



Roj: **SAP M 587/2014 - ECLI:ES:APM:2014:587**

Id Cendoj: **28079370282014100015**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **24/01/2014**

Nº de Recurso: **466/2012**

Nº de Resolución: **26/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Vigésimoctava
C/ Gral. Martínez Campos, 27 - 28010
Tfno.: 914931988
37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2012/0008805

ROLLO DE APELACIÓN Nº 466/12 .

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 1066/09

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid.

Parte recurrente/recurrida: DON Jose Pedro

Procurador: Doña Esther Pérez-Cabezas Gallego.

Letrado: Don Juan José Lázaro Crespo.

Parte recurrente/recurrida: **DOÑA Eva y "MABOQ 2001, S.L."**

Procurador: Don Ignacio Melchor de Oruña.

Letrado: Don Enrique Vega-Penichet López.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

SENTENCIA Nº 26/2014

En Madrid, a veinticuatro de enero de dos mil catorce.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 466/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 18 de marzo de 2011 dictada en el juicio ordinario núm. 1066/2009 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelantes/apelados, de un lado, el demandante DON Jose Pedro ; y de otro, las demandadas **DOÑA Eva y "MABOQ 2001, S.L."** , todos ellos defendidos y representados por los profesionales antes relacionados.

Es magistrado ponente don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ, que expresa el parecer de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de don Jose Pedro contra doña Eva y la entidad "MABOQ 2001, S.L." en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba se dictase sentencia por la que:

1º.- Se declare que la Sra. Eva ha incurrido en infracción de la prohibición de competencia establecida en el artículo 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada .

2º.- Como consecuencia de tal declaración se cese a la demandada, Sra. Eva , como Administradora única de MABOQ 2001, S.L.

3º.- Se disponga el nombramiento del actor, Sr. Jose Pedro , como Administrador único de MABOQ 2001, S.L.

4º.- Se impongan expresamente las costas procesales a la parte demandada."

SEGUNDO .- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid dictó sentencia, con fecha 18 de marzo de 2011 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dª Marta Isla Gómez en nombre y representación de D. Jose Pedro , contra la mercantil "MABOQ 2001, S.L.", debo absolver y absuelvo a la demandada de todos los pedimentos dirigidos en su contra; con imposición de costas de este proceso a la parte actora.

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dª Marta Isla Gómez en nombre y representación de D. Jose Pedro , contra Dª Eva , declaro, que habiendo vulnerado la demandada la prohibición de competencia, el cese en cargo de la demandada como administradora de la entidad "MABOQ 2001, S.L."; todo ello sin expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia."

TERCERO .- Publicada y notificada dicha resolución, por la representación de ambas partes se interpusieron sendos recursos de apelación. Admitidos los mencionados recursos por el juzgado y tramitados en legal forma tras la oposición de la contraria, han dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación, votación y fallo el día 23 de enero de 2014.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Don Jose Pedro , como socio de la entidad "MABOQ 2001, S.L.", de la que es titular del 50% de su capital social, formuló demanda contra esta sociedad y doña Eva , en su calidad de administradora única de la referida mercantil, de la que es titular del otro 50% del capital social, con la pretensión que se acordara judicialmente el cese de la administradora demandada al haber incurrido en la prohibición de competencia del artículo 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada como consecuencia de la constitución de la sociedad "LBDB ANJUNA, S.L.", de la que aquella es también administradora y socia única, siendo coincidente el objeto social de ambas sociedades.

En la demanda, además, se pretende el nombramiento del actor como administrador único de la sociedad "MABOQ 2001, S.L." a fin de evitar la acefalia de la sociedad, considerando que, conforme a los estatutos, sólo puede ser administrador quien ostente la condición de socio y, de acordarse el cese, sólo el actor podría ser administrador al ser el único de los dos socios que no está incurso en actividades de competencia con la sociedad codemandada.

La sentencia desestima la demanda en cuanto que dirigida contra la sociedad al rechazar su legitimación pasiva y estima parcialmente la demanda contra doña Eva acordando su cese como administradora de la entidad "MABOQ 2001, S.L.", al infringir la prohibición de competencia contemplada en el artículo 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada .

Frente a la sentencia se alzan ambas partes.

La demandante combate, por un lado, la desestimación de la demanda contra la sociedad, afirmando su legitimación pasiva y, de otro, pretende que se revoque el pronunciamiento desestimatorio de la petición formulada para que se nombre al demandante como administrador único de la sociedad. Como consecuencia de lo anterior, interesa que se deje sin efecto la condena en costas derivada de la desestimación de la demanda contra la sociedad y, en caso de mantenerse su falta de legitimación pasiva, que tampoco se impongan las costas por las serias dudas de derecho que ofrece tal cuestión. Asimismo, de mantenerse el pronunciamiento



desestimatorio de la pretensión por la que se interesa que el demandante sea designado administrador de la sociedad, considera que deben imponerse las costas procesales a la parte demandada en aplicación de la doctrina de la estimación sustancial.

La parte demandada se alza contra el pronunciamiento estimatorio de la sentencia por el que se declara que la codemandada ha infringido la prohibición de competencia y acuerda su cese como administradora, alegando en esencia: a) abuso de derecho; b) falta de concurrencia en el mercado de las sociedades de las que es administradora la codemandada al tratarse de sociedades instrumentales para optimizar sus ingresos, siendo la segunda mera sucesora de la actividad desarrollada por la primera; y c) autorización tácita del demandante.

Por razones de orden sistemático y una vez fijemos los hechos probados a los que dedicaremos el siguiente fundamento de derecho, analizaremos en primer lugar el recurso de apelación formulado por la parte demandada para, a continuación, resolver el recurso interpuesto por la actora.

A pesar de que el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, entró en vigor el 1 de septiembre de 2010, se precisa que las citas legales contenidas en la presente resolución vienen referidas a la hoy derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada y al también derogado Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, al ser dichos textos, por razones temporales, los aplicables al supuesto enjuiciado.

SEGUNDO .- Para la adecuada resolución del presente recurso de apelación resulta necesario tener en cuenta los siguientes hechos que se declaran probados:

1.- La sociedad "MABOQ 2001, S.L." fue constituida el día 30 de marzo de 2001 por los entonces cónyuges don Jose Pedro y doña Eva , siendo cada uno de ellos titulares del 50% del capital social (documento nº 4 de la demanda).

2.- La sociedad "MABOQ 2001, S.L.", inicialmente, estaba administrada solidariamente por ambos cónyuges, si bien por acuerdo adoptado con fecha 6 de marzo de 2008 se modificó la estructura del órgano de administración, cesando ambos administradores solidarios, designándose administradora única a la codemandada doña Eva (documentos nº 4, 9 y 10 de la demanda y 17 de la contestación).

3.- Doña Eva constituyó el día 1 de abril de 2008 la sociedad "LBDB ANJUNA, S.L." de la que es socia única, siendo también nombrada administradora única de la sociedad (documentos nº 12 a 14 de la demanda).

4.- No es discutido que tanto la entidad "MABOQ 2001, S.L.", tras la ampliación operada el 23 de abril de 2004, como la mercantil "LBDB ANJUNA, S.L." tienen por objeto social, en lo que aquí interesa: a) la adquisición, enajenación, tenencia y explotación de todo tipo de inmuebles; b) la prestación de servicios de agencia de contratación, promoción y representación de todas clase de artistas; y c) la prestación de servicios de publicidad, entre otras actividades. Además, entre las actividades que integran el objeto social de la entidad "MABOQ 2001, S.L." se encuentra la de la planificación, gestión, promoción y construcción de todo tipo de edificaciones y la formación, gestión, administración y asesoramiento de entidades que estén dirigidas al desarrollo de promociones inmobiliarias, ya sean cooperativas, comunidades de propietarios o sociedades mercantiles (documentos nº 5 y 14 de la demanda)

5.- En la junta general de la entidad "MABOQ 2001, S.L.", celebrada el día 25 de julio de 2009, no se aprobó el cese de doña Eva como administrador de la sociedad, imputándole el demandante que había incurrido en prohibición de competencia (documento nº 3 de la demanda).

6.- Tras la celebración de la junta reseñada en el apartado anterior, doña Eva cesó el día 2 de julio de 2009 como administradora de la entidad "LBDB ANJUNA, S.L.", siendo nombrada su hermana, doña Fátima , que el día 7 de agosto siguiente otorgó a doña Eva , socia única de la referida mercantil, muy amplios poderes de gestión y representación -lo que no se discute- (documento nº 13 de la demanda).

7.- El día 12 de septiembre del año 2003, don Jose Pedro y doña Eva constituyeron la sociedad "ESTUDIO MARTÍN CABALLERO, S.L.", de la que es administrador único don Jose Pedro , siendo éste titular del 99% del capital social y doña Eva del 1% restante. La sociedad tiene por objeto social la realización de actividades de mediación y coordinación referidas exclusivamente a la prestación de servicios profesionales en los campos de la arquitectura y el urbanismo a cargo de los arquitectos socios, con la colaboración, en su caso, de otros profesionales legalmente competentes. La realización en representación de los clientes y por cuenta exclusiva de los mismos, de las actividades de gestión, asesoramiento, coordinación y administración que guarden relación y sean compatibles con la realización de las misiones profesionales encargadas. También podrá explotar los derechos de propiedad intelectual o industrial derivados de la actividad de los miembros de la entidad (documento nº 19 de la contestación a la demanda).



8.- Al tiempo de la presentación de la demanda, los cónyuges don Jose Pedro y doña Eva se encontraban en trámites de divorcio, habiendo recaído el oportuno auto de medidas provisionales (documento nº 2 de la demanda).

TERCERO .- Recurso de apelación interpuesto por la parte demandada

La prohibición de competencia contemplada en el artículo 65.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (actualmente, artículo 230 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) impide al administrador de una sociedad, salvo autorización expresa otorgada mediante acuerdo adoptado en la junta general, dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya su objeto social.

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

Como apuntamos en la sentencia de este tribunal de 17 de junio de 2013 , puede darse el caso, al menos conceptualmente, de que el administrador que emprende por su cuenta actividades idénticas, análogas o complementarias a las que integran el objeto de la sociedad que administra lo haga con total pulcritud desde el punto de vista concurrencial, esto es, sin valerse de medios que la Ley de Competencia Desleal reputa ilícitos, lo que no será obstáculo para apreciar la infracción de la prohibición de competencia. Cabe también que la actividad idéntica, análoga o complementaria se desarrolle mediante esa clase de medios, en cuyo caso a las consecuencias legales de la infracción de la prohibición de competencia habría que añadir las consecuencias propias de esa ilicitud adicional. Finalmente, puede suceder que el administrador incurra en ilicitud concurrencial con la sociedad que administra pero que lo haga en el desarrollo de actividades que no sean ni idénticas, ni análogas ni complementarias respecto de las que integran el objeto de la sociedad, pues no pertenece a la esencia de los ilícitos que contempla la Ley de Competencia Desleal la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de los mismos, tal y como establece expresamente el artículo 3.2 de dicha ley .

Aclarado lo anterior y como consecuencia de lo expuesto no vamos a analizar, porque no es objeto de presente litigio, las concretas conductas desleales que se reprochan a la demanda con relación a la explotación de sus derechos de imagen, limitándose el enjuiciamiento a la prohibición de competencia, haya dado lugar o no, a la comisión de actos de competencia desleal. Esto es, el hecho de que pudiera estimarse que la demandada ha infringido la prohibición de competencia en absoluto supone censurar su comportamiento desde el punto de vista de la competencia desleal.

La prohibición de competencia del artículo 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada es una manifestación del deber de lealtad que incumbe a todo administrador de una sociedad.

Como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2008 , la prohibición de concurrencia constituye una obligación negativa y además relativa en tanto que: *"solo cesa cuando la junta general, conociendo las actividades competitivas del administrador, autorice expresamente a ejercerlas, por lo que incurre en su vulneración el administrador que sin tener la autorización requerida vulnera la prohibición "*.

Añade la meritada sentencia que la norma prohibitiva del artículo 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada tiene su fundamento en el sustrato ético que debe presidir las relaciones económicas ante la existencia de una situación de incompatibilidad y se trata de proteger a la sociedad del daño que puede suponer a la sociedad esa situación de conflicto, que ha de ser un riesgo serio y consistente, ya sea actual o potencial, por lo que no es necesario acreditar que haya producido beneficio en otras empresas o personas.

Por su parte, la sentencia del Alto Tribunal de 26 de diciembre de 2012 , con cita de la anterior, precisa, que: *"La Ley parte de la premisa de que la dedicación simultánea del administrador de la sociedad a una actividad análoga o complementaria a la del objeto social, ya sea por cuenta propia o ajena, constituye un conflicto de intereses que puede redundar en perjuicio de la sociedad, razón por la cual se prohíbe, pero no de forma absoluta, sino relativa, pues cabe la autorización de la junta general. Pero esta autorización debe ser expresa, esto es, debe constar expresamente la voluntad de la junta que consiente en que el administrador desarrolle esta actividad que, en principio, acarrea los riesgos propios del conflicto de intereses."*

En el supuesto de autos ni siquiera se discute que la administradora demandada constituyó otra sociedad con objeto social, al menos, parcialmente coincidente con el de la sociedad por ella administrada, asumiendo también la condición de administradora única de la nueva sociedad. Tampoco se polemiza sobre la inexistencia de autorización expresa de la junta general de la entidad "MABOQ 2001, S.L.". A pesar de ello, las demandadas rechazan el cese de la administradora con base en las siguientes alegaciones: a) ejercitarse la pretensión con



abuso de derecho; b) falta de concurrencia en el mercado de las sociedades de las que es administradora la codemandada, tratándose de sociedades instrumentales para optimizar los ingresos de la codemandada, siendo la segunda mera sucesora de la actividad desarrollada por la primera; y c) autorización tácita del demandante.

3.1. *Infracción del artículo 7.2 del Código Civil por inaplicación de la doctrina del abuso del derecho.*

Sostiene la parte demandada que concurre abuso de derecho en la pretensión de cese de doña Eva como administradora única de "MABOQ, 2001, S.L." porque el demandante es al mismo tiempo administrador de otra sociedad, denominada "ESTUDIO MARTÍN CABALLERO, S.L.", cuyo objeto social es concurrente con el de "MABOQ, 2001, S.L.", por lo que no se puede imputar conducta desleal a uno de los socios cuando el otro está inmerso en idéntica situación, pues supondría un trato discriminatorio entre los socios.

La aplicación de la doctrina de la prohibición del abuso de derecho (artículo 7.2 del Código Civil) no puede ser acogida por diversas razones.

En primer lugar, en la contestación a la demanda no se invocó dicha doctrina con relación a la pretensión de cese de la administradora codemandada por incurrir en la prohibición de competencia y tan sólo se aludió -y sin el menor desarrollo argumental- al ejercicio abusivo de la pretensión con ocasión de la falta de idoneidad del actor para el cargo de administrador único, lo que remite la aplicación de la anterior doctrina a la segunda de las peticiones de la demanda, esto es, al nombramiento del actor como administrador social, lo que hace que ahora, en segunda instancia y con relación al cese de la codemandada, integre una cuestión nueva vedada por el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , lo que por sí sólo justificaría el rechazo de la alegación planteada.

En todo caso, conforme al artículo 7.2 del Código Civil , resulta conveniente recordar que: *"La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso"*.

Como reitera la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2005 , con cita de las 21 diciembre 2000 , 16 mayo y 12 julio 2001 , 2 julio 2002 , 13 junio 2003 , entre otras muchas, la doctrina jurisprudencial exige para su apreciación los siguientes elementos esenciales:

- a) El uso de un derecho de forma objetiva y externamente legal.
- b) Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica.
- c) La inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo -ausencia de interés legítimo-), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo); sin que quepa invocar la sanción cuando el exceso pernicioso en el ejercicio del derecho esté garantizada por precepto legal - sentencia 2 julio 2002 , que cita las de 28 abril 1976 y 14 julio 1992 -.

En definitiva, como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2011 : *"La doctrina del abuso de Derecho, en palabras de la STS de 1 de febrero de 2006 (RC num. 1820/2000) se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho."*

Por último, debe tenerse también en consideración que el abuso de derecho es de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo, y que no puede invocarse en favor de quien es responsable de una acción antijurídica (sentencias de 15 de febrero de 2000 y 1 de febrero de 2006).

Lo expuesto pone manifiesto la falta de consistencia del planteamiento de la doctrina del abuso del derecho, pues resulta patente el interés del actor, formalmente titular del 50% del capital social, en que se acuerde el cese de la administradora que ha infringido la prohibición de competencia, sin que ésta, por ello, pueda invocar tal doctrina en tanto que, en principio, es responsable de la vulneración de la prohibición legalmente impuesta por dicho precepto a los administradores sociales.

Tampoco podemos prescindir del hecho de que el actor cesó en el mes de marzo de 2008 como administrador de la entidad "MABOQ, 2001, S.L.", circunstancia que, precisamente, no concurre en la codemandada que continúa como administradora única de la sociedad.



Por lo demás, el objeto social de la entidad "ESTUDIO MARTÍN CABALLERO, S.L.", descrito en el punto 7º del segundo fundamento de derecho de esta resolución, a lo más que podría llegar es a tener la consideración de complementario de la actividad contemplada en el objeto social de la codemandada relativa a la planificación, gestión, promoción y construcción de todo tipo de edificaciones y la formación, gestión, administración y asesoramiento de entidades que estén dirigidas al desarrollo de promociones inmobiliarias, ya sean cooperativas, comunidades de propietarios o sociedades mercantiles, sin que conste que esta sociedad haya desarrollado nunca dicha actividad por lo que realmente no cabría afirmar la existencia de contraposición de intereses que exige, como doctrina jurisprudencial, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2008 .

3.2. Falta de concurrencia en el mercado de las sociedades de las que es administradora la codemandada, tratándose de sociedades instrumentales para optimizar los ingresos de la codemandada, siendo la segunda mera sucesora de la actividad desarrollada por la primera.

Tampoco se comparten en este particular los argumentos expuestos por la parte demandada.

Tanto la entidad "MABOQ 2001, S.L." como la mercantil "LBDB ANJUNA, S.L." tienen por objeto social, entre otras actividades, la prestación de servicios de agencia de contratación, promoción y representación de toda clase de artistas y no se discute que ambas sociedades han gestionado y explotado los derechos de imagen de la demandada.

No cabe alegar ahora que se trata de meras sociedades instrumentales y que debe penetrarse en su sustrato personal.

Si por las razones que fueren la demandada constituye con el que fue su esposo una sociedad con el objeto social ya indicado, no puede prevalerse de la personalidad jurídica de la sociedad para lo que la interesa y levantar a su antojo el velo de la personalidad jurídica para lo que no le interesa, lo que, por otra parte, sería tanto como afirmar su constitución fraudulenta.

Tampoco puede sostenerse la tesis de la continuación societaria si tenemos en cuenta que la sociedad codemandada está participada al 50% por el demandante y doña Eva , mientras que la entidad "LBDB ANJUNA, S.L." es una sociedad unipersonal, siendo aquélla su socio único. El hecho de que ésta haya "sucedido" a la entidad "MABOQ 2001, S.L." en la explotación de los derechos de imagen de la codemandada es, precisamente, lo que evidencia la contraposición de intereses a los efectos de aplicar la prohibición del competencia del artículo 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , sin que ello implique prejuzgar, desde ningún otro punto de vista, la conducta de demandada ni la de la entidad "LBDB ANJUNA, S.L."

3.3. Consentimiento tácito por parte del demandante

Como ya hemos apuntado, el Tribunal Supremo exige que sea expresa la autorización de la junta general para liberar al administrador societario de la prohibición de competencia, rechazando que pueda admitirse una autorización tácita derivada del conocimiento que los socios tengan de la actividad desarrollada por los administradores (sentencia de 26 de diciembre de 2012).

No cabe, pues, atribuir eficacia a la alegada autorización tácita del demandante. En todo caso, tampoco se aprecia.

La parte demandada alega que el actor conoció la existencia de otra sociedad denominada "GUELON, S.L." con el mismo objeto social que la entidad codemandada y siendo doña Eva administradora de esta sociedad fue nombrada administradora única de la entidad codemandada.

Dicha circunstancia no implica que el demandante autorizara tácitamente a la codemandada para dedicarse a través de otra sociedad a idéntica actividad que constituye el objeto social de la codemandada por la sencilla razón de que como resulta de la propia documentación aportada por la parte demandada, la sociedad "GUELON, S.L.", constituida en el año 1991, estaba completamente inactiva, habiéndose practicado la última inscripción en el año 1997, sin perjuicio de que se hayan formulado y depositado las cuentas anuales hasta el ejercicio 2007. Sin embargo, la hoja registral de la citada sociedad se encuentra cerrada por falta de depósito de las cuentas anuales de los ejercicios posteriores y, de las que se aportan, lo que se deduce, precisamente, es la completa falta de actividad de la sociedad, al menos, desde el inicio del ejercicio 2003 en el que los consumos e ingresos de explotación, como en los ejercicios siguientes, fue de cero euros (documentos nº 7 a 11 de la contestación a la demanda).

Tampoco cabe sostener la autorización tácita del hecho de que el demandante sea administrador único de la mercantil "ESTUDIO MARTÍN CABALLERO, S.L." porque, además de lo señalado en el último párrafo del apartado 3.1 del anterior fundamento de derecho, al que nos remitimos, lo único que se deduciría del tal circunstancia es que la codemandada, socia minoritaria de dicha entidad, conoció y aceptó que su entonces



esposo fuera administrador de dicha mercantil y, hasta su cese, de la entidad "MABOQ 2001, S.L.", no que se tratara de una situación aceptada por el demandante en relación a la codemandada tras producirse la ruptura sentimental del matrimonio y respecto de una sociedad constituida con posterioridad a la quiebra afectiva de los cónyuges.

Por último, del hecho de que en algún momento se barajara la posibilidad de que el demandante transmitiera a la codemandada a coste cero sus participaciones sociales en la entidad "MABOQ 2001, S.L." y que se desechara por el coste fiscal que ello implicaba para el actor no cabe deducir que conociera y consintiera la posterior constitución de la entidad "LBDB ANJUNA, S.L.", pudiendo entenderse la frustrada operación como un intento de separar los patrimonios de los cónyuges en el marco de la crisis matrimonial, todo ello sin perjuicio de lo que en su día pueda decidirse sobre la titularidad real de las participaciones sociales que ostenta el demandante en la entidad "MABOQ 2001, S.L.", lo que constituye el objeto de otro proceso seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pozuelo de Alarcón, habiendo sido rechazada en su día la excepción de litispendencia opuesta por la parte demandada.

Los razonamientos expuestos determinan la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia apelada en el particular impugnado por el recurso interpuesto por la parte actora.

3.4. Costas derivadas del recurso interpuesto por la parte demandada.

La desestimación del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada determina que se impongan a dicha parte las costas causadas con su recurso a la demandante apelada, todo ello en aplicación del artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al artículo 394 del mismo texto legal .

CUARTO .- Recurso de apelación interpuesto por el demandante

4.1 Impugnación del pronunciamiento absolutorio de la sociedad "MABOQ 2001, S.L." por falta de legitimación pasiva.

La sentencia apelada absuelve a la entidad "MABOQ 2001, S.L." de todas las pretensiones deducidas en la demanda al rechazar la legitimación pasiva de la sociedad para soportar la acción de cese de su administrador.

Argumenta la sentencia dictada en primera instancia que la naturaleza de la acción ejercitada con base en el artículo 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada implica la falta de legitimación pasiva de la sociedad codemandada ya que en la acción de cese del administrador sólo puede ser titular pasivo de la relación jurídica el administrador cuyo cese se pretende.

El tribunal no comparte el razonamiento de la sentencia al margen de que no solo se pretende el cese de la administradora sino también, acordado el cese de la demandada, el nombramiento del actor como nuevo administrador, sin que se aprecie razón alguna para negar a la sociedad legitimación pasiva respecto de esta acción, cuestión distinta es si el actor tiene o no acción para pretender tal nombramiento. Conviene indicar, por lo demás, que en la demanda se formulaban ambas pretensiones frente a ambos demandados de forma indiscriminada.

La pretensión de cese del administrador de una sociedad por incurrir en prohibición de competencia exige demandar tanto a la sociedad como al administrador cuyo cese se pretende, estando ambos pasivamente legitimados para soportar la acción unidos en situación de litisconsorcio pasivo necesario.

La acción de cese del administrador implica la extinción de la relación jurídica que liga al administrador con la sociedad, dejando materialmente sin efecto el correspondiente acuerdo de la junta general que, en su día, acordó su nombramiento.

Sin pretender profundizar sobre la naturaleza la relación jurídica que vincula al administrador con la sociedad, no cabe duda de que existe un vínculo orgánico que genera derechos y obligaciones tanto para el administrador como para la sociedad y el cese del administrador con extinción del vínculo sociedad-administrador no puede hacerse a espaldas de ninguno de ellos.

La resolución que pueda dictarse en ejercicio de la acción aquí analizada afecta de modo directo e inmediato tanto al administrador cuyo cese se pretende como a la sociedad que, como en este caso, de acogerse, puede transitoriamente ver impedido el funcionamiento de su órgano de administración, lo que, sin duda, afecta a la sociedad.

El artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye la condición de parte procesal legítima a quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.



En el caso de cese de un administrador societario lo que se discute es la pervivencia de la condición de administrador de un determinado sujeto nombrado por la junta general de la sociedad y la titularidad de esa relación jurídica corresponde tanto a la sociedad como al administrador.

También se pronuncian a favor del reconocimiento de legitimación pasiva de la sociedad frente al ejercicio de la acción de cese del administrador por incurrir en prohibición de competencia del artículo 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, la sentencia de la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de febrero de 2004, que sigue el criterio de la de la sección 13ª de 28 de marzo de 2000.

Procede, en consecuencia, revocar la resolución apelada que absolvió a la sociedad codemandada con fundamento en su falta de legitimación pasiva y se estima también la demanda frente a la citada sociedad respecto de los pronunciamientos por los que se declara que la administradora codemandada ha incurrido en prohibición de competencia y se acuerda su cese.

4.2 Impugnación del pronunciamiento desestimatorio de la pretensión del nombramiento del demandante como administrador de la entidad "MABOQ 2001, S.L."

El tribunal participa de los razonamientos efectuados en la sentencia apelada en el particular ahora analizado.

Que se acuerde el cese de la administradora única de la sociedad no implica que el órgano judicial pueda proceder al nombramiento del administrador usurpando una competencia de la junta general de socios (artículos 160 b y 214 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

El hecho de que la sociedad quede transitoriamente acéfala no justifica tal actuación cuando en las normas societarias se contempla la forma de proceder al nombramiento por el órgano competente.

Así, cualquiera de los socios podrá promover judicialmente la convocatoria de la oportuna junta con el objeto de proceder al nombramiento de los administradores (artículo 171 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

Tampoco es óbice que estatutariamente el nombramiento tenga que recaer sobre uno de los socios, pues no puede imponerse el nombramiento a la demandante, siendo la junta general la que debe adoptar el oportuno acuerdo y si el órgano de administración queda paralizado porque los socios no logran ponerse de acuerdo sobre su designación, lo que procederá es la disolución de la sociedad (artículos 363 y siguientes del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital)

4.3 Impugnación de los pronunciamientos efectuados en la sentencia apelada con relación a las costas procesales

Revocada la sentencia apelada respecto a la total absolución de la sociedad codemandada, quedan sin contenido las alegaciones formuladas por el apelante relativas a que no se le impusieran las costas procesales causadas a la demandada absuelta para el caso de que se mantuviera su falta de legitimación pasiva, todo ello con fundamento en la concurrencia de serias dudas de derecho respecto de la discutida legitimación.

La estimación parcial de la demanda respecto de ambas demandadas determina que no se efectúe especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en la instancia precedente de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que sea de aplicación la doctrina de la estimación sustancial al considerar el tribunal que en buena medida el interés de la presentación de la demanda estaba en conseguir el rechazado nombramiento del actor como administrador de la sociedad y no sólo el cese de la demandada, por lo que consideramos que la estimación de la demanda es parcial.

4.4. Costas derivadas del recurso interpuesto por la parte demandante

La estimación parcial del recurso de apelación formulado por la parte actora implica que no proceda condenar al pago de las costas originadas por el mismo a ninguno de los litigantes, todo ello en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador don Ignacio Melchor de Oruña en nombre y representación de **DOÑA Eva y "MABOQ 2001, S.L."** contra la sentencia dictada el día 18 de marzo de 2011 por el Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid, en el procedimiento núm. 1066/2009 del que este rollo dimana, con expresa imposición a los apelantes de las costas procesales causadas con su recurso de apelación.



2.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña Esther Pérez-Cabezas Gallego en nombre y representación de **DON Jose Pedro** contra la referida sentencia y, en consecuencia, se revoca parcialmente, dejando sin efecto la absolución de la entidad codemandada y, en su lugar, estimamos parcialmente la demanda frente a DOÑA Eva y la entidad "**MABOQ 2001, S.L.**", para:

- a) declarar que la demandada doña Eva ha incurrido en infracción de la prohibición de competencia establecida por el artículo 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ;
- b) como consecuencia de lo anterior, se acuerda el cese de doña Eva como administradora única de la entidad "MABOQ 2001, S.L.";
- c) se desestima en lo demás la demanda;
- d) no se efectúa especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en primera instancia;
- e) no ha lugar a efectuar expresa imposición de las costas causadas con el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.