.

**SEXTO.** En cuanto al recurso que deduce la demandada UPB en el mismo se impugnan los dos pronunciamientos de la sentencia de primera instancia que anularon el acuerdo del punto cuarto del orden del día (*"Dejar sin efecto el contrato de prestación de servicios suscrito con ALOUCO, S.L.U. Y GIDATXA, S.L., a cargo de la Sociedad, por haberse otorgado sin observancia de los requisitos legales y, además, ser de hecho una atribución innecesaria a favor del socio de control, requiriendo al Sr. Administrador y a tales Sociedades para que procedan a la devolución inmediata de las cantidades que hayan percibido aquéllas por dicho contrato, con reserva, además, de las acciones que pudieran corresponder frente al Sr. Administrador por los daños y perjuicios que ese contrato pueda comportar"*) referente a los denominados contratos de "prestación de servicios" así como a la nulidad del acuerdo de dispensa al administrador UPB.

Respecto a los contratos denominados de "prestación de servicios" se indicó en la demanda que, entre otras cantidades (sin especificar cuales), se habría repercutido a la demandada la remuneración del consejo de administración de Gidatxa SL del referido Sr. Jose María. La fundamentación jurídica a esa pretensión se basó en que el Sr. Jose María, ni a título individual -como socio-, ni a través de su sociedad, Alouco SL, podían ejercer el derecho a voto ya que se hallaban en situación de conflicto de intereses art. 52.2 LSRL, así como que la repercusión de la remuneración del tan referido Sr. Jose María en Gidatxa SL infringiría lo dispuesto en el art 67 de la LSRL.

El acuerdo impugnado hace referencia a unos contratos otorgados los días 2 y 3 de enero de 2008 entre UPB, de una parte, y Gidatxa y Alouco, de otra. El acuerdo cuarto del orden día, propuesto por los actores, consistía en que *se dejara sin efecto el contrato de prestación de servicios por haberse otorgado sin observancia de los requisitos legales y, además, de ser de hecho una atribución innecesaria a favor del socio de control*. El acuerdo fue rechazado con el voto de Alouco (67,01%) y del referido Sr. Jose María (9,97% del capital social). Respecto a la alegación de la parte apelante demandada de falta de legitimación activa con base en los arts. 6.3 y 1302 del Código Civil (CC), así como a las reiteradas alegaciones de la misma acerca de la falta de exhaustividad de la sentencia, hemos de decir, en primer lugar, que los actores sí tienen legitimación activa para promover la impugnación de los acuerdos sociales en cuanto socios que son y que postulan la nulidad de unos acuerdos sociales por los que podrían resultar indirectamente afectados, lo que no implica que se haya ejercitado una pretensión de nulidad de los contratos a los que se refieren los acuerdos sociales impugnados, por lo que, en definitiva, ostentan un interés legítimo susceptible de tutela. En segundo lugar, en cuanto a la falta de exhaustividad de la sentencia de primera instancia por no analizar los aludidos contratos se ha señalar



que los motivos de impugnación esgrimidos en el escrito de la demanda respecto al punto cuarto del orden del día, lo fueron con base en la infracción del art. 52.2 y 67 de la LSRL , y en *la doctrina del art. 10 LSRL y levantamiento del velo*. Es por ello que sólo debe examinarse el contenido de esos contratos en la medida en que éstos puedan incardinarse o no en los supuestos normativos que fundamentan la impugnación, y no en el análisis de su contenido ni en su hipotética ineficacia.

La sentencia recurrida, respecto de los denominados contratos de prestación de servicios, entendió que en ellos se producía la *liberación de una obligación* (sin especificar cuál) al referido Sr. Jose María . Tanto del informe pericial aportado por la parte demandada, informe emitido por KPMG, como del dictamen pericial del Sr. Clemente , se advierte que esos contratos tenían su razón de ser en las interrelaciones de las sociedades integrantes de la *Family office* en la que se integraba la sociedad demandada y por medio de los cuales se estableció una repercusión de costes de servicios que prestan terceras sociedades sin vinculación alguna con las integrantes de la *Family office* . Tal repercusión, además, según esos dictámenes, se efectúa proporcionalmente. Se trata además de gastos justificados y pagados, contabilizados y son de carácter ordinario y/o necesario para el funcionamiento.

En este sentido no se advierte que de esas operaciones se derive *la liberación de una obligación* , como afirma la sentencia de la primera instancia. Tampoco se advierte la presencia de ningún otro de los supuestos de hecho que se establecen en el art 52.2 LSRL que presuponga un conflicto de intereses.

Respecto a dichos contratos el perito Sr. Clemente fue claro al afirmar que no existe ninguna retribución o percepción económica del Jose María en Guidatxa o en Alouco que se repercutiera a UPB. En ese sentido no puede considerarse que tales contratos no consistiesen en una prestación de servicios a favor del administrador por lo que tampoco se advertiría una infracción del art 67 LSRL .

La parte demandante consideró a las sociedades Alouco y Gidatxa como sociedades meramente patrimoniales del referido Jose María y por ello, además, según la parte demandante, procedería levantar el velo social y entender que, de acuerdo con el art. 67 de la LSRL , deberían de haberse autorizado por la junta al *establecerse cualquier clase de servicios entre la sociedad y uno o varios de sus administradores* . Sin embargo, no se acredita una identificación entre las sociedades Alouco y Gidatxa y Don. Jose María pues en realidad aquéllas son sociedades patrimoniales del referido administrador y de su familia, que es la que realmente posee el 48% del capital social. En este sentido unas sociedades en las que la titular del capital social es el Sr. Jose María y su familia (esposa e hijos) y no sólo aquél, la aplicación del la técnica del levantamiento del velo corporativo no llegamos al Sr. Jose María sino a éste y a su familia, la que indirectamente ostenta un porcentaje de participación en la sociedad superior al de los actores. A ello debe añadirse que las sociedades Alouco y Gidatxa se constituyeron en el año 1987, lo que aleja la idea de una actuación fraudulenta y sin que se haya advertido prueba de la existencia de un abuso en dichos acuerdos. Por último la parte apelante alude al conocimiento de los demandantes de esa situación social, invocándose la interdicción de ir contra los propios actos. No es el caso, no son actos propios de los actores los de los acuerdos impugnados.

**SÉPTIMO.** En la junta de 9 de noviembre de 2009, los socios demandantes votaron a favor de someter a votación la conveniencia de dispensar al administrador de la prohibición de competencia en el art 65 de la LSRL . Votaron a favor de la dispensa la socia Alouco (67,01%) y el administrador de la demandada, Sr. Jose María (9,97%), y en contra del acuerdo los demandantes (que representaban el 23,02 %). En la junta impugnada, Alouco estaba representada por Emma .

La sentencia apelada consideró que, si bien la participación en el voto del referido administrador infringía el art. 52.1, *in fine*, de la LSRL , no lo hacía el voto de la representación de Alouco pese a lo cual anuló el acuerdo pues " *la infracción del art. 52.2 LSRL produce el efecto de contaminar toda actuación por el efecto de la nulidad* ". No resulta relevante el error material de la sentencia al enunciar, en el párrafo que resolvía el motivo de impugnación, que éste no debía ser estimado para luego estimarlo, debemos atender al pronunciamiento que es, en definitiva, lo que se recurre.

El acuerdo de dispensa de la prohibición de competencia se encuentra regulado en el artículo 52 de la Ley como uno de los supuestos de conflicto de intereses y, en consecuencia, como uno de los casos de abstención del socio que sea administrador. Se ha venido considerando, en cuanto a la posibilidad de impugnar un acuerdo por vicio en la voluntad, la aplicación del test de resistencia: No así para otros vicios o defectos del acuerdo (como pueden ser infracciones legales graves, derecho de información) supuestos en los que no se aplica el test de la relevancia. Por ello, para determinar las consecuencias jurídicas de esa infracción, es necesario analizar si el mencionado acuerdo supera la doctrina de la prueba de resistencia, que consiste en comprobar si, una vez detraído el voto indebidamente emitido, el acuerdo reúne los requisitos para ser válido. En este sentido, en nuestra referida sentencia de 18 de octubre de 2007 , señalábamos que "... *A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos que recogen la misma obligación de abstención, la LSRL no recoge ninguna consecuencia*



*anudada al hecho de que esta obligación sea incumplida, por lo que debe acudir, como se ha hecho en este caso, a una reacción a posteriori, dejando sin efecto los acuerdos alcanzados mediando estos votos viciados, al infringir el artículo 52 LSRL, lo que les hace nulos. Sin embargo, en este caso, la nulidad sí que se predica realmente de los votos emitidos, no del acuerdo en sí, de forma que es preciso llevar a cabo lo que la doctrina, importando del modelo italiano, llama la prueba de resistencia, es decir, excluir los votos que no debieron emitirse y comprobar que éstos fueron decisivos en la formación de la mayoría necesaria para la aprobación del acuerdo: si los votos indebidamente formulados no eran decisivos y el acuerdo se hubiera adoptado de todas formas, el mismo sigue siendo válido".*

La prohibición de competencia impuesta a los administradores no es absoluta, sino que puede ser dispensada por la junta, que es la competente para decidir si procede o no conceder la autorización. Para garantizar la efectividad del control por la junta de la actuación del administrador es imprescindible adoptar las medidas necesarias para evitar que el administrador-socio pueda influir en la decisión del acuerdo, de manera que se le prohíba votar, debiendo los demás socios decidir la concesión o no de la autorización; dicho peligro se incrementaría en los supuestos en los que el socio administrador ostente la participación suficiente para alcanzar la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo. Evidentemente solo se impone este deber de abstención al socio que sea administrador, porque si el administrador no es socio no se produce el conflicto de intereses regulado por el artículo 52 de la ley, al no poder votar la autorización.

No es necesario, por otro lado, probar ningún daño (potencial o futuro) al interés social para la estimación de la impugnación, bastando la infracción de la prohibición y el carácter decisivo de los votos que no debieron haber sido emitidos.

En nuestro caso, pues, si bien el socio administrador se debió abstener de votar en relación al acuerdo de dispensa siendo entonces nulo su voto, ello, a tenor de lo dicho, no resulta suficiente para afectar, en aplicación del test de resistencia, la validez del acuerdo, pues ese voto no fue decisivo para la formación de la mayoría de los dos tercios, prevista en el artículo 53.2.b) de la LSRL. En la demanda otra vez se aludía genéricamente al fraude ley y a la aplicación del denominada teoría del levantamiento del velo con relación a la referida infracción. La estructura del *family office* que se ha referido anteriormente, seguida por el propio entramado societario de cada uno de los dos actores, así como la falta de concreción en el escrito de demanda para justificar la aplicación de esa teoría releva de tenerla en consideración.

Todo lo anterior lleva a estimar íntegramente el recurso deducido por la parte demandada y a desestimar el formulado por los demandantes.

**OCTAVO.** Las costas de la primera instancia se deben imponer a la parte actora al haberse desestimado íntegramente sus pretensiones. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, las costas de esta instancia se imponen a la parte apelante que ha visto desestimado su recurso.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuestos por Rafael y Ricardo y estimamos el deducido por **UNIVERSAL DE PANADERÍA Y BOLLERÍA SL** contra la sentencia del Juzgado Mercantil número Uno de Barcelona dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, la que se revoca y se desestima íntegramente la demanda formulada por Rafael y Ricardo contra **UNIVERSAL DE PANADERÍA Y BOLLERÍA SL** con imposición a la parte demandante de las costas devengadas en la primera instancia y por su recurso.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, a los efectos pertinentes y con devolución del depósito constituido.

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

**PUBLICACIÓN.-** La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.