



www.civil-mercantil.com

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sentencia 215/2015, de 20 de julio de 2015

Sección 28.^a

Rec. n.º 487/2013

SUMARIO:

Sociedades de responsabilidad Limitada. Prohibición de competencia de administradores. Sociedades en liquidación. Liquidadores-administradores. La aplicación del artículo 65 LSRL a los administradores, teniendo en cuenta que nos referiremos al citado precepto por resultar aplicable en la fecha en la que se adoptaron los acuerdos impugnados (en la actualidad la prohibición de competencia se contempla en el artículo 230 TRLSC), supone la prohibición de concurrencia que solo cesará cuando la Junta general, conociendo las actividades competitivas del administrador, autorice expresamente a ejercerlas. En el caso de sociedades en liquidación, si bien la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza, desde el momento en que la sociedad se declare en liquidación, cesará la representación de los socios administradores para hacer nuevos contratos y obligaciones. En el caso que nos ocupa, el nombramiento de liquidadores es un supuesto de conversión, puesto que no se designan «otros» por la Junta (artículo 110.1 LSRL) sino que los anteriores administradores en realidad se convierten en liquidadores. Pues bien, en relación a la aplicación del art. 65 LSRL a los liquidadores sobre la base de la posibilidad de realizar nuevas operaciones se señala que estas nuevas operaciones deben ser necesarias para la liquidación, de manera que, atendiendo a la finalidad liquidativa de tales operaciones, difícilmente puede resultar de aplicación una norma prohibitiva de competencia. Aunque se siguiera el criterio de aplicar la prohibición de competencia prevista en el artículo 65 LSRL también a los administradores, no concurren los presupuestos de dicha aplicación establecidos por el Tribunal Supremo, que exigen atender a las circunstancias del caso y a la concurrencia de un riesgo serio y consistente de conflicto de intereses que en este caso no se puede apreciar.

PRECEPTOS:

Ley 2/1995 (LSRL), arts. 65, 109.2, 110.1, 112.2, 114 y 116.

RDLeg. 1/2010 (TR Ley de sociedades de capital), arts. 230, 371.2 y 374.1.

Código de Comercio de 1885, art. 228.

RDLeg. 1564/1989 (TRLSA), art. 132.

PONENTE:

Don Gregorio Plaza González.

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0008651

ROLLO DE APELACIÓN Nº 487/2013.



www.civil-mercantil.com

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 600/2010.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid.

Parte recurrente: JOYFE POL, S.L.

Procurador: D. Antonio García Martínez

Letrada: D^a Dolores Alemany Pozuelo

Parte recurrida: D. Moises

Procuradora: D^a María Isabel Torres Ruiz

Letrada: D^a María de la Reina Marqués

SENTENCIA

En Madrid, a veinte de julio de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Gregorio Plaza González, D. Pedro María Gómez Sánchez y D. Francisco de Borja Villena Cortés, los presentes autos de juicio ordinario sustanciados con el núm. 600/2010 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Uno de Madrid, pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandada la Sentencia que dictó el Juzgado el día diez de abril de dos mil doce.

Ha comparecido en esta alzada el demandante, D. Moises , representado por la Procuradora de los Tribunales D^a María Isabel Torres Ruiz y asistida de la Letrada D^a María de la Reina Marqués , así como la demandada JOYFE POL, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales D. Antonio García Martínez y asistida de la Letrada D^a Dolores Alemany Pozuelo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por la Procuradora D^a Isabel Torres Ruiz, en nombre y representación de D. Moises , contra la mercantil JOYFE POL, S.L., representada por el Procurador D. Antonio García Martínez declaro la nulidad del acuerdo 4º de la Junta General de socios de la sociedad JOYFE POL, S.L. celebrada el 21 de julio de 2010, solo en lo relativo al nombramiento de los liquidadores solidarios en las personas de D. Abelardo y D. David , y ello con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración. Una vez firme la presente resolución procédase a la cancelación de las inscripciones registrales relativas al acuerdo declarado nulo.

No se hace expresa imposición de las costas causadas en esta instancia".



www.civil-mercantil.com

Segundo.

Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada 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 dieciséis de julio de dos mil quince.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gregorio Plaza González.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

D. Moises interpuso demanda de juicio ordinario en ejercicio de la acción de impugnación de los acuerdos sociales adoptados en la junta general de socios de la mercantil JOYFE POL, S.L. celebrada el día 21 de julio de 2010.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil resultó desestimatoria de la pretensión ejercitada, salvo en lo referido al acuerdo por el que se nombra liquidadores a D. Abelardo y D. David, que eran quienes ocupaban el cargo de administradores mancomunados.

El recurso interpuesto por la mercantil JOYFE POL, S.L. se circunscribe al único extremo de los acuerdos que fue declarado nulo, por lo que nos limitaremos a exponer los antecedentes que afectan a dicho recurso.

El punto cuarto del orden del día de la junta iba referido al análisis de la situación de la sociedad y adopción de las medidas necesarias o pertinentes en relación a la continuidad o cese de su actividad y, en su caso, disolución de la sociedad, con apertura del periodo de liquidación y nombramiento de liquidadores.

En dicha junta los administradores mancomunados propusieron a los socios la disolución de la sociedad ya que a 30 de junio de 2010 presentaba unas pérdidas de 54.417,19 euros. Se añade en la junta que el informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2009 pone de manifiesto que existe una incertidumbre sobre la capacidad de la sociedad para continuar su actividad de forma que pueda realizar sus activos y liquidar sus pasivos por los importes y según la clasificación con que figura en las cuentas anuales que han sido preparadas asumiendo que tal capacidad continuaría. Se señala también que el informe refleja una incertidumbre sobre los efectos que podría tener el desenlace de los procedimientos penales y laborales entre el Sr. Moises y los otros dos socios. Así consta en el acta notarial de la junta (ff. 74 y ss.).

Finalmente se acordó en relación al citado extremo del orden del día la disolución y liquidación de la sociedad, cesando en su cargo los administradores mancomunados y nombrándose al mismo tiempo a quienes ocupaban tal cargo liquidadores solidarios.

La impugnación de dicho acuerdo de nombramiento de D. Abelardo y D. David como liquidadores solidarios se fundaba en la demanda en "las incompatibilidades y conflicto de intereses" en la que incurrían los citados Sres. "atendida su condición de socios mayoritarios y administradores de JOYFE POL FERES, S.L., compañía a la que se ha desviado toda la actividad de JOYFE POL, S.L."

En su contestación a la demanda la sociedad señalaba que su objeto social era la prestación de servicios de enseñanza para oposiciones impartida en el propio centro o a través de cursos por correspondencia, destacando que D. Abelardo y D. David ostentan una



www.civil-mercantil.com

participación en la sociedad representativa del 67,7% del capital social y el enfrentamiento existente con el otro socio, D. Moises , que había interpuesto diversas demandas de impugnación de acuerdos y presentado una querrela contra los socios mayoritarios con el fin de obtener un precio desorbitado por sus participaciones. Añadían que para la disolución de la sociedad no precisaban invocar causa alguna aunque concurría la situación de pérdidas cualificadas y que mantener una sociedad en tal situación de conflicto sería una auténtica irresponsabilidad.

En la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil se señala que la sociedad se encontraba incurso en causa de disolución y que la conflictividad existente entre los socios ha generado que cada uno de ellos gestionase la constitución de otra sociedad con idéntico objeto social. Respecto de los liquidadores señala que a su vez son administradores solidarios de JOYFE POL FERES, S.L., sociedad que se constituyó el 12 de enero de 2010 con el mismo objeto social que JOYFE POL, S.L.

Concluye considerando que el nombramiento como liquidadores de D. Abelardo y D. David vulnera la prohibición de competencia prevista en el artículo 65 LSRL , régimen al que remite el artículo 114 LSRL , por lo que dicho acuerdo es nulo.

Segundo.

Frente a la citada resolución se alza el recurso de apelación interpuesto por la mercantil JOYFE POL, S.L.

Señala el recurso que no hay posibilidad de nombrar otros liquidadores ya que el Sr. Moises no quiere serlo y la sociedad no tiene dinero para pagar a terceros, siendo además un avispero dado el conflicto existente entre los socios.

Añade que no hay nada que liquidar y que el propio actor señala en su demanda que la sociedad ha sido "vaciada de contenido", señalando la sentencia que la sociedad no cuenta con activo alguno por lo que no existe conflicto de intereses.

Considera además que el artículo 65 LSRL no es aplicable a los liquidadores cuya función es distinta a la de los administradores.

Por último destaca que el artículo 65 LSRL únicamente permite en su caso solicitar el cese de los liquidadores y el demandante ha ejercitado una acción de impugnación del acuerdo de nombramiento.

En su escrito de oposición al recurso reitera D. Moises los fundamentos expuestos en la sentencia recurrida y añade que la incompatibilidad y el conflicto que deriva del acuerdo de nombramiento de liquidadores viene dado precisamente por el hecho de que haya una acción penal en curso contra ellos, señalando documentos aportados en la audiencia previa) y que su nombramiento les permite situarse en una posición "beneficiosa para administrar en el sentido que más les convenga a sus intereses la documentación de la compañía".

Hemos de advertir previamente que en el escrito de oposición se introducen alegaciones ex novo para sustentar la impugnación del nombramiento en relación a la mención a la acción penal ejercitada. Las alegaciones resultan improcedentes teniendo en cuenta el alcance del recurso de apelación. El recurso no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver cuestiones distintas de las planteadas inicialmente, tanto en lo que se refiere a los hechos (quaestio facti), como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas (quaestio iuris). Es preciso por lo tanto limitarse a conocer de causa en la que se sustentaba la demanda tal y como fue planteada, para lo que hemos reproducido los términos de la demanda en este aspecto. Por otra parte la incorporación de documentos relativos a la acción penal no altera la causa de pedir. Las pruebas practicadas, en concreto los documentos aportados, tienen como función acreditar los hechos oportunamente alegados por las partes en los



www.civil-mercantil.com

escritos configuradores del objeto del proceso cuando son controvertidos. Pero no es admisible que las pruebas sustituyan a las alegaciones (STS núm. 713/2014, de 17 de diciembre).

Por último, la alegación relativa al procedimiento penal resulta irrelevante en relación a la prohibición de competencia que contempla el artículo 65 LSRL , que es lo que aquí interesa.

Tercero.

La aplicación del artículo 65 LSRL a los administradores.

Nos referiremos al citado precepto por resultar aplicable en la fecha en la que se adoptaron los acuerdos impugnados. En la actualidad la prohibición de competencia se contempla en el artículo 230 TRLSC.

El artículo 65 LSRL impone a los administradores, como obligación negativa, la prohibición de concurrencia, que sólo cesará 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.

La jurisprudencia ha puesto de manifiesto las particularidades de la fase de liquidación, pese al mantenimiento de la personalidad jurídica.

Como señala la STS de 24 de febrero de 2012 :

"Nuestro ordenamiento opta por el régimen previsto en el artículo 228 del Código de Comercio de 1889 -que, siguiendo la estela del 337 del de Sainz de Andino, disponía que "[d]esde el momento en que la sociedad se declare en liquidación, cesará la representación de los socios administradores para hacer nuevos contratos y obligaciones, quedando limitadas sus facultades, en calidad de liquidadores, a percibir los créditos de la compañía, a extinguir las obligaciones contraídas de antemano, según vayan venciendo, y a realizar las operaciones pendientes" -, y con la finalidad de evitar la acefalia que puede derivar del mantenimiento, por un lado, de la personalidad de la sociedad a tenor del artículo 109.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (hoy 371.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) - "[l]a sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza, por otro, del cese automático de los administradores como consecuencia del acuerdo de disolución y apertura del periodo de liquidación de conformidad con el primer párrafo del art. 110.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (hoy artículo 374.1 del indicado texto refundido) - "[c]on la apertura del período de liquidación cesarán en su cargo los administradores", dispone en el segundo párrafo que "[q]uienes fueren administradores al tiempo de la disolución quedarán convertidos en liquidadores, salvo que se hubieren designado otros en los estatutos o que, al acordar la disolución, los designe la Junta General".

La aplicación de dicho precepto a los liquidadores ha sido objeto de controversia en la doctrina.

I. Para un sector doctrinal es aplicable a los liquidadores la prohibición de competencia que se establece en relación a los administradores.

Se argumenta que la fase liquidatoria no impide que se puedan producir situaciones concurrenciales entre la sociedad en liquidación, que conserva su personalidad, y otros competidores respecto a actividades a desarrollar en dicha fase. Se pone como ejemplo la venta del stock, la conservación del valor del fondo de comercio con vistas a una posible cesión global de la empresa o una eventual reactivación de la sociedad. Con la liquidación no cesa de forma radical la actividad ya que los liquidadores deben concluir las operaciones pendientes y



www.civil-mercantil.com

realizar las nuevas que resulten necesarias para la liquidación. Se admite incluso la continuación provisional de la actividad que constituye el objeto social por parte de la sociedad disuelta siempre que sea necesaria para los fines de una mejor liquidación. La extensión de la prohibición se justifica en el deber de lealtad que sigue presente en el liquidador.

Se añade que el artículo 114 LSRL, con la remisión a las normas establecidas para los administradores, permite que se extienda la prohibición a los liquidadores.

II. Por el contrario, otro sector considera que el deber de no competir no se exige a los liquidadores.

El estatuto jurídico del liquidador se configura en relación a la naturaleza de su cargo y se pone en relación con la actividad propia del estado en que se encuentra la sociedad. En la medida en que la sociedad ya no está desarrollando su objeto social, la gestión que se realiza sobre la misma no puede generar obligaciones derivadas de algo que ya no le es atribuible. Ello no obsta a que el liquidador no esté sometido a obligaciones de lealtad relacionadas con el aprovechamiento de oportunidades que se produzcan en las operaciones de liquidación. Ante el cese de la actividad productiva de la sociedad decae la prohibición de competencia.

Según este criterio disolución y liquidación son dos instituciones complementarias y sucesivas en el camino común que conduce a la plena extinción de la sociedad. La disolución abre ese camino. La liquidación cierra la vida de la sociedad después de una sucesión de operaciones llevadas a cabo con el fin de dar satisfacción a los acreedores y proceder al reparto entre los socios del haber correspondiente si existe remanente y, finalmente, de dar lugar a la cancelación de los asientos en el Registro Mercantil (STS de 2 de julio de 2003).

La esencia de la liquidación radica por lo tanto en la extinción de las relaciones con terceros y con los socios. La actividad social lucrativa se suspende y solo podrán realizarse aquellas operaciones dirigidas a conseguir la extinción de la sociedad. Se interrumpe el tráfico ordinario de la entidad.

En realidad es imposible aplicar la prohibición de competencia a una situación en la que cesa la actividad que constituye el objeto social por cuanto no se desarrolla ninguna actuación competitiva. Otra cosa es que cualquier concreto acto del liquidador pueda resultar lesivo, para lo cual existen cauces adecuados de protección de los intereses sociales.

La aplicación a los liquidadores de las normas previstas para los administradores que dispone el art. 114 LSRL se relaciona con la conservación de la personalidad jurídica de la sociedad, en cuanto sigue precisando la sociedad de un órgano de gestión interna y representación, pero la gestión va encaminada exclusivamente a la extinción de las relaciones con terceros y la representación se refiere igualmente a todas las operaciones necesarias para la liquidación (art. 112.2 LSRL). Este sería el alcance de tal previsión normativa ya que las operaciones necesarias para la liquidación son las contempladas en el artículo 116 LSRL que se resumen, como hemos visto, en el cobro de créditos, pago de deudas, realización de operaciones pendientes, distribución del remanente y solicitud de cancelación de los asientos registrales.

En relación a la aplicación del art. 65 LSRL a los liquidadores sobre la base de la posibilidad de realizar nuevas operaciones este segundo criterio pone de manifiesto que estas nuevas operaciones deben ser necesarias para la liquidación, de manera que, atendiendo a la finalidad liquidativa de tales operaciones, difícilmente puede resultar de aplicación una norma prohibitiva de competencia.

Las actividades a las que afecta la prohibición son aquellas comprendidas en el objeto social y su finalidad es preventiva, evitar el conflicto de intereses concurrencial cuando la sociedad desarrolle esa actividad. En periodo de liquidación la sociedad ya no desarrolla esa actividad concurrencial de promoción de los propios bienes y servicios en el mercado.



www.civil-mercantil.com

En suma la remisión al régimen jurídico de los administradores (art. 114 LSRL) se explica en cuanto se mantienen funciones de gestión y representativas, pero tales funciones no son equiparables a las de los administradores porque se circunscriben a las operaciones necesarias para la liquidación, de manera que el fin de protección de la norma o ratio de la prohibición que se contempla en el art. 65 LSRL decae en el supuesto de liquidación.

La naturaleza limitativa de la prohibición impone una interpretación restrictiva que excluya su aplicación a otros supuestos no expresamente previstos, sin que pueda sustentarse en una remisión genérica al régimen de los administradores prevista en el artículo 114 LSRL con el alcance ya expresado. Por esta misma razón la prohibición no es susceptible de ser aplicada analógicamente.

Cuarto.

Expuestos los criterios interpretativos relacionados con la extensión subjetiva de la prohibición de competencia, hemos de advertir que, en todo caso, de ser aplicable la prohibición a los administradores, el régimen legal imperativo impide que pueda justificarse su vulneración en la imposibilidad de designar otros liquidadores, incluso por circunstancias económicas, como pretende la parte apelante.

Igualmente inconsistente resulta que el artículo 65 LSRL faculte al socio para solicitar el cese, como si ésta fuera la única posibilidad de actuación, más bien prevista para situaciones sobrevenidas tras el nombramiento.

No obstante sin necesidad de entrar en el debate doctrinal, cabe señalar que la jurisprudencia requiere (al igual que en el artículo 132 TRLSA , STS de 12 de junio de 2008) que se presente un "riesgo serio y consistente", que puede ser actual o potencial y origine, valorando las circunstancias del caso, una auténtica contraposición de intereses (STS de 5 de diciembre de 2008).

En el caso que nos ocupa:

El nombramiento de liquidadores es un supuesto de conversión, puesto que no se designan "otros" por la Junta (artículo 110.1 LSRL) sino que los anteriores administradores en realidad se convierten en liquidadores lo que no viene sino a integrar en el acuerdo la disposición legal. El demandante, pese a conocer, como indudablemente conocía, la constitución de una nueva sociedad, JOYFE POL FERES, S.L., constituida por los administradores, no promovió previamente el cese de éstos cuando asumían tal condición, para lo que estaba facultado, y sin embargo alega la prohibición de competencia cuando se convierten en liquidadores.

La sentencia dictada en la primera instancia declara que, dada la conflictividad existente entre los socios, cada uno de ellos (se refiere a D. Moises , de un lado, y a D. Abelardo y D. David , de otro) gestionó la constitución de otra sociedad por lo que la alegación del artículo 65 LSRL se convierte en abusiva cuando el actor ha actuado del mismo modo que los otros dos socios.

La demanda reitera que la compañía ha sido vaciada de contenido, desviándose toda su actividad (pg. 16), se encuentra sin actividad (pg. 19) y manifiesta que se ha desviado la actividad de JOYFE POL, S.L. (pg. 20) precisamente antes de referirse al nombramiento de liquidadores y a que D. Abelardo y D. David son socios mayoritarios y administradores de JOYFE POL FERES, S.L.

En esta situación, no se alcanza a comprender que pueda existir un riesgo serio y consistente de conflicto de intereses, ni se expresa nada al respecto al fundamentar la causa



www.civil-mercantil.com

concreta de impugnación del nombramiento (pg. 20 de la demanda) que se sustenta en la coexistencia de los cargos sin más.

Es por ello que, aunque se siguiera el criterio de aplicar la prohibición de competencia prevista en el artículo 65 LSRL también a los administradores, no concurren los presupuestos de dicha aplicación establecidos por el Tribunal Supremo, que exigen atender a las circunstancias del caso y a la concurrencia de un riesgo serio y consistente de conflicto de intereses que en este caso no se puede apreciar.

Visto lo expuesto procede estimar el recurso.

Quinto.

Las costas causadas en la primera instancia deben ser impuestas al actor por aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 LEC , al resultar la demanda desestimada. No cabe efectuar expresa imposición de las costas de esta alzada, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 LEC .

FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por JOYFE POL S.L. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. Uno de Madrid en el proceso del que dimanen las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes y, en consecuencia, revocamos dicha resolución y, en su lugar,

Desestimamos la demanda interpuesta por D. Moises contra JOYFE POL, S.L., absolviendo a la demandada de las pretensiones ejercitadas, con imposición al actor de las costas causadas en la primera instancia.

No se efectúa expresa imposición de las costas derivadas del recurso.

La estimación del recurso conlleva la devolución del depósito.

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, a los efectos pertinentes.

La presente resolución no es firme y podrá interponerse contra ella ante este tribunal recurso de casación de concurrir interés casacional y también, conjuntamente, el recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta LOPJ . De dichos recursos conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.