



Roj: **SAP PO 173/2008 - ECLI: ES:APPO:2008:173**

Id Cendoj: **36038370012008100042**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **24/01/2008**

Nº de Recurso: **464/2007**

Nº de Resolución: **50/2008**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00050/2008

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 464/07

Asunto: ORDINARIO 189/06

Procedencia: MERCANTIL NÚM. 2 DE PONTEVEDRA

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS  
MAGISTRADOS

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

Dª MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

#### **SENTENCIA NUM.50**

En Pontevedra a veinticuatro de enero de dos mil ocho.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de procedimiento ordinario 189/06, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 464/07, en los que aparece como parte apelante-demandante: D. Nuria , D. Alvaro , representado por el procurador D. ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA y asistido por el Letrado D. ALFREDO LORENZO ZARANDONA, y como parte apelado-demandado: D. Eva , DÑA Consuelo , representado por el Procurador D. ANGEL CID GARCÍA, y asistido por el Letrado D. MATRICIA ÁLVAREZ CANELLA, D. Juan Antonio , representado por la procuradora D. MARIA JOSE GIMÉNEZ CAMPOS y asistido del letrado D. ALFONSO ÁLVAREZ GÁNDARA, sobre acción social de responsabilidad, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, con fecha 13 febrero 2007, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:



"Que desestimo la demanda sostenida por la representación procesal de DOÑA Nuria y DON Alvaro , absolviendo a los demandados de los pedimentos contra los mismos formulados. Condeno a los demandantes al pago de las costas procesales devengadas."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Dña Nuria , D. Alvaro se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día veinticuatro de enero para la deliberación de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda en la que se ejercita acción social de responsabilidad contra los administradores de la sociedad MARISCOS MARZÁ S.L., cuantificando la misma en 2.147.000 euros. La actuación negligente que los socios demandantes imputan a los administradores demandados se centra en la venta de la empresa, excediéndose de lo que es su competencia ya que tal actuación consideran que sólo compete a la Junta general al equipararla a un supuesto de escisión, provocando además un daño a la sociedad al proceder a dicha venta a un precio notablemente inferior al de mercado. Afirma igualmente la parte actora que ha existido por parte de los administradores demandados, una alteración sistemática de los documentos contables de la empresa e incluso de la simulación de la aprobación de juntas universales que, o no se celebraron, o se celebraron en ausencia de mis representados, con lo cual no serían universales.

En atención a tales argumentos, desarrollados ampliamente en la demanda, se interesan los siguientes pronunciamientos:

- a) que los administradores demandados no han actuado con la diligencia de un ordenado empresario ni de un representante leal, al disponer sin las necesarias cautelas y prevenciones, del patrimonio social
- b) que los administradores demandados han provocado y causado una alteración de la contabilidad social, de forma que la resultante de la misma no permite obtener una información válida sobre la imagen fiel de los resultados ni de la situación económica y financiera de la empresa
- c) que los administradores demandados con sus actos de administración y disposición, han causado daño y perjuicio a la empresa, y por tanto son responsables solidarios frente a la sociedad del daño y perjuicio causados, y responsables de la correspondiente reintegración del patrimonio social, por los hechos relatados como contrarios a la ley o sin la diligencia con que debieron desempeñar el cargo
- d) que el daño y perjuicio causados a la sociedad ascienden a un importe acreditado pericialmente de 2.417.000 euros
- e) subsidiariamente a la anterior declaración, si resultare de la sustanciación del procedimiento una apreciación pericial alternativa del daño y perjuicio causado a la sociedad que se estime por el juzgado mas ajustada a la realidad del daño y perjuicio ocasionados, se declare así el importe a reparar, y en consecuencia condenando:
- f) a los administradores demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, al pago y reintegro a la sociedad del importe del daño y perjuicio causado.

La sentencia de instancia desestima la demanda sobre la base de unos hechos que permanecen, en esencia, incólumes en esta alzada.

MARISCOS MARZÁ S.L. fué fundada por los demandantes como comerciantes individuales, dedicada a la explotación y comercialización de pescados y mariscos. En 1994 fué constituida como sociedad de responsabilidad limitada con un capital de 500.000 de las antiguas pesetas, integrándose por tres socios, lo actores y D. Rodolfo , el cual vendió sus participaciones a la hija de los demandantes en 1996, desvinculándose de la sociedad, que quedaba ya en un ámbito exclusivamente familiar. En el año 2003, con ocasión de tener que renovar la concesión administrativa para la ocupación del suelo en el puerto de Vigo, y de ampliar sus instalaciones, entra a formar parte de la sociedad D. Bartolomé , esposo de la hija de los actores, construyéndose una nave con una superficie de 1.950,00 m2 en plata baja, y 282,14 m2 de entreplanta, ampliándose la actividad a cetárea y venta de pescados y mariscos, con una ampliación de capital en marzo de 2004, hasta la cifra de 446.491,96 euros. En la misma escritura se nombra administradores mancomunados a las Sras. Consuelo y Eva , nuera e hija, respectivamente, de los demandantes. Queda así el sustrato social de la sociedad integrado por tres socios, Doña Eva y su esposo D. Bartolomé , al 50% del 66% del capital, y la ahora demandante, Doña Nuria , con el 34% de las participaciones.



A pesar de la importante inversión, en los últimos años se iban originando continuas pérdidas en la actividad social, por lo que se barajaron varias posibilidades entre todos los socios, incluida la posible venta de la empresa.

En tal situación, el 16 de enero de 2006, las administradoras mancomunadas mencionadas firman un contrato privado de compraventa con el representante de CASA BOTAS VIUDA DE J. MARTINEZ BLASCO S.L. para la transmisión de la concesión administrativa y de la edificación mencionadas, junto con su equipamiento e instalaciones, para proseguir con la actividad que se desarrolla en las mismas, que también es cedida y transmitida (folios 352 y ss). Todo ello por el precio global de 1.800.000 euros.

Tal compraventa fué ratificada por acuerdo de la Junta general de 1 de marzo de 2006, que fué anulado posteriormente en sede judicial. Acuerdo que fué nuevamente adoptado por acuerdo de Junta General de fecha 18 de diciembre de 2006.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia considera que ni existió una actuación negligente de los administradores al proceder a la venta, dadas las circunstancias económicas y de resultados ya expuestos, y pactar un precio sobre el que no se ha acreditado que sea notablemente inferior al de mercado, por lo que no puede decirse que se haya producido un daño al patrimonio social.

Igualmente la sentencia de instancia considera irrelevantes algunos errores en la contabilidad, sin que pueda estimarse acreditado, pues no llegó a realizarse auditoria, que la contabilidad ha sido alterada y no refleja la imagen fiel del patrimonio social. Además de que ni siquiera se razona cual es el perjuicio que la denunciada alteración y falseamiento de la contabilidad, ha causado a la sociedad.

Contra dicha sentencia interpone recurso de apelación la parte actora. Recurso que, por su extensión y dispersión, se analizará en función de la acción ejercitada y los motivos que, de la lectura del recurso, aparecen como fundamentales en función de aquélla.

El primer motivo se centra que la acción social de responsabilidad no es una mera acción indemnizatoria sino que es una acción para exigir y reprender los actos de los administradores que incumplan sus obligaciones para con la sociedad, obligaciones recogidas expresamente en los arts. 127 , 127 bis , 127 ter y 127 quarter LSA . Considera la parte recurrente que la sentencia yerra al considerarla como una mera acción indemnizatoria, premisa incorrecta que lleva a una conclusión contraria a Derecho.

No se observa defecto alguno en las consideraciones jurídicas que la sentencia realiza respecto de la acción social de responsabilidad, estando en la línea marcada de forma reiterada por nuestra Jurisprudencia.

Ésta, como indica la STS de 22 de marzo de 2006 , señala que la jurisprudencia declara que la diferencia entre la acción social y la acción individual radica en que la primera tiene por objeto restablecer el patrimonio de la sociedad y mediante la segunda se pretende reparar el perjuicio directo al patrimonio de los socios o terceros ( STS de 4 de noviembre de 1991 y 29 de marzo de 2004 ). La función esencial de la acción social es, pues, restablecer el patrimonio de la sociedad. La acción social de responsabilidad se funda en la ejecución por el administrador o administradores de una conducta, positiva u omisiva, en el ejercicio de su cargo que comporte una lesión para el patrimonio social y tenga carácter antijurídico, por ser contraria a la Ley o a los estatutos o consistir en el incumplimiento de los deberes impuestos legalmente a los administradores, tal y como establece el art. 133.1 LSA en relación con el art. 127 y ss. de la citada norma a los que remite, con carácter general y en toda la regulación sobre responsabilidad de administradores el art. 69.1 LSRL .

Igualmente la Jurisprudencia es unánime cuando exige que para que pueda prosperar la acción social de responsabilidad que constituye el objeto del proceso es preciso que concurra una conducta del administrador, bien antijurídica por ser contraria a la Ley o a los Estatutos, o bien culposa por no haber observado la diligencia con que se debe desempeñar el cargo (que tiene su patrón objetivo en la diligencia de un ordenado empresario), y que el patrimonio social haya sufrido un daño ( art. 133.1 y 127 LSA art. 127 , art. 133.1). La doctrina jurisprudencial, tanto bajo el régimen de la LSA de 1951 , como en el vigente TR de 1989, viene exigiendo la prueba de que dicho daño es una consecuencia de la actuación objeto de reproche ( Sentencias, entre otras, 12 abril 1989 , 11 octubre 1991 , 16 junio 1992 , 25 mayo 1993 , 26 julio 1994 , 21 noviembre 1997 , 29 abril 1999 ), de tal manera que si no se acredita dicho nexo causal debe desestimarse la demanda (entre otras, SSTS. 16 de febrero y 6 de octubre de 2000 , y de 20 de diciembre de 2002 ).

Esta responsabilidad se enmarca dentro de la responsabilidad por daño, dentro de la distinción general que la Jurisprudencia ha realizado entre la responsabilidad por daño y la responsabilidad por deudas. En la primera se encuentra incluida, con los requisitos antes enunciados, la acción social, que se justifica por la lesión o el daño a los intereses sociales. En este marco se mueve acertadamente la sentencia impugnada, y servirá de guía para la resolución de las cuestiones planteadas en esta alzada.



TERCERO.- Llegamos así a uno de los aspectos nucleares del recurso que se centra en considerar si la venta de la empresa realizada por los administradores puede incardinarse en alguna de las conductas ilícitas sancionadas con su responsabilidad.

Previamente hemos de señalar que no existe propiamente un concepto jurídico de empresa, ni un tratamiento global de su transmisión o enajenación. Las empresas, como conjuntos organizados de elementos personales, materiales e inmateriales que intervienen en el tráfico económico en la producción o intercambio de bienes o servicios, no es objeto de una regulación concreta y explícita aplicables íntegramente a su transmisión. En todo caso si existe algún pronunciamiento jurisprudencial referente al concepto de empresa como las STS de 13 de octubre de 1987 o de 7 de marzo de 1994 , en el que destacan la consideración como un conjunto de bienes o elementos materiales e inmateriales que configuran una unidad.

En este sentido, atendiendo a lo que ha sido objeto del contrato de compraventa según la estipulación tercera del mismo que incluye edificaciones, instalaciones y la actividad misma, con subrogación en los contratos de los trabajadores (estipulación tercera), hablaremos en la presente resolución de venta de empresa.

Critica la parte recurrente la sentencia porque la misma señala que "no se analiza ahora si las administradoras, sin consentimiento de la junta general, podían llevar a cabo la transmisión, sino si la decisión de vender suponía una infracción de sus deberes legales y estatutarios", cuando precisamente uno de los motivos de exigencia de responsabilidad es la realización de la venta por los administradores cuando éstos carecen de competencia o facultades al efecto, y que se trata de un acto de escisión que exige un acuerdo adoptado por mayoría cualificada de la Junta general.

Entiende la parte recurrente que la realización de la venta de la empresa, no solo de la concesión, inmueble e instalaciones, sino de la propia actividad desarrollada en los mismos, implica una actuación contraria a un ordenado empresario, pues el deber de diligencia obliga a los administradores a ocuparse positivamente de la gestión social, debiendo poner cuidado y esfuerzo en la ejecución de su obligación de administrar.

La venta de la empresa, según la parte apelante, es una modificación estructural de la sociedad que conlleva la necesidad de respetar escrupulosamente los mecanismos legales de toma de decisión establecidos en la LSA y LSRL.

Por ello, en primer lugar, considera que la sentencia es incongruente al no tratar esta cuestión.

La STS de 20 de marzo de 2.001 que, pese a referirse la anterior normativa, continúa plenamente vigente dentro del ámbito del artículo 218 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil , señala: "la doctrina que esta Sala ha ido perfilando en torno al deber de congruencia que pesa sobre las sentencias, el cual conlleva la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, y existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está substancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicos de los escritos fundamentales rectores del proceso, y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos; no exigiéndose tampoco, desde otro punto de vista, que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible ( SSTS 15-12-95 , 7-11-95 , 4-5-98 , 10-6-98 , 15-7-98 , 21-7-98 , 23-9-98 , 1-3-99 y 31-5-99 , entre otras muchas); de este modo, para determinar la incongruencia se ha de acudir necesariamente al examen comparativo de lo postulado en el suplico de la demanda -sin atender a sus meros presupuestos ( STC 222/94 y STS 17-2-92 )- y los términos en que se expresa el fallo combatido ( SSTS 22-4-88 , 23-10-90 , 14-11-91 y 25-1-94 ), estando autorizado el órgano jurisdiccional para hacer un ajuste razonable y sustancial con los pedimentos de los que litigan, si bien esta permisión tiene como límite el respeto a la causa de pedir, que no puede alterarse, ni cabe la sustitución de unas cuestiones por otras ( SSTS 11-10-89 , 23-12-93 , 25-1-94 y 4-5-98 , entre otras muchas)".

Por su parte la STS Sala 1ª, de 20 de abril de 2.005 establece que: "Esta Sala viene reiterando que las sentencias absolutorias de las pretensiones ejercitadas en la demanda resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas, y sólo incurren en el vicio de incongruencia cuando prescinden de la conformidad del demandado, alteran la "causa petendi" o transforman el problema litigioso, o aprecian excepciones no alegadas ni susceptibles de estimación de oficio ( SS., entre otras, 18 febrero 2000 , 21 julio y 19 septiembre 2003 , 17 marzo y 28 mayo 2004 )". Y en el presente caso no debe olvidarse que estamos ante una sentencia absolutoria, desestimatoria de la demanda.

Finalmente, la misma doctrina y jurisprudencia establecen que la congruencia de la sentencia presupone y exige la correlación o correspondencia de su parte dispositiva con la pretensión o pretensiones objeto de la litis ( ss. 109/1992, de 14 septiembre y 67/1993, de 1 marzo, del Tribunal Constitucional ), definidas por lo "pedido" en los escritos rectores del proceso -el resultado perseguido con el pronunciamiento que postulan- ( ss. 16 marzo 1993 , 25 enero 1994 y 23 mayo 2000, del Tribunal Supremo ) y la "causa de pedir", integrada



por los hechos jurídicamente relevantes para fundar aquella petición ( ss. 25 mayo 1995 , 19 junio 2000 , 20 julio y 3 diciembre 2001, del Tribunal Supremo ), esto es, por los hechos alegados a que el Derecho anuda la consecuencia jurídica pretendida o, en palabras del artículo 218 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil , de los fundamentos de hecho y de derecho que las partes han querido hacer valer; quedando vedado a los tribunales conceder lo pedido por causa o razón de pedir distinta de la aportada ( ss. 20/1982, de 5 mayo y 67/1993, de 1 marzo, del Tribunal Constitucional y 20 julio 1990 y 30 diciembre 1993, del Tribunal Supremo ) o denegarlo con base en excepciones no aducidas por los demandados -ni apreciables de oficio- ( ss. 24 febrero 1993 y 19 diciembre 1997, del Tribunal Supremo ), o en hechos distintos de los que constituyeron el soporte fáctico de la acción y oposición deducidas en el período expositivo del juicio ( ss. 23 marzo 2001 y 7 junio 2002, del Tribunal Supremo ), con la consiguiente alteración de las cuestiones objeto de la controversia dilucidada en él.

La congruencia se consigue ajustando el fallo a las pretensiones de las partes, pero no de modo literal, sino sustancial y razonablemente, de tal modo que sobre la base de un respeto absoluto a los hechos, pueda el Juzgador, pronunciarse sobre la esencia y circunstancia del tema incluso mediante la elección de la norma adecuada y la aplicación de la misma a dichos presupuestos y consecuencias implícitos en la causa petendi pues, si la regla "iura novit curia" autoriza al Tribunal para calificar de manera distinta el conflicto suscitado, tal libertad valorativa ha de partir de la estricta acomodación a los hechos alegados y a las cuestiones debatidas ( STS de 8 de julio de 1983 ).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2003 con remisión a las de 19 de octubre de 1999 y 4 de mayo de 1999, declara en torno a la incongruencia: "La congruencia es la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido ("ultra petita"), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("extra petita") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ("citra petita"), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita, por lo que el fallo ha de adecuarse a las pretensiones y planteamientos de las partes, de conformidad con la regla "iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium"

Según reiterada doctrina legal sobre la congruencia esta consiste en la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, y existe allí donde la relación entre estos dos términos, Fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicos de los escritos fundamentales rectores del proceso y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos; no exigiéndose, desde otro punto de vista, que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible.

Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, no solo porque estamos ante una sentencia absolutoria en cuanto desestimatoria de la demanda, sino además porque la sentencia hace alusión expresa a la cuestión planteada, si bien en sentido contrario a los intereses de la parte apelante, y de forma escueta porque estima que no debe ser objeto de examen al no tratarse de uno de los requisitos de la acción ejercitada, no puede considerarse incongruente.

Por otro lado, el Alto Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que, el requisito de motivar las resoluciones judiciales no impone la necesidad de una argumentación extensa ni de una respuesta pormenorizada a cada una de las alegaciones de las partes, pues basta que la respuesta judicial dé satisfacción, en un orden argumentativo razonable en términos jurídicos, a los extremos sometidos a debate ( SSTS de 17 de mayo 2006 , 26 de mayo 2006 y 31 de mayo 2006 , entre otras).

CUARTO.- Dicho lo anterior, en cuanto al fondo del motivo, la Sala considera acertada la crítica de la parte apelante cuando la sentencia impugnada elimina del objeto del proceso el análisis de las facultades de los administradores para vender la empresa social, porque de carecer de ellas, inevitablemente puede estarse ante uno de los supuestos de exigencia de responsabilidad tal y como se desprende del art. 133.1 LSA , por ser un acto contrario a la Ley, los estatutos o incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

El objeto social, en tanto definidor del ámbito de actividad en que debe desenvolverse el ámbito de actividad de la sociedad, actúa también como delimitador de la extensión del poder de representación y facultades que corresponden al órgano gestor, de forma que impone su consideración como centro de referencia inexcusable para la determinación del concreto alcance de las facultades singulares que ordinariamente corresponde al órgano gestor ( art. 129 LSA y art. 63 LSRL ).

Corresponde a los administradores la gestión y la representación de la sociedad. La administración social viene entendida por la generalidad de la doctrina, en un concepto muy amplio, elástico e indeterminado, que comprende un conjunto de actos de diversa naturaleza, tendentes a la consecución del objeto social.



Igualmente se ha afirmado que lo que caracteriza al órgano administrativo es el hecho de que en él se forman y se llevan a ejecución las decisiones encaminadas a la consecución de los fines sociales.

Todo ello lleva a considerar que la actividad de gestión y representación tiene un carácter activo favorecedor de los intereses sociales y consecuidor del objeto social establecido. Ámbito del que debe excluirse la enajenación de la empresa, como ocurre en el supuesto enjuiciado, y por lo tanto, la decisión sobre tal materia es, priamente, competencia de la Junta general, como desarrollaremos posteriormente.

Desde esta perspectiva las administradoras habrían realizado un acto que excede de sus facultades, introduciéndose en el ámbito decisorio de la Junta general, lo que puede considerarse contrario a la Ley ( arts. 61 y 63 LSRL , y arts. 127 y 129 LSA , en relación con los arts. 43 y 44 LSRL ).

Ahora bien, admitiendo la tesis de la parte recurrente, a pesar de la ilicitud inicial del acto, este ha devenido válido al ser aprobado y ratificado posteriormente por la Junta general, constando la celebración de Junta general el día 18-12-2006, en el indicado sentido.

Debe matizarse la contrariedad a la ley de este acto. Delimitar el ámbito competencial de la Junta general y de los administradores no es tarea sencilla. Las dificultades derivan, por un lado, del hecho de que aún existiendo un precepto como en el caso de la LSRL que atribuye a la Junta un elenco de facultades ( art. 44 LSRL ), éste no tiene carácter exhaustivo por lo que es preciso completar el ámbito de decisión de la Junta atendiendo al resto del articulado. Pero ni la Ley ni los estatutos agotan todas las posibilidades y que, en relación con otros supuestos u operaciones expresamente contempladas en la Ley, no se determina el órgano competente. Por todo ello es inevitable que en la vida de la sociedad surjan operaciones cuya realización no haya sido asignada ni a uno ni a otro órgano. Así sucede en el supuesto de venta del patrimonio social, de la empresa, no previsto en el art. 44 LSRL , ni a lo largo de su articulado a excepción de un supuesto que puede servir de comparación como es la cesión global del activo y del pasivo a que se refiere el art. 117 LSRL como un supuesto abreviado de liquidación del patrimonio una vez acordada la disolución de la sociedad.

En consecuencia, no puede entenderse que estemos ante una actuación que pueda merecer el calificativo de nula de pleno derecho, sino meramente anulable. No se trata de un acto o decisión que vulnere una norma imperativa o prohibitiva concreta ( art. 6.3 CC ), que no existe. El elemento esencial de la nulidad es la contravención de la norma imperativa o prohibitiva, que es el tipo de norma que excluye el juego de la autonomía de la voluntad, y no es susceptible de modificación por parte de los sujetos. No es este el caso cuando el acto es realizable previo acuerdo de la Junta general.

No existe una concreta norma imperativa o prohibitiva que lo impida. Se trata de un reparto de competencias que no está explicitada en la LSRL, y se habla por la doctrina precisamente de competencias implícitas, es decir, competencias de la Junta general que se extraen del conjunto del articulado, entre las que pueden incluirse las que tienen una especial relevancia para la sociedad e implican una gestión extraordinaria, como puede calificarse la venta del patrimonio social, por mas que esta venta no siempre implique la disolución y liquidación ulterior, por lo que no debe equipararse en el plano jurídico a aquélla.

Debe pues concluirse que en el caso de autos se produjo, y es admisible, la ratificación contractual a que alude el artículo 1259 del C. Civil y que, sabido es, tanto puede hacerse de una forma expresa como tácita, según prevé el mismo texto sustantivo en otras disposiciones (artículos 1727 y 1893) y nuestra jurisprudencia (p.e. STS 17.7.1995 ; 21.10.1997; 26.10.1999), que ha venido perfilando como supuesto mas clásico aquel en el que "el no representado" sin hacer uso de la acción de nulidad acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización o con extralimitación del poder conferido. Efecto de ratificación que igualmente se produce cuanto el "representado" ha creado una apariencia de mandato o apoderamiento o permite con su actitud que así se crea por terceros, en cuyo caso, también por el principio de la buena fe quedara obligado ( STS 10.5.1984 ; 1.3.1988 ; 14.3.1991 ). Máxime en el supuesto enjuiciado en que de forma expresa se adopta el acuerdo por el que la Junta general asume y decide la compraventa de la empresa que nos ocupa.

Como señala también la STS 18 marzo 1999 , sobre venta por un consejero delegado de un inmueble, sin la concurrencia del otro administrador mancomunado: "Ciertamente el art. 1259 del C.C , declara la nulidad de los actos realizados por quien carece de autorización o representación legal de la persona a cuyo nombre contrata. Pero, en contra de lo que sostiene el actor, esa nulidad no es absoluta, sino que puede ser neutralizada por la ratificación expresa o tácita, del "dominus neegotii", confirmándose así el negocio transmisivo."

Para ello no es obstáculo la dicción del art. 133 LSA en su apartado cuarto, según el cual "en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o el acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta general". Coincide la mayoría de la doctrina en que tal precepto trata de establecer una independencia absoluta de los administradores con relación a los acuerdos de la junta general, pero desde la perspectiva de la competencia que corresponde a cada órgano de la sociedad, de forma que el citado precepto



está haciendo referencia a los actos realizados por los administradores en el ámbito de su competencia, aún cuando la Junta general adopte un acuerdo en el mismo sentido. Aunque no exento de discusión, no se estima adecuado que pudiera aplicarse tal precepto al caso que nos ocupa cuando el acto debe imputarse finalmente a la Junta general al ratificar, y en su caso, adoptar, el acuerdo de venta, al ser de su exclusiva competencia, y exceder de las facultades de los administradores. Será por lo tanto el sistema de impugnación de acuerdos el que pudiera hacer frente a tal decisión, pero no ya una acción de responsabilidad contra los administradores.

Además, cabe concluir que la aprobación, la adopción del acuerdo de la junta general sobre la venta de la empresa, eliminaría el componente dañoso necesario para el éxito de la acción ejercitada. Para que surja la acción social de la responsabilidad es preciso que el daño causado por los administradores lo sufra el patrimonio de la propia sociedad. Debe ser perjudicada la sociedad de forma directa. Y difícilmente puede predicarse tal supuesto cuando la propia sociedad adopta un acuerdo de idéntico contenido, en el ámbito de sus competencias, que la acción que se considera dañosa.

Puede recordarse que el citado precepto es manifestación de la autonomía de los administradores respecto de la Junta general cuando se trata de actos lesivos para la sociedad, los socios o los acreedores sociales. De los trabajos preparatorios de la Ley puede deducirse que el apartado cuarto del art. 133 LSA, se combinaba con la delimitación de los asuntos sobre los que recaía la competencia de la junta general. Así el art. 120 del borrador de anteproyecto de Ley de sociedades anónimas, de fecha 30 de junio de 1979, decía al final de su párrafo segundo "En ningún caso, exonerará de tal responsabilidad la circunstancia de que el acto o el acuerdo lesivo haya sido ordenado, consentido o autorizado por la junta general, cuando sea propio de la competencia de los administradores".

Precepto que se relacionaba con el contenido del art. 64 de dicho anteproyecto que enunciaba los asuntos que eran competencia de la junta general. Al ser abandonado el anteproyecto pero, como señala algún autor, al incrustar el M<sup>o</sup> de Justicia, con alguna modificación de detalle el apartado del art. 120 transcrito, en el proyecto de Ley que daría lugar a la reforma del régimen de sociedades anónimas sin ocuparse de precisar los asuntos que delimitaban, la LSA vigente dejó este punto con una cierta imprecisión, pero que debe interpretarse en el sentido expuesto.

QUINTO.- Lo anterior nos lleva a examinar con carácter meramente prejudicial, si el acuerdo adoptado por la sociedad tiene apariencia de validez y por lo tanto ha sido adoptado con las mayorías necesarias, que es lo que viene a cuestionar la parte apelante cuando equipara la transmisión de la empresa con la escisión, en cuanto modificación estructural, exigiendo por lo tanto las mayorías del art. 53.2 b) LSRL.

Si bien no puede obviarse la relevancia jurídica y económica de la venta de la empresa, no puede equipararse a las modificaciones estructurales que suponen la transformación, la fusión o la escisión de sociedades. La parte apelante equipara la venta de empresa a la escisión, y por lo tanto exige para su aprobación el voto favorable de al menos dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

La LSA expresa en su artículo 252.1 que "Se entiende por escisión:

- a) La extinción de una sociedad anónima, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasa en bloque a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente.
- b) La segregación de una o varias partes del patrimonio de una sociedad anónima sin extinguirse, traspasando en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes.

A la vista del precepto debe distinguirse entre escisión total y parcial, pero que cualquiera de ellas implica la existencia de varias sociedades, en la primera la sociedad escindida se extingue y su patrimonio se divide en dos o más partes que pasan a otras tantas sociedades en bloque; y en la segunda la sociedad escindida no se extingue, sino que conserva parte de patrimonio, segrega el resto en bloque a otra u otras sociedades. Y aunque no es consustancial de esta noción legal la incorporación de los socios de la sociedad escindida en la o las sociedades beneficiarias de la operación, no debe excluirse como un efecto probable y habitual de la misma. Debe considerarse como una consecuencia o elemento natural de la operación, que puede faltar en algunos supuestos excepcionales.

Tal situación no es equiparable a la venta de la empresa, ajena a los efectos propios de la escisión. Es más, la doctrina suele excluir como supuestos a los que aplicar el régimen de la escisión, aunque sea parcial, a las figura comunmente identificadas de segregación y de aportación de rama de actividad, aunque sirvan para instrumentar procesos de reestructuración empresarial, al igual que la propia escisión, con una función de reparto patrimonial al servicio de procesos de reestructuración empresarial de diverso signo.



La situación que nos ocupa revela una realidad muy diferente. Como señala la sentencia de instancia, se deriva de la prueba pericial contable de la parte apelada, el testimonio del testigo Sr. Cesar , hombre de confianza de la parte apelante, y reconocen los propios apelados, la venta de la empresa es una decisión que tiene como fundamento la negativa situación económica de la empresa, con pérdidas en los últimos años, y la imposibilidad de otear un futuro inmediato que pudiera resultar económicamente mas favorable a la actividad social. Es más, en el dictamen del perito economista y auditor Sr. Jose Pablo , se hace constar al folio 426 que la sociedad se encuentra a 31 de diciembre de 2005 en causa de disolución por pérdidas.

Del examen de dicha situación la conclusión que debe extraerse es que los administradores, de acuerdo cuando menos con los socios que representan un 66% del capital social, proceden a la venta de la empresa, y después se acuerda y ratifica la propia sociedad en junta general con idéntica mayoría, y en contra el 34% que ostenta la parte apelante Por lo que están decidiendo la enajenación del patrimonio prácticamente íntegro de la sociedad, pudiendo llegar, si con posterioridad así se acuerda, a la disolución y ulterior liquidación. Si bien no pueden identificarse ambos supuestos.

Es de señalar que, por disolución, hay que entender el presupuesto jurídico de partida para la extinción de la personalidad de las sociedades. No es la extinción real, sino un presupuesto jurídico de la misma, de forma que con el acuerdo de disolución abre el periodo de liquidación ( art. 109 LSRL ), y tal acuerdo no siempre es obligado. Suele diferenciarse entre la disolución por acuerdo de la Junta general ( art. 104.1 b) LSRL , disolución de pleno derecho, que se produce ipso iure, y disolución por concurrencia de causa legítima. En este último supuesto clasificatorio es ante el que nos encontramos, según la parte apelante, y de ser así, hemos de valorar cuales son sus efectos. Una vez que se examinan los arts. 104 y 105 LSRL , y concordantes de dicha norma y los arts. 260 y ss LSA , cabe deducir que la concurrencia de una de las causas de disolución no permite ésta de forma automática, sino que debe ser constatada por la Junta general. Pero además, ésta es soberana para adoptar o no tal acuerdo de disolución, no obliga a la sociedad propiamente a disolverse. Lo que hace la Ley es establecer un riguroso sistema que en esencia trata de evitar que una sociedad incurra en causa de disolución pueda mantenerse indefinidamente en esta situación con el fin de que se disuelva o de que adopte al menos las medidas necesarias para salir de ella. La lectura del art. 105.2 LSRL es elocuente. Concretamente en los supuestos de pérdidas la sociedad puede proceder al aumento o reducción de capital, como prevé expresamente el art. 104.1 c), o la adopción de medidas que permitan superar dicho desequilibrio como la llamada "operación acordeón", consistente en reducir el capital a cero y aumentarlo simultáneamente.

No siendo por lo tanto obligatorio el acuerdo de disolución, y sí la adopción de otras soluciones, entre estas no puede excluirse la venta íntegra del patrimonio social, como ocurre en el supuesto que nos ocupa. Mediante la venta del patrimonio empresarial implica la percepción del precio que pasa a formar parte del patrimonio social que la sociedad puede dedicar a su objeto social, o a otro, ampliando o modificando el anterior. Así lo ha señalado el TS en sentencia de 18 de marzo de 1996 , negando que la transmisión íntegra del patrimonio social suponga necesariamente la disolución de la sociedad.

No puede decirse que exista una obligación legal imperativa en orden a la disolución por causa de pérdidas. Cuestión diferente es que ante tal situación, y la rotura de las relaciones personales y familiares del sustrato social de la sociedad, se pueda plantear con posterioridad dicha disolución, ya con amparo en alguna causa legal, ya al amparo de un acuerdo de la Junta general con la mayoría establecida para la modificación de estatutos, como permite el art. 104.1 b) LSRL .

Llegados a este punto, a efectos de valorar las mayorías exigibles para la aprobación del acuerdo no cabe exigir las establecidas en el art. 53.2 b) LSRL , para supuestos específicos especialmente de modificaciones estructurales, sino, y en la tesis mas favorable a la parte apelante, las mayorías del art. 53.2 a), es decir las mayorías exigibles para las modificaciones estatutarias a las que se remiten supuestos, cuando menos de igual relevancia que el que nos ocupa, como el acuerdo de disolución ( art. 104.1 b) LSRL ) o para la cesión global del activo y del pasivo en fase de liquidación ( art. 117 LSRL ).

Así, hemos de acudir al régimen de mayorías previsto en las mayorías superiores o reforzadas a la ordinaria del art. 53.1 LSRL , establecidas en el segundo párrafo, apartado a) del art. 53 LSRL , es decir, el voto favorable de mas de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social, y no las 2/3 partes que se exigen en el apartado b). Mayoría que se cumple sobradamente en el presente caso en que votan a favor los socios titulares de participaciones que representan el 66% del capital social.

Por todo lo expuesto hasta ahora el recurso debe ser desestimado en su totalidad dado que, resumidamente, el inicial acto de los administradores de los que se pretende derivar su responsabilidad, es asumido por la propia Junta general en materia propia de su competencia, por lo que ya no puede derivarse la responsabilidad exigida, salvo que dicho acuerdo fuera debidamente anulado, lo que no es el caso, al convertirse en un acto de la propia Junta general, por lo que su discusión sólo cabría mediante la impugnación del mismo.





En todo caso, y a mayor abundamiento, abordaremos otros extremos del recurso.

SEXTO.- Ejercitada acción social de responsabilidad por la ilicitud y el daño que comporta la venta de la empresa cuestionada por la parte apelante, las alegaciones acerca de la alteración de la contabilidad, de forma que no refleja una imagen fiel del patrimonio de la sociedad, solo adquiere sentido en cuanto tenga influencia en el supuesto daño causado por dicha venta.

Sobre este particular se dan por reproducidos, en aras a la brevedad, los argumentos del fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia, que se comparten en su integridad.

Resumidamente, señalar que las alteraciones y falsedades que se denuncian carecen del correspondiente soporte probatorio. A tal fin, escaso valor debe atribuirse al dictamen pericial aportado con la demanda que, además de su escasa motivación, se limita a poner en evidencia algunos errores contables de las cuentas anuales de los años 2002 y 2003, al poner en relación unas con otras. Pero nada más. Esos errores, algunos reconocidos y explicados por la parte apelada, no tienen porqué impedir el obtener una imagen fiel del patrimonio de la sociedad, con carácter general.

Pero además, escasa o nula virtualidad probatoria debe darse a dicha prueba cuando siendo esencial los conocimientos específicos que puede aportar el perito, éstos se ven disminuidos considerablemente cuando realiza valoraciones que no son de recibo.

Difícilmente puede asumirse que, por el mero dato de que el precio de venta que se comunica a la autoridad portuaria es inferior al precio de venta que figura en el contrato y que no ha resultado contradicho en realidad, parta del mismo, que se sabe ficticio, para valorar la diferencia del precio obtenido y el precio real de mercado que, también según el citado perito, es de 2.285.000 euros, con el mas que flojo argumento de haber sido un precio ofrecido por un supuesto comprador.

A ello debe añadirse la reclamación, junto con la cantidad que deriva de lo anterior, de un supuesto lucro cesante que concreta en las ganancias dejadas de obtener por los socios durante diez años (periodo mínimo de amortización de las instalaciones), capitalizando a un 6,29% los 1.800.000 euros de precio real. Teniendo en cuenta que el 6,29% es el beneficio que venía obteniendo el comprador en sus negocios. No deja de ser contradictorio que al precio que se considera como precio de mercado, se le pretenda añadir un lucro cesante integrado por los beneficios dejados de obtener en los próximos diez años. Es contradictorio pretender que se indemnice por la privación de un bien mediante su enajenación, y a la vez, por los beneficios de su explotación como sino se hubiera privado del mismo.

Estos criterios económicos carecen del necesario soporte científico, como se pone en evidencia con el dictamen aportado por la parte apelada con su contestación a la demanda, mucho más amplio y motivado, realizando diversas valoraciones conforme a métodos reconocidos, y concretando por qué el anterior dictamen carece de fundamento (folios 426 y 427). Dicho informe a las críticas ya expresadas anteriormente, añade la imposibilidad de valorar un lucro cesante por pérdida de beneficios cuando en los últimos años la sociedad tenía pérdidas, siendo totalmente imposible obtener en diez años, que es lo que recoge el criticado dictamen, un beneficio de 1.132.200,00 euros. El criterio de valoración que utiliza el perito Sr. Serafin no sigue ningún criterio de valoración reconocido, utilizando el sorprendente criterio de comparar los beneficios que obtiene un tercero, y sobre ellos aplicar un porcentaje para hallar el lucro cesante de la sociedad.

Lo ya expuesto unido a la inexistencia de un análisis contable conforme a criterios generalmente reconocidos, de la contabilidad de la sociedad, dejan huérfana de toda prueba las alegaciones de la parte sobre este particular. Pero además, nada de ello pone en evidencia la influencia que pudieran tener esos errores contables en el daño cuyo resarcimiento a la sociedad se pretende, por lo que su examen resulta en realidad, inocuo.

Igual de inocuas respecto de la acción ejercitada son las alegaciones de la parte recurrente en cuanto a si tuvieron o no conocimiento de la venta antes de que se llevara a cabo el día 16 de enero de 2006.

SÉPTIMO. - Para el caso de que se considerase que el acuerdo de la sociedad no libera de responsabilidad a los administradores, que no es el criterio de esta Sala por lo ya expuesto, resulta conveniente examinar si la decisión de vender de los administradores, puede considerarse que ha vulnerado sus obligaciones, no por excederse en su competencia que ya se ha examinado, sino si han vulnerado su deber genérico de diligente administración que derivan de los arts. 127 y ss LSA y art. 61 LSRL .

En el supuesto enjuiciado estamos ante una decisión empresarial que parte de una valoración de situación de crisis económica y pérdidas en los últimos años, pudiendo incluso estar incurso en causa de disolución por pérdidas, como deriva del dictamen emitido por el economista y auditor Don. Jose Pablo . Ante esa situación se considera, entre las posibles soluciones, la venta de la empresa en funcionamiento, y no como producto



de un proceso de disolución y liquidación, para mantener su mayor valor, especialmente por lo que hace a la concesión administrativa.

Resulta difícil intentar establecer unos parámetros cuando el modelo de diligencia establecido en las normas es ciertamente ambiguo e impreciso, remitiéndose al concepto de ordenado empresario y representante leal, que tienen complicada concreción. Esta indefinición se acrecienta cuando el acto que se denuncia como negligente es un acto incardinable nitidamente en decisiones puramente empresariales, basada en criterios económicos y de mercado, directamente relacionado con la viabilidad de la empresa social.

Ante tales supuestos cabe traer a colación la **business judgment rule**, doctrina propia del common law desarrollada por los tribunales de los Estados Unidos, que cumple como función evitar que las decisiones empresariales tomadas por los administradores sean materialmente sustituidas en el procedimiento de determinación de la infracción del deber de diligencia. Debe comprenderse que la actividad de administración de la empresa social está sometida al denominado riesgo empresarial, esto es, la posibilidad de que el desarrollo de aquella actividad menoscabe el patrimonio social. Y la satisfacción del deber de diligencia no asegura por sí sólo el éxito económico de la administración, cabe por tanto que en una administración diligente resulten daños al patrimonio social. La obligación de los administradores no es asegurar el éxito económico de la empresa social, sino desempeñar el cargo persiguiendo los intereses de la sociedad. Pero cuando a pesar de la actuación adecuada, o al menos no cuestionada ahora, se produce una situación de crisis empresarial, la actuación diligencia estriba en adoptar la decisión empresarial que aparezca como óptima, aunque existan otras, y que puede ser, como ocurre en el presente caso, la venta de la empresa en funcionamiento. Debe mantenerse un espacio de discrecionalidad en las decisiones empresariales que impide su estricto enjuiciamiento con una examen ex post por parte de los Tribunales, siempre y cuando estemos ante una actuación de los administradores (no omisión), y que esta vele por el interés social, de forma que, cumplidos estos requisitos la infracción del deber de diligencia solo se produce se el acto o decisión resulta irracional, percibiéndose una deficiencia de juicio, caracterizado por valoraciones incorrectas y equivocaciones técnicas. Otros límites a la aludida doctrina que señala la doctrina aluden a casos de deficiencia informativa, de deficiencia de implicación o casos de deficiencia de imparcialidad.

En el presente caso nada de esto se acredita. Por un lado, y con carácter esencial, que la decisión de venta no fuera acertada, lógica y racional ante una situación de crisis que transcurre durante varios ejercicios sin visos de enderezarse.

Por otro lado, y a pesar de la argumentación de la parte recurrente, no se acredita que el precio de venta sea un precio vil, o desproporcionadamente bajo en relación con el valor real de mercado. Los dictámenes aportados con la contestación a la demanda elaborados por el economista y auditor Don. Jose Pablo y por el arquitecto Sr. Hugo en cuanto a la valoración de la empresa y de sus instalaciones principales, no dejan lugar a duda que el precio de venta es correcto.

Ello es además ratificado por el testigo Sr. Bernardo , representante de MARZAL 2001 S.L., que interesándose por la venta, estimó excesivo el precio de 2.200.000 euros.

Por contra, la parte apelante pretende contrarrestar dicha prueba con dos supuestas ofertas cuya seriedad cuestionada en la instancia debe mantenerse en esta alzada, cuando ni se trata de ofertas en firme (la más elevada es de 2.285.000 euros), ni parten de estudio alguno de mercado, ni se indican el resto de condiciones o cláusulas que acompañan a contratos de cierta complejidad como el que nos ocupa. Ofertas que ni siquiera llegaron a plantearse a los administradores de la sociedad vendedora MARISCOS MARZÁ S.L., por lo que difícilmente pudieron tomarlas en consideración.

Por demás, la parte apelante en su recurso en cuanto al posible precio no hace más que valoraciones hipotéticas huérfanas de un sustento probatorio que las justifique. Elucubraciones que no hacen sino mezclar cifras y conceptos varios sin ningún criterio comunmente aceptado. No resulta aceptable para tal finalidad el dictamen del perito Don. Serafin , por sus deficiencias, ya puestas de manifiesto en el fundamento jurídico anterior.

Pero, a mayor abundamiento, la venta por un precio inferior, siempre que no se repute irracional y se encuentre en los parámetros normales del mercado, nunca puede ser considerado, en sí mismo, un acto negligente.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC procede imponer las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS**



Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Nuria y de D. Alvaro contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Pontevedra, en el juicio ordinario nº 189/06, confirmándose la misma, con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ