



Roj: **SAP V 3356/2013 - ECLI:ES:APV:2013:3356**

Id Cendoj: **46250370092013100182**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **9**

Fecha: **10/06/2013**

Nº de Recurso: **109/2013**

Nº de Resolución: **174/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PURIFICACION MARTORELL ZULUETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO NUM: 109/13

SENTENCIA NÚM.: 174/13

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DOÑA ROSA MARÍA ANDRÉS CUENCA

D. GONZALO CARUANA FONT DE MORA

DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

En Valencia a diez de junio de dos mil trece.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA**, el presente rollo de apelación número 000109/2013, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 000992/2011, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 2 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a MECEL SL, representado por el Procurador de los Tribunales FRANCISCO VERDET CLIMENT, y asistido del Letrado RAFAEL VICENTE REL PLA y de otra, como apelados a Juan Antonio representado por el Procurador de los Tribunales ROSA MARIA CORRECHER PARDO, y asistido del Letrado JOSE IGNACIO ROSELLO VERDEGUER, en virtud del recurso de apelación interpuesto por MECEL SL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado de Primera Instancia de JUZGADO DE LO MERCANTIL NUMERO 2 DE VALENCIA en fecha 19/09/12, contiene el siguiente FALLO: "*Que desestimo la demanda presentada por el procurador Sr. Verdet climent en nombre y representación de la Mercantil Mecel S.L. asistida por el Letrado Don Rafael Rel Plá, contra la demandada Juan Antonio, debo absolver y absuelvo de todo pedimento a la demandada: Con expresa condena en costas procesales causadas respecto de la actora.*"

SEGUNDO .- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por MECEL SL, dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO .- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Por la representación de MECEL SL se interpone recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia de 19 de septiembre de 2012 que desestima la demanda promovida por la indicada entidad contra DON Juan Antonio al que absuelve de las pretensiones contra él deducidas en atención a los siguientes argumentos: 1) aún cuando se permitió indebidamente conforme a la Ley y a



los Estatutos el ejercicio del derecho de voto al demandado, la entidad actora carece de acción al no haber procedido a la impugnación de la Junta (por cuanto que existiendo conflicto de intereses debió haber solicitado la aplicación del artículo 190 de la LSC) y haber formulado la demanda transcurrido el plazo de un mes desde la fecha de adopción del acuerdo de exclusión caso de haberse adoptado el mismo. 2) Falta de acreditación de actos competenciales por parte del demandado y existencia, por el contrario, de una mala relación entre los socios de la entidad actora.

La entidad recurrente - folio 369 y los siguientes de las actuaciones - interesa la revocación de la Sentencia dictada y postula la estimación de la demanda, partiendo de la explicación de lo acontecido en la Junta General celebrada el 26 de abril de 2011 en la que debió acordarse la expulsión del demandado como socio por unanimidad dado que no debió admitirse el voto del demandado por razón del conflicto de interés existente. Con referencia a los requisitos que deben concurrir para la estimación de la acción argumenta que la Sentencia apelada incurre en error pues desde agosto de 2010 el demandado ha venido realizando actos que infringen la prohibición de competencia, destacando cómo su hijo y su sobrino constituyeron una mercantil dedicada a la misma actividad que la actora y que entra en competencia directa con la misma, respecto de la cual el demandado ha venido realizando actos en contra de los intereses de la demandante: obtención de contratos con sus clientes, captar ofertas que mejoraba la competidora, facilitar a terceros el uso de su tarjeta de gasolina de la sociedad demandante, entre otros extremos acreditados a través de la prueba practicada en el acto de juicio. Tras hacer referencia al contenido del escrito de 28 de junio de 2012 (que a su juicio delata la actuación del demandado) y alegar el error de valoración de la prueba practicada en relación a la concurrencia de la causa de exclusión del socio demandado) e impugnar el pronunciamiento sobre costas que resulta de la Sentencia apelada, termina por suplicar su revocación en la forma que resulta del folio 385 del proceso, coincidente con lo postulado en la demanda, a saber:

1) Se declare que el acuerdo de exclusión del socio de MECEL SL D. Juan Antonio , que fue rechazado en la Junta General de socios relacionada en el hecho segundo de su escrito, con el voto en contra y computando las participaciones sociales del socio cuya exclusión se proponía, se declare aprobado por unanimidad, por cuanto que el Presidente de la Junta permitió de manera indebida ejercer el derecho de voto correspondiente a las participaciones sociales del demandado.

2) La exclusión del demandado como socio titular del 50% del capital social de Mecel SL por infracción del artículo 230 de la LSC.

3) La condena a D. Juan Antonio al pago de la cantidad de 103.933 euros por los daños y perjuicios causados con su actuar desleal a la sociedad.

Se opone al recurso de apelación la representación de DON Juan Antonio por las razones que constan en el escrito que obra a los folios 404 y los siguientes de las actuaciones, y en el que termina por suplicar del Tribunal de alzada la desestimación del recurso de apelación y la imposición de las costas de la apelación a la parte recurrente.

SEGUNDO. - Es doctrina reiterada del T.S. (SS 21.4 y 4.5.93 y 14.3.95) la de que los tribunales de alzada tienen competencia no solo para revocar, adicionar, suplir o enmendar las sentencias de los inferiores, sino también para dictar respecto de todas las cuestiones debatidas el pronunciamiento que proceda, resultando del artículo 456,1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 que "*en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de primera Instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación .*"

Teniendo presente el contenido de la expresada norma en relación con los artículos 218 y 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , hemos procedido a examinar de nuevo las alegaciones oportunamente deducidas por las partes en relación con la actividad probatoria desplegada en el proceso, del que resultan los extremos que seguidamente pasamos a exponer.

1.- Don Efrain y Don Juan Antonio son socios al 50% de la entidad demandante MECEL SL. Entre los expresados socios y la sociedad se han mantenido diversos procedimientos judiciales de los que se colige la situación de deterioro de la relación existente entre ellos como se pone de manifiesto a través del documento obrante a los folios 239 de las actuaciones (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia de 19 de julio de 2011 sobre impugnación de acuerdos sociales), del documento al folio 247 (demanda promovida por Don Efrain frente a Don Juan Antonio en ejercicio de la acción de nulidad de compraventa de participaciones sociales), o el unido al folio 265 (escrito por el que D. Efrain solicita de la administración concursal la extinción de la relación de alta dirección respecto de D. Juan Antonio).



2.- Que en fecha 27 de abril de 2011 y con intervención notarial, se celebró Junta General Extraordinaria que tenía por objeto la exclusión de Don Juan Antonio como socio y el ejercicio de la acción social de responsabilidad frente al mismo tanto con respecto de la entidad demandante como respecto de las sociedades MECEL CUADROS SL y MECEL ENVOLVENTES ELÉCTRICAS SLU, sin que llegase a adoptar acuerdo alguno visto que cada uno de los representantes de los dos expresados socios votaron a cada uno de los puntos del día en sentido contrario. Del acta de referencia se desprende: a) que el representante del demandado negó la realidad de los actos competenciales que se le atribuían de contrario, b) que el representante de D. Efrain invocó el artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital por someterse a votación la exclusión de D. Juan Antonio solicitando la omisión del cómputo de sus participaciones para la adopción del acuerdo, c) Pese a la petición expresada se admitió el voto emitido en representación de Don Juan Antonio con la consecuencia de que mientras que para el representante de D. Efrain se había adoptado el acuerdo de exclusión por unanimidad, para el de D. Juan Antonio había quedado rechazado.

3.- La demanda por la que se ejercita la acción societaria de exclusión del demandado tuvo entrada en el Decanato de los Juzgados el 2 de agosto de 2011.

4.- Del documento al folio 51 de las actuaciones - fotocopia de la certificación expedida por el Registro Mercantil - se desprende que la entidad VALCUADRO SL fue constituida por DON Juan Antonio y DOÑA María Angeles - hijos del demandado - y DON Romualdo , sobrino de los Sres. Efrain y Juan Antonio . La expresada sociedad se dedica a la misma actividad que la demandante (documentos a los folios 66 y 80, en relación con los respectivos estatutos aportados al proceso de las indicadas entidades)

4.- En fecha 9 de diciembre de 2010 se declaró el concurso voluntario de las entidades MECEL SL, MECEL CUADROS SL, MECEL ENVOLVENTES ELÉCTRICAS SLU y CID VALENCIA CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO SL, procediendo el Juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia a designar como administrador concursal a Don Luis Pedro (documento al folio 197 del proceso).

5.- Consta al folio 278 - con fecha 26 de octubre de 2011, por tanto posterior a la presentación de la demanda - que el Administrador Concursal no se opuso al ejercicio de la acción instada en nombre de MECEL SL por razón de las relaciones internas entre los socios "siempre y cuando no ocasione ningún coste a la sociedad", con indicación de que la asunción de los gastos debía entenderse efectuada por D. Efrain , promotor de la demanda.

6.- Durante la sustanciación del procedimiento se ha acreditado la existencia de diligencias previas por un presunto delito de extorsión frente a Don Juan Antonio y sus hijos, en cuyo seno y entre otras detenciones se practicó la de DON Efrain - folio 313 y siguientes - que fue seguidamente puesto en libertad. La razón de la detención de D. Efrain resulta de las conversaciones telefónicas mantenidas con su sobrino Romualdo en relación a los problemas económicos generados en la mercantil VALCUADRO SL con respecto a su socio e hijo del demandado.

7.- En el acto de juicio se dio audiencia a D. Efrain y D. Juan Antonio , y se oyó a los testigos Don Augusto , Don Luis Pedro , Don Romualdo , Don Claudio y Don Eladio .

Prescindimos a efectos de fijar nuestras conclusiones de las propias declaraciones de los implicados en los hechos - D. Efrain y D. Juan Antonio - a tenor del contenido del artículo 316 de la LEC , e igualmente prescindimos de la valoración de la testifical practicada en la persona de Don Romualdo - sobrino de los anteriores - por las especiales circunstancias que concurren al caso que han quedado descritas anteriormente y valoradas por la magistrada "a quo", y entre ellas la existencia de una orden de alejamiento con respecto a Don Juan Antonio , cuyas consecuencias se patentizaron en el propio acto de juicio.

Queda por tanto únicamente - y aparte de la documental aportada al expediente - la referencia a la declaración de los testigos Sr. Augusto , Sr. Luis Pedro , Sr. Claudio y Sr. Eladio .

El primero de ellos, en su calidad de legal representante de una entidad cliente de la actora, manifestó conocer a los hermanos Juan Antonio Efrain , a la entidad Mecel y a la entidad Valcuadro, indicando que Valcuadro tiene la misma actividad que la anterior y que surgió como consecuencia de los problemas existentes en Mecel, siendo constituida por los hijos de Juan Antonio . El Sr. Augusto admitió que Valcuadro hizo trabajos para su empresa y afirmó que en sus relaciones con esta sociedad no lo hace a través de D. Juan Antonio sino de su hijo, que era quien le hacía las correspondientes ofertas. El testigo manifestó desconocer que D. Juan Antonio hubiera desviado ofertas de Mecel a favor de Valcuadro.

El Sr. Luis Pedro - administrador concursal de la entidad demandante y de las otras sociedades del grupo - se refirió a la composición de la sociedad actora y a la condición de administradores solidarios de ambos socios, lo que le obligaba a tratar con los dos en sus respectivos despachos por razón de la mala relación existente entre ellos, habiendo dejado de acudir a las reuniones D. Juan Antonio y siguiendo la tramitación del



concurso con D. Efrain . El testigo afirmó que intentó mantener en todo momento la neutralidad y reconoció la presentación por parte de los trabajadores de Mecel de los documentos que le fueron exhibidos (folio 55 y los siguientes) en relación a la actuación de D. Juan Antonio , pero valoró que se trataba de un problema entre socios que afectaba a la actividad de la sociedad - creando malestar y tensión entre los trabajadores e incluso bajas - sin que diera mayor valor a su contenido, ni lo pueda imputar al demandado. Dijo conocer de oídas la empresa Valcuadro e igualmente de oídas la existencia de una eventual relación de D. Juan Antonio con la misma, no contrastada. Reconoció que una empleada de Mecel le comentó que trabajadores de Valcuadro habían puesto gasolina a cargo de la actora mediante el uso de una tarjeta de la entidad, si bien añadió que no le constaba que D. Juan Antonio hubiera actuado en perjuicio de Mecel y a favor de Valcuadro al no tener evidencias de tal hecho sino únicamente manifestaciones y comentarios.

El asesor de la actora Sr. Claudio reconoció la existencia de divergencias entre los dos administradores, con órdenes contradictorias, que se acentuaron con anterioridad a la presentación del concurso y como consecuencia, precisamente, de la Junta en la que D. Efrain pretendió tener un mayor porcentaje social dando lugar a un procedimiento judicial que mantuvo la participación de los socios al 50%, existiendo siempre entre ellos una situación de lucha de poder, incluso con ocultación por la sociedad de la información solicitada por D. Juan Antonio que obraba en poder de la empresa.

Finalmente, D. Eladio , legal representante de empresa cliente de la entidad demandante, reconoció el documento 5 de la contestación a la demanda (folio 267 de las actuaciones) del que resulta que ante una necesidad de intervención en un cuadro eléctrico contactó directamente con el encargado de Mecel solicitando asistencia técnica que fue realizada por personal cualificado de MECEL, sin que hubiera ninguna intervención de Valcuadro, empresa con la que también trabajaban y que no tenía nada que ver con el supuesto descrito. La intervención de D. Juan Antonio fue la de revisión del trabajo. E indicó que le constaba que los hijos de D. Juan Antonio se marcharon de Mecel y crearon su propia empresa.

Del contenido de tales declaraciones no puede considerarse probada la infracción de la prohibición del artículo 230 de la LSC a la que el actor anuda la petición de exclusión - actuación desleal por infracción de la prohibición de competencia -.

TERCERO.- La acción que se ejercita por la representación de la entidad demandante es la de exclusión social de sociedad de responsabilidad limitada prevenida en el artículo 352 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el artículo 230, en virtud del cual " *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* ", resultando del apartado 2 del precepto que " *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* ", constituyéndose en causa de exclusión de la sociedad conforme al contenido del artículo 350 del mismo cuerpo legal .

Dispone el artículo 352 - relativo al procedimiento de exclusión - que:

- 1. La exclusión requerirá acuerdo de la junta general. En el acta de la reunión o en anejo se hará constar la identidad de los socios que hayan votado a favor del acuerdo.*
- 2. Salvo en el caso de condena del socio administrador a indemnizar a la sociedad, la exclusión de un socio con participación igual o superior al veinticinco por ciento en el capital social requerirá, además del acuerdo de la junta general, resolución judicial firme, siempre que el socio no se conforme con la exclusión acordada.*
- 3. Cualquier socio que hubiera votado a favor del acuerdo estará legitimado para ejercitar la acción de exclusión en nombre de la sociedad cuando ésta no lo hubiera hecho en el plazo de un mes a contar desde la fecha de adopción del acuerdo de exclusión.*

Resulta, por otra parte, del artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital - relativo al conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada - que:

- 1. En las sociedades de responsabilidad limitada 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.*



2. Las participaciones sociales del socio que se encuentre en alguna 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.

Finalmente, el artículo 199 b) exige una mayoría reforzada de al menos dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social para la aprobación del acuerdo de exclusión de socios.

CUARTO.- Este Tribunal, a la vista de las normas que han quedado transcritas y los hechos relacionados en los fundamentos que preceden, ha llegado a la conclusión de que no cabe acoger el recurso de apelación promovido por la representación de la entidad actora ya que no concurren los presupuestos legales para estimar la acción de exclusión del administrador de la sociedad D. Juan Antonio , promovida por Mecel SL.

El artículo 350 de la Ley de Sociedades se refiere a las causas legales de exclusión de los socios, contemplándose entre las prevenidas en la norma la infracción por el socio administrador de la prohibición de competencia, lo que se ha de poner en conexión con el artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital . Dicho precepto contempla tal prohibición entre los deberes de los administradores y requiere la acreditación de la dedicación del administrador afectado al mismo o análogo género de actividad que constituya el objeto social sin autorización de la sociedad, extremo este que no se ha probado en la presente litis respecto del socio administrador D. Juan Antonio , como tampoco que se hubiera promovido su cese a causa de la infracción imputada frente al Juez de lo Mercantil del domicilio social, como permite el propio artículo 230 en su inciso segundo.

Tampoco concurren los requisitos que establece el artículo 352 de la Ley de Sociedades de Capital pues no hay acuerdo de Junta general acordando la exclusión, ni puede producirse tal acuerdo por razón de la propia composición de la sociedad. La cuestión que realmente subyace en el presente procedimiento es el deterioro de la relación existente entre los hermanos Juan Antonio Efrain , socios al 50% de la sociedad demandante y administradores solidarios, con las consecuencias que de ello se derivan respecto al efectivo funcionamiento de la mercantil, y la eventual concurrencia de causa de disolución.

Ciertamente, y a tenor del contenido del artículo 190 de la LSC no podría participar en la votación para la adopción del acuerdo de exclusión el socio respecto al cual se pretende la misma, pero debe estar acreditada la causa del conflicto de interés determinante de la privación del derecho de voto.

Considera este Tribunal que en situaciones como la que ahora nos ocupa - dos socios al 50% en clara situación de conflicto personal -, no parece que pueda dejarse al albur de la decisión de uno de los socios administrador de la mercantil la exclusión del otro - también administrador, con el mismo porcentaje de participación - por razón de la mera alegación de la concurrencia de una causa de exclusión y existencia de conflicto de intereses, cuando tal causa es expresamente negada por la parte a la que se le imputa. La interpretación de la norma no puede conducir al absurdo pues en situaciones como la presente, con dos socios al 50%, ambos administradores solidarios de la mercantil (con su relación personal claramente deteriorada e impartiendo instrucciones contradictorias en sus respectivas y aisladas gestiones), permitiría que ambos, de forma cruzada, pudieran ejercitar respectivamente la acción de exclusión del otro, pudiendo obtener cada uno de ellos la mayoría necesaria con su sola participación, al deducirse del capital social para el cómputo de la mayoría necesaria (la reforzada del 199 b LSC) la participación del socio al que se imputa la concurrencia del conflicto de interés determinante de la limitación del ejercicio del derecho de voto.

Consideramos, por tanto, que no cabe efectuar una aplicación automática de la norma del artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital - que es lo que se pretende por la parte actora recurrente para justificar la concurrencia de los presupuestos del artículo 352 de la indicada Ley - sino que se requiere, como se ha apuntado anteriormente, de la previa acreditación de la causa legal de exclusión invocada, que en el caso que nos ocupa es la realización de los actos constitutivos de infracción de la prohibición del artículo 230 de la LSC - imputada al administrador demandado -, que, como ya se ha indicado no han sido probados.

No concurren, por tanto, los requisitos exigidos en el artículo 352 de la Ley de Sociedades de Capital al no haberse producido el acuerdo de la Junta General que requiere en el apartado 1 del precepto, consecuencia de lo cual es la confirmación del pronunciamiento absolutorio que resulta de la sentencia apelada.

QUINTO. - La desestimación del recurso de apelación determina en relación al pronunciamiento sobre costas de la apelación y de conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la imposición a la parte recurrente de las costas procesales causadas con ocasión de la alzada, y con declaración de la pérdida del depósito constituido para recurrir a tenor de lo establecido en la DA 15 de la LOPJ .

VISTOS los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general aplicación,



FALLO

PRIMERO.- DESESTIMAMOS el recurso de apelación promovido por la representación de MECEL SL contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia de 19 de septiembre de 2012 , que confirmamos.

SEGUNDO.- IMPONEMOS las costas de la apelación a la parte actora recurrente, y declaramos la pérdida del depósito constituido para apelar.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el art. 207.4 L.E.C ., una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó, estando celebrando Audiencia Pública en el día de la fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ