



Roj: **SAP BA 1283/2024 - ECLI:ES:APBA:2024:1283**

Id Cendoj: **06015370022024100770**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Badajoz**

Sección: **2**

Fecha: **09/10/2024**

Nº de Recurso: **1222/2023**

Nº de Resolución: **866/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CASIANO ROJAS POZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

BADAJOZ

SENTENCIA: 00866/2024

Modelo: N10250 SENTENCIA

AVDA. COLÓN Nº 8, 1ª PLANTA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono:924284238 924284241 Fax:924284275

Correo electrónico:audiencia.s2.badajoz@justicia.es

N.I.G.06083 47 1 2023 0000016

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0001222 /2023

Juzgado de procedencia:JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de MERIDA

Procedimiento de origen:ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000017 /2023

Recurrente: Arsenio

Procurador: TERESA PAOLA TOVAR SANCHEZ

Abogado: JOSE ANDRES MARTINEZ-CARANDE CORRAL

Recurrido: Alberto

Procurador: JOSE MARIA DIAZ LEON

Abogado: MARCIAL FRAGA FERNANDEZ

SENTENCIA Núm. 866/2024

ILMOS. SRES...../

PRESIDENTE:

DON LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA

MAGISTRADOS:

DON JUAN MANUEL CABRERA LÓPEZ

DON CASIANO ROJAS POZO (PONENTE)

=====

Recurso civil número 1.222/2023.



Procedimiento ordinario 17/2023.

Juzgado de lo Mercantil número 2 de Badajoz (sede Mérida)

=====

ENCABEZAMIENTO.

En la ciudad de Badajoz, a nueve de octubre de dos mil veinticuatro.

Visto en grado de apelación ante esta sección segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, el presente recurso civil dimanante del procedimiento de ORDINARIO 17/2023 del Juzgado de lo MERCANTIL nº 2 de Badajoz con sede en Mérida ; siendo parte apelante Dº Arsenio , que ha comparecido representado por el/ la procurador/a Dª PAOLA TOVAR SÁNCHEZ y con defensa letrada Dº JOSÉ ANDRÉS MARTÍNEZ-CARANDE CORRAL; y parte apelada Dº Alberto , representado por el/la procurador/a Dº JOSÉ MARÍA DÍAZ LEÓN, y con defensa letrada de Dº MARCIAL FRAGA FERNÁNDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia mencionado, con fecha 30/06/2023, dictó sentencia, nº 16/2023, cuyo fallo es del siguiente tenor:

"Que desestimando la demanda formulada por D. Arsenio contra D. Alberto , debo absolver y absuelvo al demandado de las pretensiones deducidas en su contra. Las costas se imponen al actor".

SEGUNDO. Contra la expresada resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de Dº Arsenio .

TERCERO. Admitido el recurso por el Juzgado, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil se dio traslado a las otras partes para que en el plazo de diez días presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resultara desfavorable.

CUARTO. Presentada oposición, se remitieron los autos a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes; donde se formó el rollo de sala y se turnó la ponencia, señalándose para deliberación y fallo el día 25/09/2024, siendo asumida por el magistrado CASIANO ROJAS POZO con nombramiento en régimen de comisión de servicios sin relevación de funciones, quedando los autos en poder del ponente para dictar sentencia en el plazo previsto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

QUINTO. - En la sustanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia dada la carga que pesa sobre el ponente que actúa en régimen de comisión de servicios sin relevación de funciones.

Ha sido ponente el magistrado CASIANO ROJAS POZO, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO. - La decisión judicial cuestionada se sustenta en que *"no dispone el socio de una acción judicial propia para pretender el cese del administrador social, sino que debe articular la petición a través de la junta general. Si como acontece en el presente supuesto, la situación es la de una sociedad cuyos dos administradores mancomunados son, además, los dos únicos socios de la mercantil, resulta evidente que la situación que acontece es la de paralización de los órganos sociales (art. 363.1, d) de la LSC) y la solución no pasa por interpelar del órgano judicial el cese de un administrador y nombramiento del actor como administrador único, pues, además, carece de amparo legal".*

El recurso de apelación cuestiona la declaración judicial de que el socio no dispone de una acción judicial propia para pretender el cese del administrador social, sino que tiene que articular la petición a través de la junta general y, una vez hubiera sido rechazado por la Junta, sería el momento de solicitar la tutela judicial.

Y para sustentar su planteamiento menciona preceptos legales que no la impiden a su juicio, como:

.- el artículo 230.3 que cuando establece que *"En todo caso, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante"*, precepto que interpreta que esa previa petición a la junta general sólo es exigible en el muy concreto caso de que se hubiera concedido dispensa previa por acuerdo de la junta,

.- o el artículo 224.3 que sólo se refiere de manera específica a los administradores de las sociedades anónimas.



Y también apoya su planteamiento en dos sentencias (SSAAPP de Valencia de 22 de febrero de 2022 y de Zaragoza de 6 de junio de 2019) que no mencionó en su demanda.

A continuación realiza un estudio histórico de la normativa al respecto, señalando los siguientes hitos:

- Antiguo artículo 65.2 LSRL de 1995 (Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada) a cuyo tenor *"2. Cualquier socio podrá solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social el cese del administrador que haya infringido la prohibición anterior"*.

- Y este derecho de los socios de las sociedades limitadas se mantuvo intacto en la reforma operada por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por RDL 1/2010, cuyo art. 230 establecía lo siguiente: *"Artículo 230. Prohibición de competencia. 1. 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. 2. 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. 3. En la sociedad anónima, a petición de cualquier accionista, la junta general resolverá sobre el cese de los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora"*.

- Y por fin llega a la normativa vigente, pues el art. 230 del TRLSC ha sido modificado por la Ley 31/2014 . Analiza su preámbulo y llega a la conclusión de que *"En definitiva, ese reforzamiento de la junta de accionista en modo alguno restringe la legitimación activa de los socios"*. Y a continuación analiza el nuevo artículo 230.

Introduce también, aunque de forma muy tangencial, la mención al artículo 239 exponiendo que la sentencia concluye equivocadamente que *"No estamos ante este último supuesto, pues el actor no ejercita la acción del art. 239. En definitiva, no dispone el socio de una acción judicial propia para pretender el cese del administrador social, sino que debe articular la petición a través de la junta general"*.

La oposición al recurso de apelación, analiza las dos pretensiones de la demanda por separado, considerando correcta la decisión judicial, con apoyo respecto de la falta acción en la SAP de Barcelona n1 610/2022 , insistiendo que *"la acción pretendidamente ejercitada por la actora, y así queda fijado en su demanda de manera indubitada, es la acción de separación del cargo de administrador por infringir supuestamente la prohibición de competencia, amparándose en el artículo 229 y 230 LSC , tal y como señala expresamente en los fundamentos de derecho, apartados relativos a legitimación y fondo del asunto"*, considerando un intento de confusión la mención al artículo 239 LSC *"que se refiere a la acción social de responsabilidad. Esta acción no es la ejercitada por la actora, no solo porque la demanda no cite en ningún momento los artículos que la regulan (236-241 LSC), sino además porque dicha acción exige necesariamente como presupuesto indispensable para su ejercicio la existencia de un daño causado por el administrador (ex art. 236.1 LSC) . Y la actora en ningún momento alega ni mucho menos acredita existencia de daño alguno, por lo que nunca estaríamos en presencia de tal acción, y no puede amparar ahora, menos aún de forma sobrevenidamente, su legitimación en el art. 239 LSC "*.

SEGUNDO. - Planteado el debate en estos términos, consecuencia de la necesaria síntesis, no podemos aceptar el planteamiento del recurso de apelación, pese al loable esfuerzo que realiza su dirección letrada.

De entrada, hay que convenir con la sentencia de instancia que se está ejercitando una acción de cese de administrador y no una acción social de responsabilidad, por cuanto no se menciona en ningún momento en la demanda el artículo 239 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Es meridiano que se ejercita una acción de cese al mencionar los artículos 229.1 y 230.3 y el artículo 65 de la derogada LSRL , y ser el suplico de la demanda del siguiente tenor: *"se dicte sentencia por la que declare el cese del demandado como Administrador Mancomunado de "PICAZZO CREATIVE, S.L." por causa de infracción de la prohibición de dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, así como la modificación del órgano de administración de la sociedad para transformarlo en un solo administrador que recaerá en la persona de mi mandante, con expresa condena en costas"*.

En efecto, la demanda sólo menciona en el "Fondo del Asunto" el artículo 229.1 TRLSC 2010 (además del artículo 230.3 LSC para indicar la necesidad de autorización expresa de la sociedad para desarrollar actividades por cuenta propia o ajena que entrañen una competencia efectiva) y, a continuación, y de él deduce que: *"los artículos expuestos reproducen en la actual legislación la tradicional prohibición contenida en el artículo 65 de la derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , y la facultad de cualquier socio, independientemente de su cuota de capital social, para solicitar el cese judicial de aquel administrador que contravenga aquella. Precepto legal que, a su vez, entronca con la tradicional regulación del contrato*

de mandato y de sociedad, sobre la base de la buena fe y lealtad contractual que se exigen al mandatario o administrador".

Como puede apreciarse en ningún momento se menciona el artículo 239.

Por tanto el debate debe limitarse, respecto de la primera pretensión de la demanda, a la interpretación que realiza la actora defendiendo que sigue vigente en nuestro ordenamiento la acción del socio para, acudiendo al juez mercantil, solicitar el cese del administrador que contraviene la obligación de no hacer competencia a la sociedad.

TERCERO. - Esta acción de cese del administrador ha sido profundamente modificada por la reforma de 2014 (art. único.18 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre), pues mientras con anterioridad se permitía en el artículo 230, denominado "Prohibición de competencia" (esto es la razón fundamental que basa la demanda el ejercicio de la acción), que, en el caso de sociedad de responsabilidad limitada, cualquier socio pudiera solicitar del juez de lo mercantil del domicilio social el cese del administrador que haya infringido la prohibición de no 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, ahora después de la ley de 2014 se prevé, para el mismo supuesto de incumplimiento de la obligación de no competir, que el cese se solicite por el socio a la junta general que es la que decidirá.

La comparación de los dos preceptos no permite aceptar la tesis del recurso de apelación que sostiene que la necesidad de acudir a la junta general sólo es en el caso de que hubiera habido dispensa. No es así a nuestro juicio.

Para nosotros la reforma claramente va dirigida a regular las acciones del socio en el caso de incumplimiento de la obligación de no desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, única que antes y después de la reforma permite actuar al socio una acción de cesación en consideración al carácter permanente y duradero del incumplimiento básico del deber de lealtad.

En el mismo sentido la SAP de Barcelona, Civil sección 15 del 31 de marzo de 2022 Recurso: 240/2022, razona que: *"Tras la reforma de la LSC se unifican los presupuestos de exigencia de responsabilidad al socio por infracción de los deberes de lealtad y se opta por el reforzamiento de las funciones de la Junta General desapareciendo la acción autónoma de cese del administrador social en las sociedades de responsabilidad limitada, por ello, como decíamos, el socio ya no podrá ejercitar tal acción judicial sino que debe requerir el cese de los administradores sociales por infracción de la prohibición de competencia a la junta general y frente a la decisión de ésta hacer uso de los mecanismos legales que procedan (acción social o acción individual de responsabilidad) pero no dispone de una acción de cese propiamente dicha, por ello no estamos ante un caso de falta de legitimación activa del socio para el ejercicio de la acción sino ante un supuesto de falta de acción".*

Coadyuva a nuestro posicionamiento el que haya desaparecido expresamente la acción para acudir al juez mercantil solicitando la cesación. No parece dudoso que si se suprime expresamente esta acción directa del socio es porque el legislador y la Ley quieren que desaparezca, tomando la decisión de canalizarla por la vía de la junta general.

En fin, terminar diciendo que las sentencias en las que se apoya el recurso de apelación no planteaban directamente esta cuestión. Es decir, en ninguna de ellas se cuestionó la legitimación del socio para, sin intervención de la junta general, solicitar el cese del administrador que vulnera la prohibición de competencia. Y en cualquier caso, con todo respeto, consideramos que la tesis acertada es la que hemos expuesto anteriormente que también tiene refrendo en la Sentencia de la AP de Barcelona que hemos transcrito parcialmente.

CUARTO. - En cuanto a la segunda pretensión de la demanda (la modificación del órgano de administración de la sociedad para transformarlo en un solo administrador que recaerá en la persona del actor), la sentencia considera que *"carece de apoyo legal"* y frente a este argumento el recurso de apelación guarda total silencio, con lo que es suficiente para rechazar igualmente el recurso de apelación respecto de ella.

Todo ello determina la completa desestimación del recurso de apelación.

QUINTO. - En cuanto a las costas de esta alzada se imponen a la apelante que ve rechazado el recurso de apelación en su integridad.

Principio del formulario

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, y en nombre de Su Majestad el rey,



FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de apelación deducido por D^o Arsenio , que ha comparecido representado por la procuradora D^a PAOLA TOVAR SÁNCHEZ y con defensa letrada D^o JOSÉ ANDRÉS MARTÍNEZ-CARANDE CORRAL, contra la sentencia n^o 16/2023, de fecha 30/06/2023, dictada por el Juzgado de lo MERCANTIL n^o 2 de Badajoz con sede en Mérida, en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO n^o 17/2023 , que CONFIRMAMOS. Las costas de la apelación se imponen a la apelante. Dese al depósito constituido para recurrir el destino legal.

Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y, con certificación literal a expedir por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro registro correspondiente de esta sección.

Contra esta resolución solo cabe recurso de casación, que habrá de fundarse en infracción de norma procesal o sustantiva, siempre que concurra interés casacional (art. 477 LEC).

No obstante, podrá interponerse en todo caso recurso de casación contra sentencias dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo, aun cuando no concurra interés casacional.

Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la resolución recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas sobre las que no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo de casación.

Conforme a la disposición adicional 15^a LOPJ , la admisión a trámite del recurso precisará ingresar la cantidad de cincuenta euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este tribunal.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.