



Roj: **STS 8014/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:8014**

Id Cendoj: **28079110012011100797**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/11/2011**

Nº de Recurso: **964/2008**

Nº de Resolución: **760/2011**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cuatro de Noviembre de dos mil once.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por doña Julieta y don Aquilino contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra el día veinticuatro de enero de dos mil ocho, en el rollo de apelación 464/2007 dimanante de los autos de juicio ordinario 189/2006 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra.

Han comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente doña Julieta y don Aquilino, representados ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña MARIA JOSÉ CARNERO LÓPEZ.

No se ha personado la parte recurrida.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO: LA DEMANDA Y SU ADMISIÓN A TRÁMITE**

1. El Procurador don SENEN SOTO SANTIAGO, en nombre y representación de doña Julieta y don Aquilino, interpuso demanda contra doña Soledad, doña Trinidad y don Eutimio

2. La demanda contiene el siguiente suplico:

*SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por recibido el presente escrito, copias y documentos acompañados, teniéndome por parte en la representación que acredito y ordene que se entiendan conmigo las sucesivas diligencias del proceso. Tenga por instado JUICIO ORDINARIO EJERCITANDO LA ACCION SOCIAL DE RESPONSABILIDAD contra los administradores de sociedad limitada demandados en el encabezamiento de la demanda, y tras la pertinente tramitación procesal, entre la que se concretará con la petición de pruebas y entre ellas la pericial o periciales técnicas o contables, o ambas, se dicte en definitiva sentencia por la que se estime íntegramente la demanda,*

*DECLARANDO,*

*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 legales del patrimonio social,*

*b) que los administradores demandados han provocado y causado una alteración en 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 por los Administradores ascienden a un importe económico acreditado pericialmente de 2.417.200 euros, según detalle:

1.- Por venta de la concesión, naves e instalaciones a precio inferior del estimado según mercado 1.285.000 euros

2.- Por lucro cesante del negocio vendido 1.132.200 euros, todo ello según pericial contable.

e) Subsidiariamente de la anterior declaración d), si resultare de la sustanciación del procedimiento una apreciación pericial alternativa del importe del daño y perjuicio causado a la Sociedad que se estime por el Juzgador más ajustada a la realidad del daño y perjuicio ocasionados, se declare así el importe a reparar, pues los demandantes únicamente pretenden el reintegro justo del haber social dañado por sus Administradores desleales.

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, por importe de DOS MILLONES CUATROCIENTOS DIECISIETE MIL DOSCIENTOS EUROS (o al importe que, subsidiariamente, resultare de la valoración pericial alternativa que se produjera durante la sustanciación del procedimiento), al pago de los intereses que legalmente procedan sobre las cantidades devengadas según los pedimentos anteriores desde la interposición de la demanda, y al pago de las costas y gastos de este juicio.

3. La demanda fue repartida al Juzgado de lo Mercantil número 2 de Pontevedra que la admitió a trámite, siguiéndose el procedimiento con el número de autos 189/06 de juicio ordinario.

### **SEGUNDO: LAS CONTESTACIONES**

4. En los expresados autos de juicio ordinario número 189/06 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Pontevedra comparecieron doña Soledad , doña Trinidad representadas por el Procurador de los Tribunales don ANGEL CID GARCÍA, que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

*AL JUZGADO SUPLICO: Que, por recibido este escrito, con mi poder y sus copias, me tenga por personado en tiempo y forma en la doble representación invocada en el encabezamiento; por contestada la demanda y a mis representada por opuestas a ella, y previos los trámites legales, se dicte sentencia por la cual se desestime íntegramente la demanda y se absuelva a mis mandantes de todos sus pedimentos, ya sea en la instancia, ya sea por razones de fondo, con imposición a los actores de las costas causadas a mis mandantes.*

5. En los indicados autos de juicio ordinario número 189/06 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Pontevedra también compareció don Eutimio representado por la Procuradora de los Tribunales doña MARIA JOSE GIMÉNEZ CAMPOS, que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

*AL JUZGADO SUPLICO: Que, por recibido este escrito, con mi poder y sus respectivas copias, me tenga por personada en tiempo y forma en la representación invocada en el encabezamiento; por contestada la demanda y a mi representado por opuesto a ella, y previos los trámites legales, se dicte sentencia por la cual se desestime íntegramente la demanda con imposición a los actores de las costas causadas a mi mandante.*

### **TERCERO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA**

6. En los repetidos autos de juicio ordinario número 189/06 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Pontevedra recayó sentencia el día trece de febrero de dos mil siete cuyo fallo textualmente dice:

**FALLO**

*Que desestimo la demanda sostenida por la representación procesal de DOÑA Julieta Y DON Aquilino , absolviendo a los demandados de los pedimentos contra los mismos formulados. Condeno a los demandantes al pago de las costas procesales devengadas.*

*Así por esta mi sentencia, de la que se pondrá testimonio en los autos principales, con inclusión del original en el libro correspondiente, lo pronuncio, mando y firmo.*

### **CUARTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN**

7. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por el Procurador don ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA en nombre y representación de doña Julieta y don Aquilino , y seguidos los trámites con el número de recurso de apelación 464/07 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, el día veinticuatro de enero de dos mil ocho recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:



## FALLAMOS

*Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Julieta y de don Aquilino 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.*

### QUINTO: EL RECURSO

8. Contra la expresada sentencia el Procurador de los Tribunales don ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA en nombre y representación de doña Julieta y don Aquilino , interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción del artículo 61 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en relación con los artículos 127, 127 bis, 127 ter, y 127 quater de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada .

Segundo: Infracción del artículo 53.2.b) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , y su relación con los artículos 43 y 44 de la misma Ley y del artículo 61 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada

Tercero: Defectuosa aplicación de la norma jurídica, y de la Doctrina Jurisprudencial "ut lite pendente nihil innovetur".

Cuarto: Infracción por las Sentencias recurridas de la Doctrina Jurisprudencial contenida, entre otras, en las Sentencias de 19 de febrero de 1991 y de 18 de noviembre de 2.002 .

### SEXTO: ADMISIÓN DEL RECURSO

9. Recibidos los autos en esta Sala Primera del Tribunal Supremo se siguieron los trámites oportunos con el número de recurso de casación 964/2008.

10. Personada la recurrente bajo la representación de la Procuradora doña MARIA JOSÉ CARNERO LÓPEZ, el día seis de octubre de dos mil nueve la Sala dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

#### LA SALA ACUERDA

*1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Julieta y D. Aquilino , contra la Sentencia dictada, con fecha 24 de enero de 2008 por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 464/2007 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 189/2006 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra.*

*2º).- Y queden los presentes autos pendientes de señalamiento del día y hora para la celebración de la vista, o, en su caso, para la votación y fallo del recurso de casación.*

### SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO

11. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día cinco de octubre de dos mil once, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos, Magistrado de Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**NOTA PREVIA:** Las sentencias que se citan son de esta Sala Primera del Tribunal Supremo si no se indica lo contrario.

### PRIMERO: RESUMEN DE ANTECEDENTES

#### 1. Hechos

12. Los hechos que han sido tenidos en cuenta para la decisión de la controversia por las sentencias de instancia, y que en correcta técnica han sido detallados en las mismas, muy en síntesis e integrados en lo menester, en lo que interesa a efectos de esta sentencia, son los siguientes:

1) La sociedad MARISCOS MARZÁ S.L. fue constituida en el año 1994 sobre la base de un negocio familiar creado por los hoy recurrentes doña Julieta y don Aquilino .

2) Tras diversos avatares, en la fecha en la que se desarrollaron los hechos litigiosos era una sociedad cuyo capital estaba distribuido entre tres socios ostentando doña Julieta 5051 participaciones, don Aquilino 1

participación, y don Pedro Miguel (yerno de los anteriores y marido de doña Soledad ) las restantes 9806 participaciones sociales, siendo el restante 65,98% de titularidad del matrimonio formado por doña Soledad y don Pedro Miguel .

3) El 18 de mayo de 2004 fueron nombradas administradoras mancomunadas doña Soledad y doña Trinidad (hija y nuera respectivamente de los demandantes).

4) Tras las continuas pérdidas derivadas de la explotación de la actividad social, todos los socios barajaron varias posibles soluciones, incluida la posible venta de la empresa.

5) El 16 de enero de 2006, las administradoras mancomunadas vendieron por documento privado a CASA BOTAS VIUDA DE J. MARTINEZ BLASCO S.L. la nave en la que se desarrollaba la actividad social, junto con la concesión administrativa, equipamiento e instalaciones, para proseguir con la actividad que se desarrolla por el precio global de 1.800.000 euros.

6) Tal compraventa, elevada a documento público el 16 de octubre de 2006, fue ratificada por acuerdo de la Junta general MARISCOS MARZÁ S.L. que tuvo lugar el 1 de marzo de 2006, anulado posteriormente en sede judicial en noviembre del mismo año por vulneración del derecho de información, y posteriormente fue nuevamente ratificada por acuerdo de Junta General de fecha 18 de diciembre de 2006.

7) Don Eutimio (hijo de los demandantes y marido de doña Trinidad ) fue nombrado administrador con posterioridad a la perfección de la compraventa.

## **2. Posición de los demandantes**

13. La demandante ejercitó la acción social de responsabilidad contra las administradoras de la sociedad MARISCOS MARZÁ S.L., cuantificando la misma en 2.147.000 euros en concepto de daños y perjuicios derivados de la venta de la empresa.

14. Además, en la demanda se afirmaba la alteración sistemática de los documentos contables de la sociedad e incluso de la simulación de pretendidas juntas universales que, o no se celebraron, o se celebraron en ausencia de los demandantes.

## **3. Posición de las demandadas**

15. Las demandadas doña Soledad y doña Trinidad se opusieron a la demanda con base en que:

1) La venta de activos tuvo lugar con conocimiento de los demandantes ante la situación económico financiera insostenible de la sociedad.

2) La venta fue a precio superior al de mercado.

3) Las cuentas sociales depositadas en el Registro Mercantil fueron aprobadas en su día y las correspondientes al ejercicio 2005 no han podido ser compulsadas al ocupar materialmente las instalaciones los demandantes que se han negado a facilitar al auditor la información precisa a tal efecto.

16. El demandado don Eutimio , se opuso a la demanda con base en que:

1) La compraventa de activos, desarrollada con conocimiento de los demandantes, había sido beneficiosa para la sociedad.

2) No serle imputable la compraventa de activos por haber sido designado con posterioridad a la perfección del contrato.

3) De las inexactitudes contables no derivaron daños a la sociedad.

## **4. La sentencia de la primera instancia**

17. La sentencia de la primera instancia:

1) Concluyó que ni existió actuación negligente de los administradores al proceder a la venta, dadas las circunstancias económicas que atravesaba la sociedad y al pactar un precio que no se ha acreditado que sea inferior al de mercado por lo que no tuvo por probada la existencia de daño al patrimonio social.

2) Afirmó que no podía estimarse acreditada la alteración de la contabilidad por los demandados, y que ni siquiera se argumentaba por los demandantes el perjuicio que la pretendida alteración y falseamiento de la contabilidad, había causado a la sociedad.

## **5. La sentencia de la segunda instancia**

18. La sentencia de la segunda instancia, tras un detallado estudio de la congruencia de la sentencia de la primera instancia, la competencia y las facultades de los administradores para la venta de "la empresa" y la



validez de su ratificación por la Junta General, rechaza la existencia de daño y la pretendida alteración de la contabilidad y, consecuentemente, confirmó la sentencia de la primera instancia.

## 6. El recurso

19. Contra la expresada sentencia doña Julieta y don Aquilino interpusieron recurso de casación con base en los motivos que seguidamente analizaremos.

### SEGUNDO: PRIMER MOTIVO

#### 1. Enunciado y desarrollo del motivo

20. El primero de los motivos del recurso de casación se enuncia en los siguientes términos:

*Infracción por las Sentencias recurridas de la correcta interpretación del artículo 61 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada : que impone deberes de actuación a los Administradores de la Sociedad (y en relación con los artículos 127, 127 bis, 127 ter, y 127 quater de la Ley de Sociedades Anónimas ). Y, en su consecuencia, infracción del artículo 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , por la remisión del mismo a los preceptos correlativos de la Ley de Sociedades Anónimas: La acción social de responsabilidad del artículo 134 LSA .*

21. En su desarrollo la recurrente sostiene:

1) Que la sentencia recurrida admite que las administradoras demandadas no habían actuado con la diligencia de un ordenado empresario ni de un representante leal, al disponer sin las necesarias cautelas y prevenciones, del patrimonio social invadiendo las competencias de la Junta General.

2) Que en caso de declaración de tal incumplimiento por los Tribunales, debe sancionarse al administrador con la separación cuando se declare el incumplimiento del deber de comportamiento "profesional", a instancias de cualquier socio y con independencia de la causación de daño alguno.

3) Que interesa de la Sala un pronunciamiento " *por el que se manifieste o niegue que las obligaciones legales del Administrador (contenidas en los artículos 51 LSRL y 127, 127 bis, 127 ter, y 127 quater LSA) son de obligado cumplimiento y respeto, y que de acreditarse su vulneración o inobservancia por parte del Administrador social, por este solo hecho, sin necesidad de acreditar un daño adicional, puede el socio exigir su reprensión por los Tribunales, ejercitando para ello la acción social de responsabilidad del art. 134 LSA ; y con la consecuencia, de acreditarse judicialmente el incumplimiento de sus deberes legales por el Administrador, de ser estimada la acción ejercitada y el Administrador separado de su cargo en la Sociedad*".

#### 2. Valoración de la Sala

##### 2.1. Prohibición de mezclar motivos heterogéneos.

22. Esta Sala ha declarado en innumerables sentencias que la exigencia de claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa que resulta del artículo 477.1 Ley de Enjuiciamiento Civil es determinante de que el escrito de interposición del recurso de casación no consista en un mero escrito de acarreo de alegaciones, siendo precisa una estructura ordenada y con tratamiento separado de cada cuestión mediante el motivo correspondiente, lo que es determinante del rechazo de motivos en los que se mezclan cuestiones de hecho y de derecho, o sustantivas y procesales, o jurídicas, cuando sean heterogéneas entre sí y en el rechazo de motivos fundados en preceptos genéricos, con un contenido demasiado amplio, por no ser función de esta Sala averiguar donde se halla la infracción que se denuncia.

23. Esto es lo que acontece en el presente supuesto en el que la mezcla de cuestiones heterogéneas dificulta la identificación del motivo del recurso, no obstante lo cual, al no haber comparecido las recurridas y no derivar minoración de su derecho a la contradicción, responderemos siquiera sea brevemente, a las cuestiones que intuimos planteadas en el motivo.

##### 2.2. Requisitos de la acción social de responsabilidad de los administradores.

24. Como tenemos declarado en la sentencia 477/2010, de 22 de julio , previsto en el artículo 133.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre , en la redacción vigente en la fecha en la que se desarrollaron los hechos -hoy artículo 236 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital- que " *Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo*", el precepto ha sido interpretado en el sentido de que para dar lugar a la responsabilidad prevista en el mismo es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos:



1) Un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores, sin que a ello fuese obstáculo que en la redacción anterior a la Ley 26/2003, de 17 de julio, de transparencia, el texto de la norma se refiriese exclusivamente a "acción".

2) Que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal.

3) Que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal.

4) Que la sociedad sufra un daño.

5) Que exista relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño.

25. Es decir, en contra de lo pretendido por la recurrente, el daño se erige en requisito necesario e imprescindible para que prospere la acción social de responsabilidad.

### 2.3. Efectos del ejercicio de la acción social por la minoría.

26. A lo expuesto, debe añadirse que previsto en el segundo párrafo del artículo 134.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable a la decisión del conflicto por razones temporales que *"El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados"* - hoy 238.1.3 de la Ley de Sociedades de Capital:-

1) La sentencia de 30 diciembre 1997, de la que se hace eco la 183/2009 de 27 marzo, afirma que *"La destitución del administrador contra el que se acuerda el ejercicio de la acción social de responsabilidad tiene carácter automático y ha de matizarse, en relación, con lo argumentado por la sentencia de instancia que tal medida es simplemente la traducción en términos jurídicos de la ruptura de la relación de confianza depositada por los socios en el administrador, sin que más allá de tal consecuencia haya de verse en ello una sanción, no obstante, lo cual el ejercicio torticero de la acción, acreditado por la sentencia, que ponga fin al asunto puede ser causa de indemnización de los daños y perjuicios originados al administrador, en particular, cuando tal acción se revele como un medio de defraudar las prescripciones estatutarias"*, y

2) La sentencia de 16 de abril de 1970, en referencia a idéntica previsión contenida en el último inciso del segundo párrafo del artículo 80 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, declara que *"la recta interpretación del precepto legal últimamente citado (artículo 80 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951) en su párrafo segundo lleva a la evidente conclusión de que está dado para el supuesto de hecho descrito en el mismo, con exclusión de los demás, lo que obsta a su aplicación por analogía al supuesto que alegan los recurrentes, en orden a que el ejercicio de la acción de responsabilidad por un grupo de accionistas que representan más de la décima parte del capital social debe producir la incapacidad para el puesto de Consejero de las tres personas que han sido designadas"*.

### 2.4. Imprudencia de la acción declarativa de infracción de deberes.

27. El derecho a la tutela judicial efectiva que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso, para promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, exige la existencia de interés legítimo en obtener tal decisión ya que, como precisa la sentencia del Tribunal Constitucional 124/2002, de 20 de mayo, *"[n]o se trata, sin embargo, de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal"*.

28. Tratándose de acciones declarativas, la sentencia del Tribunal Constitucional 210/1992, de 30 de noviembre, reiterando la 71/1991, de 8 de abril de 1991, precisa que *"la admisibilidad de las acciones meramente declarativas está condicionada a la existencia de un interés digno de tutela. La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. El interés es, pues, requisito de la acción meramente declarativa, y una resolución judicial que de manera no arbitraria ni irrazonable afirme la inexistencia de la acción meramente declarativa por falta de interés no atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva"*.

29. El propio Tribunal Constitucional en la sentencia 164/2003 de 29 septiembre ha caracterizado el interés legítimo *"como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de suerte que, de estimarse ésta, se produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial ( SSTC 65/1994, de 28 de febrero, F. 3, 105/1995, de 3 de julio, F. 2, 122/1998, de 15 de junio, F. 4, y 203/2002, de 28 de octubre, F. 2) "*.



30. Bajo el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, esta Sala Primera del Tribunal Supremo, en la sentencia 614/2005, de 15 de julio, con cita de las de 8 de noviembre de 1994 y 18 de julio de 1997, tiene declarado que *"aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil no reconozca de modo expreso la posibilidad de las acciones mero declarativas, tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten el ejercicio de estas acciones (...). Este tipo de pretensiones no intentan la condena del adversario sino que se declare por medio de sentencia la existencia de una determinada relación puesta en duda o discutida, por ello, la obtención actual del cumplimiento coercitivo del derecho, sino la puesta en claro del mismo. No obstante su ámbito es restringido pues de la acción declarativa solo puede valerse quien tiene necesidad especial para ello: debe existir la duda o controversia y una necesidad actual de tutela de manera que el interés del demandante desaparece si no hay inseguridad jurídica"*.

31. Partiendo de las anteriores premisas, cabe concluir que no es correcto utilizar el recurso de casación como cauce para obtener el refrendo de simples especulaciones y para que proceda decidir sobre la pretensión mero declarativa, hoy reconocida en el artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) Incertidumbre sobre la existencia, el alcance o la modalidad de una relación jurídica o, alternativamente, el temor fundado de futuro perjuicio;
- 2) Que la falta de certeza pueda ocasionar un perjuicio o lesión;
- 3) Que no exista otra herramienta o vía útil para ponerle inmediatamente fin al estado de incertidumbre invocado.

#### 2.5. Desestimación del motivo.

32. Lo expuesto es determinante de la desestimación del motivo, ya que, con independencia de su defectuosa técnica:

- 1) La sentencia recurrida parte de que no se ha acreditado daño alguno a la sociedad, lo que impide la condena de los demandados a reponer el patrimonio social.
- 2) La declaración de incumplimiento de sus obligaciones por los administradores, carece de utilidad e interés por sí misma para la recurrente y nada más tiene carácter puramente instrumental en cuanto es expresiva de uno de los elementos o requisitos que integran la responsabilidad.

33. A ello debe añadirse que la condena del administrador a instancias de la minoría no está prevista como causa de destitución, ni está regulada en el artículo 124 de la Ley de Sociedades Anónimas como prohibición de nombramiento ni en el 132 como causa de separación -hoy artículos 213 y 224 respectivamente de la Ley de Sociedades de Capital -.

### TERCERO: SEGUNDO MOTIVO

#### 1. Enunciado y desarrollo del motivo

34. El segundo motivo del recurso se enuncia en los siguientes términos:

*Infracción por las Sentencias recurridas en la interpretación y aplicación del art. 53.2.b) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y su relación con los artículos 43 y 44 de la misma LSRL. Infracción por las Sentencias recurridas de la interpretación correcta del art. 61 LSRL, en orden al concepto de "diligencia" exigible a los Administradores sociales: por su relación también con el art. 104.1.e) de la misma LSRL.*

35. En su desarrollo la recurrente afirma que la venta de la empresa mediante la que se desarrolla la actividad que constituye el objeto social supone excede de las atribuciones de los administradores sociales siendo nula de pleno derecho en otro caso sin que sea posible aplicar la previsión contenida en el artículo 1259 del Código Civil.

#### 2. Valoración de la Sala

##### 2.1. Irrecorribilidad de los "obiter dicta".

36. La respuesta a la cuestión planteada debe partir en primer término de que, aunque *"es perfectamente imaginable la existencia de supuestos en los que las declaraciones de la resolución judicial, contenidas en su fundamentación jurídica, generen un perjuicio para el recurrente, con independencia absoluta del contenido de tal parte dispositiva"* (sentencia número 157/2003, del Tribunal Constitucional), en el ámbito del procedimiento civil, como regla, el recurso se dirige contra el fallo, por lo que el gravamen hay que ponerlo en relación con el pronunciamiento o parte dispositiva de la sentencia, como afirman entre otras muchas las sentencias 454/2007 de 3 mayo, 374/2009 de 5 junio, 432/2010, de 29 julio, y 345/2011 de 31 mayo.



37. Lógica consecuencia de lo expuesto es que, como afirmamos en la sentencia 258/2010, de 28 abril , con cita de las de 22 diciembre 2008 , 18 noviembre y 16 diciembre 2009 , *"el recurso de casación únicamente puede dirigirse contra las razones determinantes del fallo, integrantes de la "ratio decidendi", pero no contra los argumentos auxiliares"*.

#### 2.2. Desestimación del motivo.

38. Pues bien, en el supuesto de autos la sentencia recurrida parte de que las administradoras demandadas se excedieron en sus funciones y afirma que la venta fue posteriormente ratificada por la junta general pero, con independencia del quórum preciso a tal efecto, la razón de mantener su eficacia es que no se había impugnado el mismo, al afirmar en el fundamento de derecho quinto que *"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"*.

39. A lo expuesto hay que añadir que la nulidad de la compraventa no fue suplicada en la demanda y no fue llamada al pleito la compradora, por lo que la petición supone una inadmisibile mutación de la demanda, prohibida por el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con desconocimiento de la obligación impuesta en el artículo 12.2 de la propia Ley de llamar al pleito a todos aquellos frente a los que deba hacerse efectiva la tutela solicitada, lo que, tratándose de la nulidad de la compraventa, necesariamente afectaría a la compradora

### CUARTO: TERCER MOTIVO

#### 1. Enunciado y desarrollo del motivo

40. El tercer motivo del recurso de casación se enuncia en los siguientes términos:

*Impugnación por defectuosa aplicación de la norma jurídica, y de la Doctrina Jurisprudencial "ut lite pendente nihil innovetur", expresada en SSTS de 11 de noviembre de 2005 , 26 de enero de 1993 , 20 de octubre de 1998 , 26 de octubre de 1999 , entre otras.*

41. En su desarrollo la recurrente afirma que el acuerdo de la junta general de 1 de marzo de 2006 ratificando la compraventa de la empresa fue anulado por sentencia de noviembre de propio año, y si bien se convocó nueva junta para proceder de nuevo a la ratificación en fecha 18 de diciembre de 2006 , la autonomía privada no puede dejar sin efecto la nulidad declarada judicialmente, razón por la que se vulneran los principios "ut lite pendente nihil innovetur" y la "perpetuatio iurisdictionis".

#### 2. Valoración de la Sala

##### 2.1. La sustitución de acuerdos sociales.

42. No le falta razón a la recurrente cuando afirma que la autonomía privada no puede dejar sin efecto la declaración por sentencia de nulidad de unos acuerdos sociales, por lo que no es aplicable a tales supuestos la previsión contenida en el artículo 115.3 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 204.3 de la Ley de Sociedades de Capital- referido a la sustitución de acuerdos y a la eliminación de las causas de nulidad.

43. Pero declarada la nulidad de acuerdos por defectos en la convocatoria o en el desarrollo de la misma -incluida la vulneración del derecho de información- nada impide no ya la sustitución, sino la válida adopción ex novo de un acuerdo con idéntico contenido decisorio que el anulado, en junta convocada observando los requisitos exigidos por la norma y con escrupuloso respeto a los derechos de los socios.

##### 2.2. Desestimación del motivo.

44. Lo expuesto, sin embargo, nada tiene que ver ni con la regla *ut lite pendente nihil innovetur* que invoca la recurrente y que, como señala la sentencia 345/2011 de 31 mayo , se refiere a la prohibición de modificar lo que sea objeto del proceso una vez fijado en la demanda y en la contestación y, en su caso, en la reconvenición, a cuyo efecto el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíbe su alteración, ni con la obligación de resolver el litigio conforme al estado de cosas al tiempo de producirse la litispendencia prevista en el artículo 413 de la propia Ley , ni con la perpetuatio iurisdictionis que, como afirma la sentencia 427/2010, de 23 junio , unida a los efectos de la litispendencia -junto a la perpetuatio legitimationis [perpetuación de la legitimación], perpetuatio obiectus [perpetuación del objeto], perpetuatio valoris [perpetuación del valor] y perpetuatio iuris [perpetuación del derecho]- significa *" la permanencia de las condiciones objetivas y subjetivas existentes al inicio del proceso hasta su resolución, de forma tal que una variación en las mismas no permite la revisión de los presupuestos que determinaron la jurisdicción y competencia del tribunal, con arreglo a los que inició su tramitación"*.





45. Si a ello se añade que el recurso de casación está limitado a una estricta función revisora de la aplicación de las normas sustantivas a las pretensiones materiales deducidas por las partes, es decir, las norma relativas "al crédito civil o mercantil y a las situaciones personales o familiares", correspondiéndole al recurso extraordinario por infracción procesal controlar las "cuestiones procesales, entendidas en sentido amplio" (entre otras muchas, sentencia 401/2010 de 1 de julio), en la medida en la que la infracción denunciada se sustenta en la vulneración de normas procesales, el motivo debe ser rechazado.

## QUINTO: CUARTO MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

### 1. Enunciado y desarrollo del motivo

46. El cuarto motivo del recurso de casación se enuncia en los siguientes términos:

*Infracción por las Sentencias recurridas de la Doctrina Jurisprudencial contenida, entre otras, en las Sentencias de 19 de febrero de 1991 y de 18 de noviembre de 2.002.*

47. En su desarrollo la recurrente afirma que la dejación de sus funciones por las administradoras ha causado daño moral por pérdida de crédito en el mercado y que tuvo por fuerza que contribuir al deterioro progresivo de la situación de la sociedad que se trató de paliar mediante la venta irregular de activos.

### 2. Valoración de la Sala

#### 2.1. La inmutabilidad de la demanda.

48. Con independencia de que resulta sorprendente de que quien demande por deficiente gestión se irrogue en la demanda la condición de "gestora real de la empresa" cuando se trata de una empresa familiar, y se sostenga la existencia de irregularidades contables por quien materialmente ha impedido a los administradores acceder a los documentos contables, por lo que cuando menos también a ella misma sería imputable el resultado económico de la misma y las deficiencias de la contabilidad, el motivo debe ser rechazado ya que, como pone de relieve la sentencia de la primera instancia, en la demanda se denunciaban dos grupos de conductas -la venta de activos a bajo precio y la deficiente contabilidad-, por lo que la pretensión de demandar daño moral por pérdida de crédito en el mercado y por daño derivado de la imputación genérica de deficiente gestión, supone una mutación radical del objeto del proceso y la introducción de cuestiones nuevas que tienen vetado su acceso a la casación.

## SEXTO: COSTAS

Procede imponer las costas del recurso a la recurrente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Primero: Desestimamos el recurso de casación interpuesto por doña Julieta y don Aquilino representados ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña MARIA JOSÉ CARNERO LÓPEZ, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra el día veinticuatro de enero de dos mil ocho, en el rollo de apelación 464/2007 dimanante de los autos de juicio ordinario 189/2006 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra.

Segundo: Imponemos a los expresados recurrentes las costas del recurso de casación que desestimamos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel .- Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias .-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Gimeno-Bayon Cobos**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.