



Roj: **SAP M 5290/2016 - ECLI:ES:APM:2016:5290**

Id Cendoj: **28079370282016100101**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **22/04/2016**

Nº de Recurso: **220/2014**

Nº de Resolución: **146/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Madrid, núm. 9, 30-12-2013,
SAP M 5290/2016**

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0039401

Rollo de apelación nº 220/2014

-Materia: Impugnación de acuerdos sociales, exclusión de socios, cese de administradores por competencia.

-Órgano judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid

-Autos de origen: Juicio ordinario 684/2012

-Parte Apelante/Apelada: Dña. Ariadna y Habial Consulting, S.L.

Procurador/a: Dña. Dolores Uroz Moreno

Letrado/a: D. Carlos Prieto Folgueira

AVEMA XXI SLU, AVEMA XXI 2 SL, INMOBILIARIA DURAN GOMEZ SA y KIMPOLD HISPANO ALEMANA, S.L.

Procurador/a: Dña. SILVIA VAZQUEZ SENIN

Letrado/a: José V Santaemilia Alcacer

-Parte Apelada: ALSIMASICOSULLA INVERSIONES SL y SISULLA S.L.

Procurador/a: Dña. Dolores Uroz Moreno

Letrado/a: D. Carlos Prieto Folgueira

SENTENCIA nº 146/2016

Ilmos Srs. Magistrados:

D. Gregorio Plaza González

D. Pedro María Gómez Hernández

D. Francisco de Borja Villena Cortés (ponente)

En Madrid, a 22 de abril de 2016.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados arriba indicados, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 220/2014 los autos 684/2012, provenientes del Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.



ANTECEDENTES DE HECHO

(1).- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Con estimación parcial de la demanda promovida por AVEMAXXI S.L AVEMA XXI 2 S.L INMOBILIARIA DURAN GOMEZ S.A KINPOLD HISPANO ALEMANA S.L contra HABIAL CONSULTING S.L, DÑA Ariadna , ALMASICOSULLA INVERSIONES S.L Y SISULLA S.L, ACUERDO EL CESE DE LA ADMINISTRADORA DEMANDADA DÑA Ariadna , DESESTIMANDO EL RESTO DE PRETENSIONES EJERCITADAS.

En materia de costas, no cabe especial pronunciamiento".

(2).- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día 21 de abril de 2016.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco de Borja Villena Cortés

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen del proceso en la primera instancia.

(1).- Pretensión inicial de la parte actora. Por parte de AVEMA XXI SL y OTROS se interpuso demanda de Juicio ordinario frente a HABIAL CONSULTING SL y OTROS, en la que se deducían, sucintamente expuestas aquí, las siguientes pretensiones:

(i).- Se acuerde el cese de Ariadna como administradora de la sociedad HABIAL CONSULTING SL.

(ii).- Se declare la nulidad del acuerdo denegatorio de la expulsión de los socios ALSIMASICOSULLA INVERSIONES SL y SISULLA SL de la sociedad HABIAL CONSULTING SL, adoptado en Junta de fecha 19 de junio de 2012, con los efectos inherentes a ello.

(iii).- Se condene a la parte demandada al pago de las costas procesales.

(2).- (Fundamento fáctico) Dichas peticiones deducidas por AVEMA XXI SL y OTROS se fundamentan, en resumen, en la siguiente alegación fáctica:

(i).- La administradora social única, Ariadna , tiene participación directa, como socia y administradora, en otras sociedades que realizan el mismo género de negocio que HABIAL CONSULTING SL, entidad administrada por aquella, sin que tal circunstancia fuese ni conocida por los socios, ni autorizada por la Junta.

(ii).- Tal administradora tiene además una participación directa en las entidades ALSIMASICOSULLA INVERSIONES SL y SISULLA SL, que entre ambas controlan más del 50% del capital social de HABIAL CONSULTING SL, por lo que también deben sufrir la expulsión de tal capital social, al dedicarse ambas al mismo negocio de promoción inmobiliaria.

(iii).- Debatido en Junta el acuerdo de expulsión de tales socios, estos dejaron de abstenerse, por lo que el rechazo a la adopción del acuerdo es inválido, y debe entenderse adoptado por el resto del capital social.

(3).- Contestación a la demanda. En el litigio del que trae causa el presente recurso de apelación, por HABIAL CONSULTING SL y OTROS en su escrito de contestación, se instó la desestimación de la demanda en los pedimentos contra ella dirigidos, y la imposición de las costas a la parte actora.

Para la defensa de su posición, por HABIAL CONSULTING SL y OTROS en resumen sucinto, se alegó que:

(i).- La sociedad HABIAL CONSULTING SL tiene su objeto delimitado a dos concretas promociones inmobiliarias, no a más, según acuerdo entre los socios, por lo que no puede Ariadna entrar en conflicto con ellas en su actividad empresarial.

(ii).- El hecho de que Ariadna se dedicaba por su cuenta a tal actividad, a través de sociedades, era conocido para todos los socios de HABIAL CONSULTING SL, lo que también realizan esa misma práctica.

(iii).- No puede excluirse a los socios ALSIMASICOSULLA INVERSIONES SL y SISULLA SL de la sociedad HABIAL CONSULTING SL, ya que todos los demás socios están también incursos en la misma situación de competencia.

(iv).- No cabía abstenerse en la votación del acuerdo, ya que fue propuesto con abuso de derecho y mala fe.

(4).- Sentencia recurrida. Por el Juzgado Mercantil Nº 9 de Madrid se dictó Sentencia en fecha de 30 de diciembre de 2013 , en la que se estimó en parte la demanda formulada por AVEMA XXI SL y OTROS, se acordó



el cese de la administradora Ariadna , se desestimó toda otra petición, sin imponer las costas procesales a ninguna parte litigante.

Para ello, la Sentencia se basa esencialmente en los siguientes fundamentos:

(i).- Ariadna realiza por su cuenta, con participación personal en varias sociedades, el mismo género de actividad empresarial que HABIAL CONSULTING SL.

(ii).- Ello no aparece objetado por la existencia de acuerdos entre socios que no se han incorporado a los estatutos sociales, ya que el objeto social de HABIAL CONSULTING SL no aparece delimitado a una concreta promoción inmobiliaria.

(iii).- El hecho de que los otros socios se dediquen a la misma actividad no autoriza al administrador social a concurrir con la sociedad.

(vi).- Ese cese no puede arrastrar consigo, sin más, la expulsión de los socios ALSIMASICOSULLA INVERSIONES SL y SISULLA SL, por el hecho de que sean entidades vinculadas a la administradora cesada.

(v).- No concurriría el presupuesto legal para el acuerdo de expulsión de socios, además de tener que observar el deber de abstención separadamente, respecto de uno y otro socio, y de precisar un posterior ejercicio de acción social.

Objeto del recurso de apelación.

(5).- Apelación de AVEMA XXI SL y OTROS. Por la parte actora se interpone recurso frente a dicha Sentencia del Juzgado Mercantil Nº 9 de Madrid, en el que insta la revocación de la misma, y la estimación de los pedimentos de la demanda.

A tal fin, el recurso de apelación de AVEMA XXI SL y OTROS se sustenta, aquí resumidos a los meros efectos de ofrecer una perspectiva de conjunto del objeto del proceso, más adelante desarrollados puntualmente, en los siguientes motivos:

(i).- Se ha infringido el art. 231 TRLSC, ya que el cese de la administradora social debe conllevar la expulsión de los socios vinculados a tal administradora.

(ii).- Infracción del art. 190 TRLSC, ya que en el acuerdo propuesto sobre su expulsión debió operar en todo caso el deber de abstención de tales socios, lo que habría determinado un resultado positivo a la propuesta de expulsión,

(6).- Apelación de HABIAL CONSULTING SL y OTROS. Por la parte demandada se interpone recurso frente a dicha Sentencia del Juzgado Mercantil Nº 9 de Madrid, en el que insta la revocación de la misma, y la desestimación de los pedimentos de la demanda.

A tal fin, el recurso de apelación de HABIAL CONSULTING SL y OTROS se sustenta, aquí resumidos a los meros efectos de ofrecer una perspectiva de conjunto del objeto del proceso, más adelante desarrollados puntualmente, en los siguientes motivos:

(i).- No puede existir relación de competencia entre la administradora y la sociedad, porque ésta tiene delimitado su objeto social a unas actuaciones puntuales.

(ii).- Existe un general conocimiento de los socios demandantes de la actividad de la administradora social.

(7).- Oposición al recurso. Por cada parte litigante se presentó escrito de oposición al recurso de apelación formulado por la parte contraria. Para ello, cada parte se reiteró sustancialmente en los argumentos expuestos en sus escritos de demanda y contestación, respectivamente.

I.- Relativos al recurso de AVEMA XXI SL, AVEMA XXI 2 SL, INMOBILIARIA DURÁN GÓMEZ SA y KINPOLD HISPANO ALEMANA SL.

Motivo primero del recurso: exclusión de socios.

(8).- Enunciado del motivo. El recurso interpuesto por AVEMA XXI SL y OTROS discrepa de la decisión de la Sentencia apelada de rechazar la exclusión de los socios ALSIMASICOSULLA INVERSIONES SL y SISULLA SL de la entidad HABIAL CONSULTING SL, ya que entiende que el razonamiento de la resolución recurrida no se ajusta a la "casuística" de la sociedad en cuestión donde debe aplicarse la norma, y ha obviado tal Sentencia la valoración de ciertas circunstancias concurrentes al caso.

Señala para ello el recurso de AVEMA XXI SL y OTROS que toda vez que la Sentencia acuerda el cese de Ariadna como administradora de HABIAL CONSULTING SL, debe también proceder la exclusión de las sociedades vinculadas a tal administradora, y que a su vez son socias de la citada HABIAL CONSULTING SL, por derivarse



tal consecuencia del art. 231 TRLSC. Añade el recurso, en tal sentido, que las sociedades ALSIMASICOSULLA SL y SISULLA SL son controladas instrumentalmente por dicha administradora cesada.

(9).- Hechos relevantes. Para resolver la cuestión controvertida en este motivo de recurso, deben ser fijados previamente los hechos relevantes, según las alegaciones de las partes y el contenido de las normas de aplicación, acontecimientos cuya realidad no está sometida a especial controversia entre las partes. Son los siguientes:

1º.- La sociedad HABIAL CONSULTING SL está constituida por los siguientes socios: ALSIMASICOSULLA INVERSIONES SL, con el 49,50% del capital social, SISULLA SL, con el 5,50%, AVEMA XXI SL, con el 18%, AVEMA XXI 2 SL, con el 5,85%, KINPOLD HISPANO ALEMANA SL, con el 6,75%, e INMOBILIARIA DURÁN GÓMEZ SA, con el 14,40%.

2º.- Ariadna es administradora de la sociedad HABIAL CONSULTING SL desde el día 21 de julio de 2004, y desde el año 2009 con la condición de única.

3º.- A su vez, Ariadna dispone de un tercio del capital social de ALSIMASICOSULLA INVERSIONES SL, y en la misma es la representante de la persona jurídica administradora. También es administradora solidaria de la entidad SISULLA SL.

(10).- Valoración de la Sala. La pretensión de AVEMA XXI SL y OTROS, en este punto, aspira a hacer extensivos, de modo directo, ciertos efectos del cese de la administradora social de HABIAL CONSULTING SL, en virtud del art. 230 TRLSC, a la exclusión de socios de esa misma sociedad, prevista en el art. 350 TRLSC, por vinculación de estos socios con aquella administradora. No resulta aceptable tal pretensión, ya que:

(i).- Con independencia de la suerte que corra en la presente apelación la pretensión de cese de la administradora Ariadna, por incurrir en competencia, no es posible trasladar la regulación de la norma prevista para los administradores en el art. 230 TRLSC a los socios.

(ii).- La exclusión de socios cuenta con una regulación específica en el art. 350 TRLSC, que establece un supuesto de hecho para dar lugar a la misma, y un cauce para la aplicación del efecto de expulsión de la sociedad. Esta es la norma especial para los socios, y no puede ser orillada su aplicación acudiendo al precepto específico para los administradores, con el fin de soslayar los requisitos exigidos en aquella otra norma que resulta de aplicación al estatuto jurídico de socio, intento que constituye en sí mismo un fraude de ley.

(iii).- Por tanto, la pretensión de exclusión de socios sólo puede ser abordada desde la perspectiva impuesta en el art. 350 TRLSC, norma que exige que se trate de un socio en quien concurra a su vez la condición de administrador social, y que el efecto se aplique a través de la adopción de un acuerdo social, adoptado en Junta de socios, art. 352.1 TRLSC.

(iv).- En el caso de ALSIMASICOSULLA INVERSIONES SL y SISULLA SL, respecto de la sociedad HABIAL CONSULTING SL, no se cumple ninguno de aquellos requisitos. Ni estas entidades socias de HABIAL CONSULTING SL reúnen la condición de administradoras de la misma, por lo que no concurre el supuesto de hecho que habría de habilitar normativamente la expulsión de socios, ni se ha adoptado acuerdo social en tal sentido.

(11).- (Tratamiento de personas vinculadas) La invocación que se contiene el recurso de AVEMA XXI SL y OTROS del art. 231 TRLSC no permite alcanzar una conclusión contraria a la expuesta. Las razones que lo fundamentan son las siguientes:

(i).- La regulación del Derecho de sociedades de capital otorga progresivamente un mayor poder de gestión autónoma a los administradores de las mismas y, correlativamente, va restringiendo para los socios la posibilidad de inmiscuirse en la gestión ordinaria de su sociedad. Estos sólo cuentan con instrumentos secundarios para el control de tal gestión, como el derecho de información en las Juntas o la posibilidad de acciones de responsabilidad.

(ii).- En contrapeso de aquellos poderes de gestión, la normativa societaria impone a los administradores una serie de comportamientos, tanto activos como omisivos, que se reconducen a la rígida observancia de dos deberes, el de diligencia en la gestión social, y el de lealtad hacia la sociedad. Tal deber de lealtad, art. 227 TRLSC (antiguo art. 226, aplicable por la fecha de los hechos que dan lugar al litigio) impone al administrador velar en todo caso por el interés social, y anteponerlo siempre al interés del propio administrador o de terceros.

(iii).- Del citado deber de lealtad deriva la debida abstención por el administrador de aprovechar para sí o para terceros oportunidades de negocio que le son ofrecidas como administrador de la sociedad (antiguo art. 228 TRLSC), o evitar situaciones de conflicto de intereses, suyos o de personas relacionadas con él, en la adopción de decisiones sociales o en la contratación por la sociedad, art. 229 TRLSC.



(iv).- En tal marco legal, cobra sentido el art. 231 TRLSC, el cual delimita el círculo de personas relacionadas con el administrador, a fin de servir de norma de remisión para aquellos preceptos que establecen para el administrador una infracción del deber de lealtad, por anteponer al interés de la sociedad, aquel otro materializado en su persona o en aquellas especialmente relacionadas con el mismo.

(v).- De ahí derivará el reproche jurídico que proceda para el administrador, único sujeto que quebranta el deber de lealtad aparejado al cargo que desempeña, que es lo que permite el art. 231 TRLSC. Pero tal precepto no alcanza a extender, no ya los efectos previstos para el propio administrador en normas que responden a aquella infracción de un deber personal del mismo, sino efectos completamente distintos de los recogidos en esa clase de normas, y prevenidos en otros ámbitos de la regulación societaria, como es la formación del estatuto de socio.

Motivo segundo: infracción del art. 190 TRLSC.

(12).- Exposición del motivo. Señala el recurso de AVEMA XXI SL y OTROS que la Sentencia apelada infringe el art. 190 TRLSC, ya que las sociedades ALSIMASICOSULLA INVERSIONES SL y SISULLA SL debieron abstenerse en la votación de la propuesta de acuerdo de expulsión contra ellas, lo que al excluir del capital social de la Junta su participación en HABIAL CONSULTING SL, del 49,50% y 5,50% respectivamente, hubiera motivado que sí se hubiese adoptado el acuerdo de expulsarlas, por el voto concurrente del resto de los socios.

(13).- Hechos relevantes. Para la decisión sobre este motivo de recurso, debe previamente establecerse cuáles son los hechos de los que parte el conflicto, e indicarse los medios por los que han resultado probados. Son los siguientes:

1º.- Fue convocada Junta general extraordinaria de socio de la sociedad HABIAL CONSULTING SL para el día 19 de junio de 2012, y se propuso como punto sexto del Orden del día el siguiente: "Exclusión de los socios ALSIMASICOSULLA INVERSIONES SL y SICOSULLA SL por contravenir la prohibición de competencia establecida en el artículo 230 LSC, al dedicarse a actividades idénticas, análogas o complementarias, sin comunicación ni consentimiento de la junta general conforme al proceso prevenido en el artículo 350 LSC".

[f. 234 de los autos, copia del anuncio de convocatoria, con el Orden del día establecido para tal Junta].

2º.- Durante el desarrollo de la celebración de tal Junta, llegado el momento de debate y votación de tal propuesta de acuerdo del punto 6º del Orden del día, se sometió a votación, y los socios ALSIMASICOSULLA INVERSIONES SL y SICOSULLA SL votaron en contra, y todos los demás socios a favor, por lo que la propuesta de acuerdo de expulsión quedó rechazada. Los representantes de los demás socios, en tal momento, alegaron que los dos socios a los que afectaba la propuesta de acuerdo de expulsión debían haberse abstenido, lo que fue rechazado por la presidencia de la Junta.

[f. 238 vueltos y 239 de los autos, ap. 9º, copia del acta notarial de la Junta de socios].

(14).- Valoración de la Sala. No puede prosperar el presente motivo de recurso de apelación, ya que:

(i).- Debe partirse de que la pretensión de AVEMA XXI SL y OTROS es la impugnación del acuerdo negativo a la propuesta de expulsión de socios, y la consiguiente proclamación judicial de adopción del acuerdo contrario, es decir, el de expulsión de los socios propuestos.

(ii).- La existencia de tales acuerdos de contenido negativo y su posibilidad de impugnación está expresamente admitida por la jurisprudencia, y así la STS nº 286/2015, de 2 de junio, FFJJ 8º y 9º señala que:

"8. Formulación del motivo segundo. El motivo se funda en la infracción del art. 115.1 LSA, por no ser impugnables los acuerdos negativos o no- acuerdos. En el desarrollo del motivo, se argumenta que en el acuerdo impugnado «lo que la junta rechaza por mayoría es el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores (...).

»La consecuencia de la anulación de dicho "acuerdo" sería que se aprobara el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores, sustituyendo de esta forma el órgano social por el órgano jurisdiccional para conformar la voluntad de la sociedad, lo que supondría vulnerar el principio mayoritario que regula las sociedades mercantiles recogido en el art. 159 de la Ley de Sociedades de Capital (RDLeg 1/2010, de 2 de julio). De la misma forma, la anulación del acuerdo implicaría la pérdida de la legitimación del socio para ejercitar subsidiariamente la acción social de responsabilidad que acumuladamente ha ejercitado». Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

9. Estimación del motivo segundo. Tiene razón la sociedad recurrente cuando afirma que con el acuerdo impugnado «lo que la junta rechaza por mayoría es el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores». Pero no puede negarse que se trate de un acuerdo, pues se decide que la sociedad no ejercite la acción social de responsabilidad contra los administradores por haberse cobrado unas retribuciones que no



les correspondían, al haber quedado sin efecto el acuerdo social que las acordó. Es un acuerdo contemplado por la Ley. El art. 134 LSA, después de reconocer a la sociedad la legitimación originaria para ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores, previo acuerdo de la junta general (apartado 1), atribuía a los accionistas que tuvieran más del 5% del capital social legitimación para ejercitar esta acción social cuando el acuerdo "hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad" (último inciso del apartado 4). La Ley prevé que sometido a la junta, esta adopte un acuerdo a favor o en contra de exigir responsabilidades a los administradores sociales. Por lo tanto acuerdo lo hay, aunque su contenido sea que la sociedad no ejercite la acción social de responsabilidad".

(iii).- La estimación de la impugnación contra el acuerdo del contenido negativo de la propuesta de expulsión de socios conllevaría necesariamente entender adoptado el acuerdo de signo contrario, es decir, el positivo respecto de la propuesta de expulsión, no ya sólo porque así lo plantea el conjunto de la pretensión de AVEMA XXI SL y OTROS, sino porque se trata de una opción exclusivamente alternativa en la expresión de la voluntad de la Junta de socios, esto es, o se acuerda rechazar la expulsión, o se adopta la misma.

(iv).- Esa solución impone la necesidad de algún tipo de control sobre el resultado del acuerdo virtual que se pretende proclamar en este proceso judicial, ya que, además, una vez acogido judicialmente no cabría contra el acuerdo virtual, proclamado en sentencia, un nuevo proceso de impugnación para su sometimiento a control de legalidad, al menos no sin graves dificultades en relación con la cosa juzgada.

(v).- Debe partirse de que, ciertamente, el art. 190.1.b) TRLSC dispone que "el socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto: (...) excluirle de la sociedad". Por ello, inicialmente, sí concurriría en apariencia formal un deber de abstención de los socios ALSIMASICOSULLA INVERSIONES SL y SISULLA SL, cuya expulsión era sometida a debate en Junta.

(vi).- Lo que ocurre es que el enunciado mismo de la propuesta de acuerdo, contenida en el Orden del día, era manifiestamente contraria a la legalidad, ya que lo sometido a la Junta no era la expulsión de socios incurso en causas legales para ello, esto es, del art. 350 TRLSC, la que afecta al socio que es a su vez administrador de la sociedad y ha incurrido en competencia no autorizada con la misma. Sino que lo que se pretendía aplicar por acuerdo de la Junta era una expulsión de la sociedad por competencia de administrador, cuando en los dos socios afectados, ALSIMASICOSULLA INVERSIONES SL y SISULLA SL, no concurría objetiva y palmariamente dicha condición. Con ello, el acuerdo virtual que resultaría, favorable a la expulsión, de la anulación del efectivamente adoptado, negativo a la expulsión, infringiría frontalmente una norma con rango legal, arts. 350 en relación con el art. 204 TRLSC.

(vii).- Es decir, ciertamente el art. 190 TRLSC impone el deber de abstención al socio cuando se debate una propuesta de acuerdo que conlleva su exclusión. Si tal precepto aparece en este caso formalmente infringido, ya que esa era la clase de acuerdo propuesto, ello debería conllevar la proclamación de un resultado en la votación distinto al obtenido, al estimar la abstención de los socios afectados. Pero tal defecto legal de forma no puede conducir, de modo que resulte abusivo, a imponer la proclamación de un resultado de la votación que suponga la adopción de un acuerdo radicalmente contrario a derecho, por la formulación de su contenido intrínseco, como es la separación de socios no administradores por incurrir en competencia.

(viii).- Frente a ello, la valoración puramente formal que atendiese a que la propuesta de acuerdo es de expulsión y ello, automáticamente, debería haber conllevado la abstención de los socios afectados, conduciría a decisiones irrazonables, que abocarían a la sociedad y sus socios a un nuevo proceso de impugnación, del acuerdo proclamado, sin sentido, siempre y cuando se pudiese eludir la excepción de cosa juzgada en ese segundo proceso.

II.- Relativos al recurso de HABIAL CONSULTING SL y Ariadna .

Motivo único: infracción del art. 230 TRLSC.

(15).- Contenido del motivo. Disiente el recurso de HABIAL CONSULTING SL y OTROS de la Sentencia apelada en la decisión de cesar a Ariadna como administradora única de HABIAL CONSULTING SL, al entender la resolución recurrida que la misma incurre en competencia con la sociedad, sin haber obtenida la pertinente autorización para ello por la Junta de socios.

Señala para ello el recurso de HABIAL CONSULTING SL y OTROS que todos los socios de HABIAL CONSULTING SL son a su vez sociedades mercantiles, dedicadas igualmente a la actividad inmobiliaria, con el mismo objeto social. Además, al momento de constituir la sociedad HABIAL CONSULTING SL todos los socios conocían la actividad de Ariadna, y su dedicación al negocio inmobiliario, pese a lo cual consintieron en su nombramiento como administradora de HABIAL CONSULTING SL, la que se constituyó exclusivamente para el desarrollo de dos concretos proyectos inmobiliarios, el de la c/ Corredera Baja de San Pablo nº 3 y 5, y el de la c/Barquillo



nº 11, según los pactos alcanzados entre los socios, por lo que el objeto social de HABIAL CONSULTING SL aparece así delimitado.

(16).- Valoración de la Sala (I): delimitación del objeto social. El primer argumento del motivo de recurso es que no podría apreciarse competencia entre la administradora cesada y la sociedad, ya que ésta se dedica exclusivamente a dos promociones inmobiliarias concretas y determinadas, y no está destinada a actuar en el mercado inmobiliario de ningún otro modo. No puede ser aceptada tal argumentación, ya que:

(i).- Se invoca por HABIAL CONSULTING SL y OTROS la existencia de unos pactos parasociales, de 25 de febrero de 2005, donde los socios habrían pactado la limitación del objeto social de HABIAL CONSULTING SL a las promociones de c/Corredera Baja de San Pablo y c/Barquillo, lo que impediría entender que HABIAL CONSULTING SL se dedica ilimitadamente al negocio de promoción inmobiliaria en general [f. 329 a 334 de los autos]

(ii).- De entrada, ha de indicarse, no se trata de pactos parasociales omnicomprendidos de todos los socios implicados en la sociedad HABIAL CONSULTING SL, ya que no consta la incorporación a aquellos pactos de KINDPOLD HISPANO ALEMAN SL, ni AVEMA XXI 2 SL, por mucho que algunos de los firmantes de los pactos puedan estar relacionados con estos dos últimos socios.

(iii).- Esa falta de omnicompreensión de la masa social impide ya de entrada sostener que el contenido del pacto **parasocial**, de valor meramente contractual, pueda trascender al plano societario, de la organización y funcionamiento objetivo de la persona jurídica societaria, ya que existen socios de tal sociedad no vinculados por el pacto **parasocial**, y que no pueden invocarlo tampoco ni frente al resto de los socios ni frente a la propia sociedad.

(iv).- En todo caso, el art. 2 de los Estatutos sociales de HABIAL CONSULTING SL fija con toda amplitud el objeto social, al señalar que "la Sociedad tiene por objeto las inversiones en las adquisiciones, tenencia, promoción y construcción de bienes inmuebles y su explotación en régimen de venta o alquiler (...)", sin limitación a promoción concreta alguna [f. 64 de los autos, certificación del Registro Mercantil].

(v).- Por tanto, la limitación de objeto pactada entre algunos de los socios no fue incorporada nunca a los estatutos, que fijan el régimen general de actuación de la sociedad respecto al objeto y finalidad de la misma. Respecto del objeto así establecido, en la única forma reconocible por la propia sociedad, socios y terceros, no puede negarse que la actividad empresarial personal de Ariadna entre en competencia.

(17).- Valoración de la Sala (II): actividad concurrencial de los socios. El segundo argumento que sostiene este motivo de recurso de HABIAL CONSULTING SL y OTROS es que los socios que han instado el cese de la administradora social también actúan en el mercado con actividades concurrentes con la de HABIAL CONSULTING SL, por lo que el ejercicio de la acción se habría entablado con abuso de derecho. Tampoco puede prosperar este argumento, ya que:

(i).- Los socios de la sociedad no están sometidos a la prohibición legal de competencia con la sociedad, la que sí pesa sobre el administrador, de modo que para ellos resulta legítima tal actividad.

(ii).- Por tanto, pueden desarrollarla libremente, y no quedan por ello vinculados, en modo alguno, a tener que consentir la infracción del deber de lealtad del administrador social que concurre en el negocio de la sociedad.

(iii).- En cuanto al conocimiento o no por los socios de la circunstancia de que Ariadna concurría con la actividad empresarial de HABIAL CONSULTING SL, no es particularmente relevante, ya que de ello no puede derivar un consentimiento tácito de admisibilidad de tal circunstancia, puesto que el art. 230 TRLSC exige no ese consentimiento tácito de cada socio, sino una declaración de voluntad formal de la sociedad misma, expresada a través de la adopción de un acuerdo en Junta, bajo las garantías legales para su adopción.

III.- Comunes a ambos recursos.

Costas procesales de la apelación.

(18).- Dispone el art. 398.1 LEC, respecto al criterio legal sobre imposición de costas en los recursos, que "Cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394", es decir, se acogerá el principio de estimación objetiva del recurso, con la única atenuación excepcional relativa a la apreciación eventual circunstancias especiales, como dudas de hecho o de derecho en el caso, que justificasen apartarse de aquel principio general.

En atención a la desestimación íntegra del recurso de apelación interpuesto por AVEMA XXI SL y OTROS, de un lado, y por HABIAL CONSULTING SL y OTROS, de otra parte, debe procederse a imponer a dicha parte apelante el pago de las costas en esta alzada.



En virtud de las razones expuestas, de las pruebas analizadas y de los preceptos citados se dicta el siguiente

FALLO

I.- Debemos desestimar y desestimamos los recursos de apelación interpuestos por AVEMA XXI SL y OTROS, así como por HABIAL CONSULTING SL y OTROS, respectivamente, frente a la Sentencia de fecha 30 de diciembre de 2013, del Juzgado de lo Mercantil N° 9 de Madrid , recaída en el proceso seguido como Juicio Ordinario n° 684/2012 de tal Juzgado, que se confirma en sus pronunciamientos.

II.- Debemos imponer e imponemos a AVEMA XXI SL, AVEMA XXI 2 SL, INMOBILIARIA DURÁN GÓMEZ SA y KINPOLD HISPANO ALEMANA SL, así como HABIAL CONSULTING SL y Ariadna , respectivamente, el pago de las costas procesales generadas en esta segunda instancia, en cuantía que resulte de la tasación practicada al efecto.

III.- Acordamos la pérdida de los depósitos realizados, en su caso, para la interposición del recurso de apelación.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se dicta, manda y firma en el día de su fecha, de la cual se dejará testimonio en los autos de su razón, llevándose su original al libro correspondiente, y ejecutoriándose, en su caso, en nombre SM el Rey.