



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 68/2017, de 2 de febrero de 2017

Sala de lo Civil

Rec. n.º 1441/2014

SUMARIO:

Sociedad de Responsabilidad limitada. Prohibición de competencia de administradores .Conflictos de intereses. Distinción entre conflicto directo e indirecto. Deber de abstención del socio administrador afectado por la dispensa de prohibición de competencia. El art. 65 LSRL (actual art. 230 TRLSC, aunque éste extiende el régimen a todas las sociedades de capital) imponía a los administradores de una sociedad limitada la prohibición de hacer competencia a la sociedad, pero permitía que la junta general dispensara al administrador de dicha prohibición. Esta dispensa, cuando el administrador era también socio, igualmente era tratada en la Ley como un nuevo conflicto de intereses. Lo que se plantea es si este deber de abstención que afecta al socio-administrador cuya dispensa de la obligación de no competencia se debate en la junta general, se extiende también a una sociedad unipersonal cuyo capital pertenece íntegramente a otra sociedad de la que, a su vez, el administrador afectado posee el 50,68% de su capital y el resto su esposa e hijos. Se señala que habrá que considerar que existe vinculación cuando el administrador se encuentre en alguno de los siguientes casos en relación con una sociedad: a) posea la mayoría de los derechos de voto; b) tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d) haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Ahora bien, el art. 190 TRLSC únicamente prohíbe el derecho de voto, al socio afectado, pero no extiende dicha interdicción a las personas vinculadas. Es decir, las personas vinculadas quedan afectadas por las prohibiciones y restricciones, pero no por la privación de voto, que tanto el art. 190 TRLSC, circunscriben exclusivamente al socio o socios afectados. Por tanto, ni en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ni en la vigente Ley de Sociedades de Capital se ha regulado el denominado conflicto indirecto de intereses, es decir, aquel en que los intereses de un socio no se encuentran en contraposición directa con los de la sociedad, pero existe una vinculación estrecha entre tales intereses de un socio y los de otro socio, que en el asunto en cuestión, entran en conflicto abierto con los de la sociedad. Para que existiera conflicto de intereses, la dispensa del deber de no competencia (art. 65 LSRL) debería afectar al grupo de sociedades o a todos los socios, pero si solo afecta a alguno de ellos, no cabe apreciarlo, y por tanto no opera el deber de abstención de otra sociedad del grupo o de otro socio.



www.civil-mercantil.com

PRECEPTOS:

Ley 2/1995 (LSRL), arts. 52 y 65.
Código de comercio, art. 42.
Ley 1/2000 (LEC), art. 477.
RDLeg. 1/2010 (TR Ley Sociedades de Capital), arts. 190, 229, 230 y 231

PONENTE:

Don Pedro José Vela Torres.

Magistrados:

Don FRANCISCO MARIN CASTAN
Don IGNACIO SANCHO GARGALLO
Don FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO
Don RAFAEL SARAZA JIMENA
Don PEDRO JOSE VELA TORRES

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 2 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Silvio y D. Luis Francisco, representados por la procuradora D.^a Mercedes Caro Bonilla, bajo la dirección letrada de D. Ignacio Ros Faura, contra la sentencia núm. 121/2014, de 4 de abril, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 653/2012, demandante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1080/2009, del Juzgado Mercantil n.^º 1 de Barcelona. Ha sido parte recurrida Universal de Panadería y Bollería S.L. (UPB), representada por el procurador D. Roberto Granizo Palomeque y bajo la dirección letrada de D. Fernando Labastida Nicolau y D.^a Hilda Clarà Velasco.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Tramitación en primera instancia.

1.- El procurador D. Jaime Romeo Soriano, en nombre y representación de D. Silvio y D. Luis Francisco, interpuso demanda de juicio ordinario contra Universal de Panadería y Bollería S.L. (UPB), en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«1º.- Declare la anulación, y subsidiariamente la nulidad, del Acuerdo, adoptado en la Junta General de Socios de 9 de noviembre de 2009 de la Demandada, en el ámbito del Tercer asunto del Orden del Día de dicha Junta (3.- Modificación de los Estatutos Sociales a los efectos de incluir un nuevo artículo estatutario de sumisión al arbitraje de las cuestiones



societarias litigiosas), por el que se incorporó un nuevo Artículo de los Estatutos Sociales de UNIVERSAL DE PANADERÍA Y BOLLERÍA, SL., numerado del 30º y que reza como sigue:

»Artículo 30º.- Todas las cuestiones societarias litigiosas que se susciten entre la Sociedad y sus Administradores o socios, o entre aquéllos o éstos, éstos últimos entre sí, se someten al arbitraje institucional de derecho del Tribunal Arbitral de Barcelona, encargándose de la designación de árbitros y administración del arbitraje de acuerdo con su reglamento,. Se exceptúan de esta sumisión aquellas cuestiones que estén fuera del poder de disposición de las partes.

En consecuencia, se decretará la ineficacia de tal disposición estatutaria, disponiendo lo necesario para su cancelación en el Registro Mercantil de Barcelona para el supuesto de que la misma causara inscripción.

»2º- Declare la validez y eficacia de los Acuerdos Sociales 1º y 2º adoptados en el ámbito del Asunto Cuarto del Orden del Día (4.- Información por el administrador del estado de situación de los contratos de prestación de servicios a cargo de la sociedad así como los contratos de préstamo concedidos por LAT 53 BV. Adopción de los acuerdos que corresponda) de la Junta General de Socios, de 9 de noviembre de 2009 de UNIVERSAL DE PANADERÍA Y BOLLERÍA, SL, junto con todos aquellos pronunciamientos y declaraciones que fueran menester para su eficacia y exigibilidad, y que rezan como sigue:

»1º.- Dejar sin efecto los contratos de préstamos concedidos por la filial LAT 53, BV a ALOUCO, S.L.U. y a GIDATXA, S.L., requiriendo a los prestatarios procedan de inmediato a la devolución del principal dispuesto más los intereses convenidos con dichas entidades y, además, aquella cantidad que se determine en concepto de perjuicio por un experto independiente."

»2º.- Dejar sin efecto el contrato de prestación de servicios suscrito con ALOUCO, S.L.U. y GIDATXA, S.L., a cargo de la Sociedad, por haberse otorgado sin observancia de los requisitos legales y, además, ser de hecho una atribución innecesaria a favor del socio de control, requiriendo al Sr. Administrador y a tales Sociedades para que procedan a la devolución inmediata de las cantidades que hayan percibido aquéllas por dicho contrato, con reserva, además, de las acciones que pudieran corresponder frente al Sr. Administrador por los daños y perjuicios que ese contrato pueda comportar.

»3º.- Declare la nulidad del Acuerdo 3º propuesto en el ámbito del Asunto Cuarto del Orden del Día (dispensa de la prohibición de competencia del administrador) de la Junta General de Socios de 9 de noviembre de 2009 de UNIVERSAL DE PANADERÍA Y BOLLERÍA, S.L.; declarándolo ineficaz e inválido, junto con todos aquellos pronunciamientos y declaraciones que fueran menester, en particular la vigencia respecto de la Sociedad de lo dispuesto en el art. 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ; y por último

»4º.- Condene a la Demandada a pagar las costas de este procedimiento, si a la demanda se opusiera».

2.- La demanda fue presentada el 25 de noviembre de 2009 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Barcelona, fue registrada con el núm. 1080/2009 . Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Ignacio López Chocarro, en representación de Universal de Panadería y Bollería S.L., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba que:

«[d]esestime íntegramente la demanda respecto de todas las peticiones, y con expresa imposición de costas a la parte actora».



4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona dictó sentencia núm. 98/2011, de 19 de marzo , con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO: Que debo acordar y acuerdo estimar parcialmente la demanda formulada a instancia de D. Silvio y D. Silvio contra la mercantil UNIVERSAL DE PANADERÍA Y BOLLERÍA, SL, y en consecuencia se declara la nulidad de los siguientes acuerdos:

»1) Del acuerdo adoptado en el ámbito del asunto cuarto del Orden del Día en la Junta General de Socios de 9 de noviembre de 2009 de la mercantil demandada por el que se denegaba la petición de los actores de "2º.- Dejar sin efecto el contrato de prestación de servicios suscrito con ALOUCO, S.L.U. y GIDATXA, S.L., a cargo de la Sociedad, por haberse otorgado sin observancia de los requisitos legales y, además, ser de hecho una atribución innecesaria a favor del socio de control, requiriendo al Sr. Administrador y a tales Sociedades para que procedan a la devolución inmediata de las cantidades que hayan percibido aquéllas por dicho contrato, con reserva, además de las acciones que pudieran corresponder frente al Sr. Administrador por los daños y perjuicios que ese contrato pueda comportar." (folio nº 27 del Acta Notarial de la Junta, Documento nº 20 de la demanda), y sin que por este Juzgador se tenga por aprobado dicho acuerdo denegado por ser competencia de la Junta; y

»2) Del acuerdo de dispensa de la prohibición de competencia del Art. 65 LSRL al administrador D. Luis Francisco .

»No procede la declaración de nulidad y/o anulabilidad del resto de acuerdos impugnados.

»No procede condena en costas.

»Quedan desestimadas todas las pretensiones no contenidas en el fallo de la presente resolución».

Segundo.

Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de Universal de Panadería y Bollería S.L. y de D. Silvio y de D. Luis Francisco .

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo trató con el número de rollo 635/2012 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 121/2014, de 4 de abril , cuya parte dispositiva dice:

«FALLAMOS: Desestimamos el recurso de apelación interpuestos por Silvio Y Luis Francisco y estimamos el deducido por UNIVERSAL DE PANADERÍA Y BOLLERÍA SL contra la sentencia del Juzgado Mercantil número Uno de Barcelona dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, la que se revoca y se desestima íntegramente la demanda formulada por Silvio Y Luis Francisco contra UNIVERSAL DE PANADERÍA Y BOLLERÍA SL con imposición a la parte demandante de las costas devengadas en la primera instancia y por su recurso».

3.- Por auto de 5 de mayo de 2014, se aclaró la anterior sentencia, a fin de hacer constar que la sentencia es de 4 abril de dos mil catorce y no de 4 de abril de dos mil trece .

**Tercero.**

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

1.- El procurador D. Jaume Romeu Soriano, en representación de D. Silvio y D. Luis Francisco , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 469.1.2^a de la LEC , vulneración de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto, infracción de lo dispuesto en el artículo 218.2 de la LEC y 24 y 102.3 de la Constitución Española . Motivación incongruente, ilógica y/o arbitraria».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción por aplicación errónea de los artículos 52 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (conflicto de intereses -Actual 190 de la Ley de Sociedades de Capital -), puesto en relación con el artículo 3.1 del Código Civil , así como de la doctrina jurisprudencial que los interpreta.

Segundo.

Infracción del artículo 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (actual 230 de la Ley de Sociedades de Capital) y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 17 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Silvio y D. Luis Francisco contra la sentencia dictada, con fecha 4 de abril de 2014, por la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15^a), en el rollo de apelación nº 653/2012 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1080/2009 del Juzgado de lo mercantil nº 1 de Barcelona».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 25 de noviembre de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 26 de enero de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Resumen de antecedentes.

1.- La sociedad demandada, Universal de Panadería y Bollería S.L. (UPB) tiene la siguiente composición de socios: D. Porfirio , 9,9% del capital; Alouco, S.L., 67,1%; D. Luis Francisco , 11,5%; y D. Silvio , 11,5%.

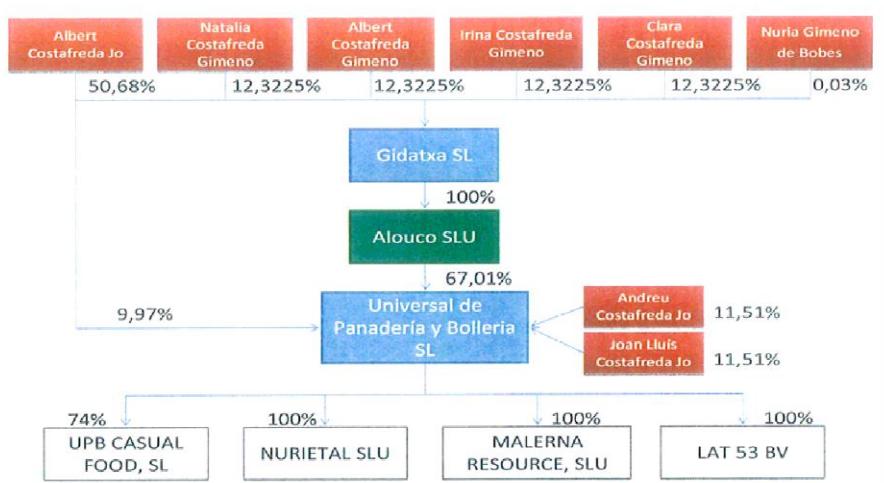


A su vez, la sociedad Alouco S.L.U. se constituyó inicialmente por D. Porfirio, su esposa e hijos, siendo aquél propietario del 50,68% del capital social. La misma composición social tenía otra sociedad constituida en la misma fecha, denominada Gidatxa S.L., de la que, en la fecha de adopción de los acuerdos sociales impugnados, D. Porfirio tenía el 50,68% y su esposa e hijos el resto, a razón del 12,325% cada uno de los cuatro hijos y 0,03% la esposa.

En el año 2001, Alouco S.L. pasó a ser una sociedad unipersonal, al hacerse Gidatxa con la totalidad del capital social.

Asimismo, UPB es la propietaria del 100% de Nurietal S.L.U., de Malerna S.L.U., y de la filial holandesa Lat 53 B.V (anteriormente llamada Clian B.V.) y del 74% de UPB Casual Food S.L.

Gidatxa S.L., Alouco S.L.U., UPB S.L., UPB Casual Food S.L., Nurietal S.L.U., Malerna S.L.U. y Lat 53, B.V. integran un entramado empresarial, con un sustrato común en el entorno familiar de D. Porfirio, conocido por los litigantes como Family Office, que se desglosa en el siguiente cuadro:



2.- El 9 de noviembre de 2009 se celebró junta general de socios de UPB, con el siguiente orden del día: 1.- Nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad para los ejercicios 2009, 2010 y 2011. 2.- Modificación del régimen de convocatoria de la junta general de socios a los efectos de que sea convocada mediante comunicación individual y escrita y consiguiente modificación de los estatutos sociales. 3.- Modificación de los estatutos sociales a los efectos de incluir un nuevo artículo estatutario de sumisión al arbitraje de las cuestiones societarias litigiosas. 4.- Información por el administrador del estado de situación de los contratos de prestación de servicios a cargo de la sociedad así como los contratos de préstamo concedidos por Lat 53 BV. Adopción de los acuerdos que correspondan. 5.- Ruegos y preguntas. 6.- Redacción, lectura y, en su caso, aprobación del acta de la junta.

Todos los puntos del orden del día fueron aprobados con los votos favorables de D. Porfirio y Alouco S.L., pese a que los socios minoritarios solicitaron su abstención respecto del punto 4º, por conflicto de intereses, ya que incluía una dispensa de la prohibición de competencia a D. Porfirio, un contrato de prestación de servicios en que éste era parte, y unos préstamos a sociedades que controla mayoritariamente.



3.- D. Silvio y D. Luis Francisco , como socios de Universal de Panadería y Bollería S.L. (en adelante, UPB), presentaron una demanda contra esta sociedad, en la que solicitaban:

1) La anulación, y subsidiariamente la nulidad, del Acuerdo adoptado en la Junta General de Socios de 9 de noviembre de 2009, en relación con el tercer asunto del orden del día.

2) Modificación de los Estatutos Sociales o los efectos de incluir un nuevo artículo estatutario de sumisión a arbitraje de las cuestiones societarias litigiosas), por el que se incorporó un nuevo artículo (30) de los Estatutos Sociales de Universal de Panadería y Bollería SL y con el siguiente tenor:

Artículo 30 «Todas las cuestiones societarias litigiosas que se susciten entre la Sociedad y sus Administradores o socios, o entre aquéllos o éstos, éstos últimos entre sí, se someten al arbitraje institucional de derecho del Tribunal Arbitral de Barcelona, encargándose de la designación de árbitros y administración del arbitraje de acuerdo con su reglamento. Se exceptúan de ésta sumisión aquellas cuestiones que estén fuera del poder de disposición de las partes».

En consecuencia, se decretarán la ineficacia de tal disposición estatutaria, disponiendo lo necesario para su cancelación en el Registro Mercantil de Barcelona para el supuesto de que la misma causara inscripción.

3) Declare la validez y eficacia de los acuerdos sociales 1º y 2º adoptados en relación con el asunto cuarto del orden del día.

4) Información por el administrador del estado de situación de los contratos de prestación de servicios a cargo de la sociedad así como los contratos de préstamo concedidos por Lat 53 BV. Adopción de los acuerdos que correspondan) de la Junta General de Socios de 9 de noviembre de 2009 de Universal de Panadería y Bollería SL, junto con todos aquellos pronunciamientos y declaraciones que fueran menester para su eficacia y exigibilidad, y que rezan como sigue:

1º.- Dejar sin efecto los contratos de préstamos concedidos por la filial LAT 53, BV Alouco, S.L.U. ya Gidatxa, S.L., requiriendo a los prestatarios procedan de inmediato a la devolución del principal dispuesto más los intereses convenidos con dichas entidades y, además, aquella cantidad que se determine en concepto de perjuicio por un experto independiente.

2º.-Dejar sin efecto el contrato de prestación de servicios suscrito con Alouco, S.L.U y Gidatxa, S.L, a cargo de la Sociedad, por haberse otorgado sin observancia de los requisitos legales y, además, ser de hecho una atribución innecesaria a favor del socio de control, requiriendo al Sr. Administrador y a tales Sociedades para que procedan a la devolución inmediata de las cantidades que hayan percibido aquéllas por dicho contrato, con reserva, además, de las acciones que pudieran corresponder frente al Sr. Administrador por los daños y perjuicios que ese contrato pueda comportar.

3) Declare la nulidad del acuerdo relativo a la dispensa de la prohibición de competencia del administrador, declarándolo ineficaz e inválido, junto con todos aquellos pronunciamientos y declaraciones que fueran menester, en particular la vigencia respecto de la Sociedad de lo dispuesto en el art. 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada .

4.- El juzgado de lo mercantil estimó en parte la demanda y declaró la nulidad del acuerdo adoptado en el punto cuarto del orden del día de la junta general de socios de UPB, de 9 de noviembre de 2009, por el que se denegaba la petición de los actores de dejar sin efecto el contrato de prestación de servicios suscrito con Alouco SLU y Gidatxa SL a cargo de la



sociedad, así como el acuerdo de dispensa de la prohibición de competencia del art 65 de la LSRL al administrador D. Porfirio .

5.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por ambas partes. Los demandantes, para pedir la estimación íntegra de sus pretensiones; y la demandada para que se desestimara totalmente la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de los demandantes y estimó el de la sociedad demandada, por lo que desestimó íntegramente la demanda. Consideró, resumidamente, que el art. 52 LSRL contiene un numerus clausus de supuestos de conflicto de intereses, que no puede ser ampliado interpretativamente, y el supuesto sometido a enjuiciamiento no tiene encaje específico en ninguno de los casos previstos en el citado precepto. Además, la beneficiaria de uno de los préstamos fue Alouco y no el hermano de los demandantes. En cuanto a la dispensa de competencia, si bien la obligación de abstención pesaba sobre el administrador, la misma hubiera sido irrelevante para aprobar el acuerdo, dado que con el voto de Alouco se obtenía la mayoría precisa para ello.

Recurso extraordinario por infracción procesal

Segundo.

Motivos de infracción procesal. Incongruencia interna de la sentencia.

Planteamiento:

1.- Aunque formalmente el recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia en dos motivos, realmente es uno solo , el segundo, puesto que el primero se dedica a justificar la procedencia de la interposición de este tipo de recurso. El único motivo realmente formulado, al amparo del art. 469.1.2º LEC , denuncia la infracción del art. 218.2 LEC , en relación con los arts. 24 y 120 CE , por incurrir la sentencia en una motivación incongruente, ilógica y arbitraria.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la sentencia recurrida adolece de incongruencia interna o contradictoria, ya que no es factible que, a efectos de justificar la adopción del acuerdo por el que se declaraba la validez de un contrato se préstamo, se aluda a la existencia de un grupo de empresas constituido alrededor de la persona de D. Porfirio , y posteriormente, a efectos de justificar el mantenimiento del contrato de prestación de servicios suscrito entre empresas del mismo grupo, se aluda a que no se acredita una identificación entre tales empresas y el mismo Sr. Luis Francisco .

Decisión de la Sala:

1.- Como hemos dicho, entre otras muchas, en las sentencias 169/2016, de 17 de marzo , 490/2016, de 14 de julio , y 690/2016, de 23 de noviembre , la congruencia a la que se refiere el art. 218.1 LEC es la denominada «congruencia externa», es decir, la que requiere correlación entre los pedimentos de las partes y los pronunciamientos de la resolución judicial. Mientras que la llamada «congruencia interna» se refiere a la coherencia o correspondencia entre lo razonado y lo resuelto, a fin de que no haya contradicción entre la fundamentación jurídica y el fallo. Estos casos de incongruencia interna han sido considerados por el Tribunal Constitucional como lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, puesto que la contradicción entre la fundamentación y el fallo de una resolución no es un vicio de incongruencia, sino un defecto de motivación, al ser la que resulta, irrazonable y contradictoria (por todas, SSTC 42/2005, de 28 de febrero ; 140/2006, de 8 de mayo ; y 127/2008, de 27 de octubre); y por eso, su ámbito de inclusión en un recurso por infracción procesal se encuentra en el número 4º del artículo 469.1 LEC , y no en el nº 2, como incorrectamente ha efectuado la parte recurrente (sentencias de esta Sala 634/2015, de 10 de noviembre ; 356/2016, de 30 de mayo ; y 543/2016, de 14 de septiembre).



2.- No solo se ha utilizado un cauce procesal incorrecto, sino que, además, no se denuncia realmente la existencia de contradicción entre la fundamentación jurídica y el fallo, puesto que lo resaltado es una contradicción entre argumentos, que en ningún caso puede dar lugar a las pretensiones anulatorias del recurso. Pero es que además, la sentencia, rectamente leída, tampoco incurre en las contradicciones que se pretende.

La Audiencia Provincial utiliza los mismos razonamientos y hace mención al sustrato personal del grupo de empresas, tanto para desestimar la nulidad del acuerdo contrario a la ineficacia de los préstamos entre Lat 53, Alouco y Gidatxa, como para desestimar la nulidad del acuerdo contrario a la ineficacia de los contratos de prestación de servicios entre UPB y Alouco y Gidatxa. Los recurrentes parten del error de considerar que la sentencia aprecia que el grupo de empresas se forma alrededor de la persona del Sr. Luis Francisco, cuando lo que realmente afirma es que se constituye en su entorno familiar, es decir, no solo el mencionado señor, sino también su esposa e hijos.

En la sentencia recurrida siempre se parte de la existencia de un grupo de empresas (en sentido lato, no en el estricto del art. 42 CCom), que no solamente tiene como cabeza rectora al Sr. Luis Francisco, sino que se extiende a su entorno familiar (esposa e hijos).

Como consecuencia de lo cual, al no apreciarse la incongruencia interna denunciada, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

Recurso de casación

Tercero.

Admisibilidad del recurso de casación.

1.- Como la parte recurrida ha alegado la inadmisibilidad del recurso de casación, debe ser esta la primera cuestión a resolver.

2.- Para ello, hemos de partir de la base de que el cauce elegido por la parte recurrente es el del interés casacional (art. 477.2.3º LEC), por lo que habrá de acreditarse la concurrencia de dicho interés. Como recuerda la sentencia de esta Sala 207/2016, de 5 de abril, la opción legislativa de ampliar el acceso a la casación a la generalidad de los asuntos mediante este cauce, tiene como finalidad facilitar que el Tribunal Supremo ejerza su función de unificación de doctrina, siempre que se trate de materias en que efectivamente ello resulte posible y necesario para la mejor administración de justicia, sin que pueda darse cabida a los supuestos en que el interés casacional sea meramente ficticio y no se pretenda en realidad más que la formulación por esta Sala de un nuevo juicio que integre, a su vez, una tercera instancia; o en su caso, la posibilidad de sostener un recurso por infracción procesal. A tal efecto, el art. 477.3 LEC establece que:

«Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia 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 que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido».

En relación con lo cual, el auto de esta Sala de 6 de marzo de 2012 (Rec. 1178/11), afirma que el interés casacional:

«consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que



ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque un «interés casacional» que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha. En la misma línea AATS de 29/9/11, Rec. 133/11 ; 12/4/11, Rec. 764/09 ; 20/9/11, Rec. 1337/11 ; 12/4/11, Rec. 764/09 ; entre otros».

3.- Respecto del primer motivo de casación, no se ha acreditado el interés casacional, puesto que los recurrentes lo identifican con la contradicción de la sentencia recurrida con las sentencias de esta Sala de 21 de noviembre de 1994 , 15 de marzo de 1983 , 26 de diciembre de 2012 , 17 de noviembre de 2011 y 6 de marzo de 1992 , en relación con una supuesta aplicación errónea del art. 52 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL), cuando ninguna de las sentencias invocadas trata el mismo supuesto enjuiciado.

En efecto, la sentencia de 21 de noviembre de 1994 ni siquiera cita el art. 52 LSRL (lo que era imposible, puesto que dicha Ley es de 1995), sino que resuelve sobre la base del art. 86 LSA , en relación con la convocatoria de una junta general de una sociedad anónima. La de 15 de marzo de 1983 se refiere a la Ley de Cooperativas, pero incluso en el supuesto de que se estimara que había similitud con el caso, puesto que se refiere a conflicto de intereses y deber de abstención en la votación, propugna la interpretación literal del precepto, por lo que la sentencia recurrida no se habría apartado de dicho criterio. La sentencia de 17 de noviembre de 2011 no se refiere a eventuales prohibiciones de voto por existencia de conflicto de intereses, sino que se dictó en un caso de acción social de responsabilidad contra un administrador. La sentencia de 6 de marzo de 1992 no se dictó en un caso de sociedad limitada, o por lo menos de sociedad mercantil, sino respecto de una asociación. La de 4 de julio de 2007 se refiere al cese de los administradores sociales y aplica el art. 132.2 LSA . Y la de 26 de diciembre de 2012, aunque sí aplica el art. 52 LSRL , se refiere a un supuesto de hecho completamente distinto, puesto que la cuestión litigiosa era si al representante en la junta de socios le eran aplicables las mismas prohibiciones respecto del derecho de voto que al representado, lo que, en su caso, tiene relación con el segundo motivo de casación, pero no con el primero.

En suma, al no haberse acreditado el interés casacional respecto del primer motivo de casación, el mismo debe ser desestimado, puesto que las causas de inadmisión (art. 483.2.3º LEC) devienen en causas de desestimación (sentencias de esta Sala 72/2009, de 13 de febrero , 33/2011, de 31 de enero , y 564/2013, de 1 de octubre). A lo que no obsta que en su día este motivo del recurso fuera admitido a trámite, dado el carácter provvisorio de dicha admisión inicial, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia (sentencias 97/2011, de 18 de febrero ; 548/2012, de 20 de septiembre ; y 546/2016, de 16 de septiembre). El Tribunal Constitucional ha afirmado en numerosas resoluciones que «la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos» (por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero ; 204/2005, de 18 de julio ; 237/2006, de 17 de julio ; 7/2007, de 15 de enero ; 28/2011, de 14 de marzo ; 29/2011 de 14 de marzo ; 69/2011, de 16 de mayo ; y 200/2012, de 12 de noviembre).

4.- Por el contrario, el segundo motivo de casación sí debe ser admitido, por cuanto se acredita la existencia de interés casacional. Este motivo se basa en la infracción del art. 65 LSRL y se citan como infringidas, a efectos del mencionado interés, las sentencias de 5 de diciembre de 2009 , 26 de enero de 2006 y 26 de diciembre de 2012 . En las mismas se aplica el mencionado precepto legal , art. 65 LSRL , aunque la 33/2006, de 26 de enero, se refiere



fundamentalmente al art. 98 LSRL, también cita el 65 y es clara la conexión funcional y material entre ambos preceptos, puesto que el 98 regulaba la exclusión del socio-administrador que infringiera la prohibición de competencia. Prima facie no cabe la inadmisión del motivo, sino que habrá de ser en su resolución donde se decida si efectivamente ha existido infracción legal y contravención de la jurisprudencia. Por lo demás, la posible contradicción de la base fáctica de la sentencia y la determinación de la ratio decidendi de la misma, habrán de ser tratadas en la fase de resolución del motivo

Cuarto.

Segundo motivo de casación. Dispensa de la prohibición de competencia al socio administrador de una sociedad de responsabilidad limitada. Deber de abstención en la votación del acuerdo social.

Planteamiento:

1.- En el segundo motivo de casación se denuncia la infracción del art. 65 LSRL (actual art. 230 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital -en adelante TRLSC-) y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, en sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2009, 26 de enero de 2006 y 26 de diciembre de 2012.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que en la votación de la junta que autorizó la dispensa de la prohibición de competencia al socio administrador resultó decisivo el voto de la sociedad Alouco, que también estaba afectada por el deber de abstención. En tanto que Alouco pertenece al entramado familiar del administrador afectado, también debería haber sido excluida de la votación, al concernirle también el mismo conflicto de intereses que al Sr. Luis Francisco. Y al no entenderlo así la Audiencia Provincial infringe el citado art. 65 LSRL y su jurisprudencia interpretativa.

Decisión de la Sala:

1.- El art. 65 LSRL (actual art. 230 TRLSC, aunque éste extiende el régimen a todas las sociedades de capital) imponía a los administradores de una sociedad limitada la prohibición de hacer competencia a la sociedad, pero permitía que la junta general dispensara al administrador de dicha prohibición. Esta dispensa, cuando el administrador era también socio, igualmente era tratada en la Ley como un nuevo conflicto de intereses, dado que prohibía que el administrador afectado pudiera votar sobre este particular (art. 52.1 LSRL), a fin de garantizar que el acuerdo sobre la autorización de la actividad competitiva del socio-administrador no pudiera ser decidido, por lo menos en parte, por el beneficiado directo de dicho acuerdo. Razón por la que la doctrina consideraba que el cese del administrador por oposición de intereses con la sociedad no constituía un derecho de la mayoría, sino un medio de defensa del interés social que la Ley concedía a la propia sociedad, representada por su órgano soberano, la junta general, ante la posibilidad de que alguno de sus administradores tuviera intereses contrapuestos a los de la sociedad. Y ello, porque la Ley parte de una postura negativa respecto a la posibilidad de realización de una actividad concurrencial por parte del administrador social, de manera que únicamente a posteriori permite soslayar la prohibición, cuando la junta general ha podido apreciar el perjuicio, la inanidad o, incluso, la conveniencia que, para los intereses de la sociedad, representa el comportamiento concurrencial discutido.

2.- Lo que se plantea en el motivo que ahora examinamos es si este deber de abstención que afecta al socio-administrador cuya dispensa de la obligación de no competencia se debate en la junta general, se extiende también a una sociedad unipersonal cuyo capital pertenece íntegramente a otra sociedad de la que, a su vez, el administrador afectado posee el 50,68% de su capital y el resto su esposa e hijos.



Aunque la LSRL no contenía una previsión al efecto, nos puede servir de orientación lo regulado actualmente en el art. 231.1 d) TRLSC, que respecto de lo previsto en los artículos precedentes [en lo que aquí importa, 229.1 f) y 230.3], considera persona vinculada al administrador persona física, a «Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio ». De tal manera que habrá que considerar que existe vinculación cuando el administrador se encuentre en alguno de los siguientes casos en relación con una sociedad: a) posea la mayoría de los derechos de voto; b) tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d) haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

En tales casos, la Ley prohíbe al administrador instrumentalizar a los sujetos del art. 231 como personas interpuestas, del mismo modo que tampoco puede dejarse utilizar por esas mismas personas vinculadas para ejercer algunas de las conductas del art. 229.1 TRLSC.

Ahora bien, el art. 190 TRLSC únicamente prohíbe el derecho de voto, al igual que hacía el art. 52 LSRL , al socio afectado, pero no extiende dicha interdicción a las personas vinculadas. Es decir, las personas vinculadas quedan afectadas por las prohibiciones y restricciones de los arts. 229 y 230 TRLSC, pero no por la privación de voto, que tanto el art. 190 TRLSC como el art. 52 LSRL , circunscriben exclusivamente al socio o socios afectados.

Ni en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ni en la vigente Ley de Sociedades de Capital se ha regulado el denominado conflicto indirecto de intereses, es decir, aquel en que los intereses de un socio no se encuentran en contraposición directa con los de la sociedad, pero existe una vinculación estrecha entre tales intereses de un socio y los de otro socio, que en el asunto en cuestión, entran en conflicto abierto con los de la sociedad.

Para que existiera conflicto de intereses, la dispensa del deber de no competencia (art. 65 LSRL) debería afectar al grupo de sociedades o a todos los socios, pero si solo afecta a alguno de ellos, no cabe apreciarlo, y por tanto no opera el deber de abstención de otra sociedad del grupo o de otro socio.

Quinto.

Costas y depósitos.

1.- Habida cuenta la desestimación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, las costas causadas por ambos deben imponerse a la parte recurrente, según determinan los arts. 394.1 y 398.1 LEC .

2.- P rocede la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 9, LOPJ .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Silvio y D. Luis Francisco , contra la sentencia n.^º 121/2014, de 4 de abril, dictada por la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo de apelación n.^º 653/2012 . 2.^º

- Desestimar el recurso de casación interpuesto por los mismos recurrentes contra dicha sentencia. 3.^º- Imponer a los recurrentes las costas de ambos recursos y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para su interposición. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



[**www.civil-mercantil.com**](http://www.civil-mercantil.com)

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.
Así se acuerda y firma.

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.