



Roj: **STS 8305/2012 - ECLI:ES:TS:2012:8305**

Id Cendoj: **28079110012012100729**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/12/2012**

Nº de Recurso: **604/2010**

Nº de Resolución: **779/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Córdoba, núm. 9, 14-05-2009,**  
**SAP CO 1509/2009,**  
**STS 8305/2012**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a nueve de Diciembre de dos mil doce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por RÍOCERCADO, S.L., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) el día veintitrés de diciembre de dos mil nueve, en el recurso de apelación 251/2009, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 9 y Mercantil de Córdoba en los autos Procedimiento Concursal nº 88/2006 (Pieza Separada nº 9 sobre Juicio Ordinario nº 376/08).

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente RÍOCERCADO, S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Alicia Martínez Villoslada.

En calidad de parte recurrida ha comparecido BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Francisco José Abajo Abril.

En calidad de parte recurrida también ha comparecido MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS SAN FERNANDO DE HUELVA, JEREZ Y SEVILLA, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Teresa Puente Méndez

Igualmente en calidad de parte recurrida han comparecido ALCOPALMA, S.L. (EN LIQUIDACIÓN) y SAT RIOSPORT (EN LIQUIDACIÓN), representadas por el Procurador de los Tribunales don Antonio Rafael Rodríguez Muñoz

Finalmente, también ha comparecido en calidad de parte recurrida don Luis Pablo , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Patricia Rosch Iglesias

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

1. La Procuradora doña María José Calero Serrano, en nombre y representación de RÍOCERCADO, S.L. , interpuso demanda contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS SAN FER NANDO DE HUELVA, JEREZ Y SEVILLA, ALCOPALMA, S.L. (EN LIQUIDACIÓN) y SAT RIOSPORT (EN LIQUIDACIÓN)

2. La demanda contiene el siguiente suplico:



*SUPLICO AL JUZGADO que, teniendo por presentado este escrito, junto con la escritura de poder, documentos y copias acompañadas, se sirva: admitirlo; tenerme por comparecida y parte en la representación que, de RIO CERCADO, S.L.. ostento y acredito, acordando entender conmigo las sucesivas diligencias; tener por interpuesta DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO frente a BANCO BILBAO VIZCAYA AR GENTARIA, S.A., MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS SAN FERNANDO DE HUELVA, JEREZ Y SEVILLA, ALCOPAL MA, S.L. (EN LIQUIDACIÓN) y SAT RIOSPORT N° CO-0015 (EN LIQUIDACIÓN), cuyas circunstancias personales han sido reseñadas en este escrito; dar traslado de la demanda a los indicados demandados para que, si a su derecho conviniere, comparezcan y contesten o se allanen dentro del término legal; y, en su día, previos los trámites legales pertinentes, dicte Sentencia por la que, con estimación íntegra de la demanda, acuerde:*

*A) Declarar la nulidad de los negocios jurídicos de constitución de las cuatro garantías hipotecarias sobre las instalaciones y maquinaria de ALCOPALMA. S.L., en las escrituras públicas autorizadas por el Notario D. Carlos Alburquerque Llorens con fecha 2 de junio de 2003, con números de protocolo 2900, 2902, 2904 y 2905, por constituir negocios de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias prohibida por el art. 40.5 de la Ley de sociedades de Responsabilidad Limitada*

*B) Declarar la nulidad, ordenando su completa cancelación, de las inscripciones que se hubieren verificado en el Registro de la Propiedad de Posadas como consecuencia de las escrituras públicas autorizadas por el Notario D. Carlos Alburquerque Llorens con fecha 2 de junio de 2003, con números de protocolo 2900 y 2902.*

*Ordene librar el oportuno Mandamiento al Registro de la Propiedad de Posadas (por duplicado y con todos los datos y prevenciones pertinentes) a fin de que, por el Sr. Registrador, se practique dicha cancelación.*

*C) Condene a los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones y por las consecuencias legales inherentes a las mismas.*

*D) Condene a los demandados al pago de las costas procesales.*

3. La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número 9 y Mercantil de Córdoba que la admitió a trámite, siguiéndose el procedimiento con el número de autos Procedimiento Concursal nº 88/2006 (Pieza Separada nº 9 sobre Juicio Ordinario nº 376/08).

#### **SEGUNDO: LAS CONTESTACIONES A LA DEMANDA**

4. En los expresados autos compareció BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. representada por el Procurador de los Tribunales don Pedro Bergillos Madrid, que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

*SUPLICO AL JUZGADO que teniendo por presentado en tiempo y forma este escrito, lo admita, tenga por contestada la demanda en nombre de BBVA y, tras los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la acción ejercitada frente a BBVA, con imposición de las costas causadas a la actora.*

5. También compareció MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS SAN FERNANDO DE HUELVA, JEREZ Y SEVILLA representada por la Procuradora de los Tribunales doña María José de Luque Escribano, que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

*SUPLICO AL JUZGADO, que teniendo por presentado este escrito junto con sus documentos y copias preceptivas de todo ello para as partes personadas, se sirva admitirlo uniéndolo a los autos de su razón, me tenga por personado y parte demandada en la Pieza Separada núm. 9 sobre y por formulada en tiempo y forma contestación a la demanda de Juicio Ordinario en ejercicio de la acción de nulidad de negocio jurídico, interpuesta por la representación procesal de la mercantil "Riocercado", y tras los trámites legales correspondientes dicte en su día sentencia en la que:*

*Primero. Se estime la excepción planteada sobre la falta de legitimación activa de la demandante.*

*Segundo. Subsidiariamente a la anterior petición, se desestime íntegramente la demanda de Juicio Ordinario formulada de contrario.*

*Todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.*

6. Igualmente compareció ALCOPALMA, S.L. (EN LIQUIDACIÓN) representada por la Procuradora de los Tribunales doña María José Calero Serrano, que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

*SE SUPUCA tenga por presentado este escrito y por formulado en anterior allanamiento en los términos expresados; dictando Sentencia, previo los trámites procesales oportunos, incluido el recibimiento a prueba, que se deja interesado desde este mismo momento, en los términos solicitado por la actora, sin condena en costas para esta parte;*



7. Asimismo compareció SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN RIOSPORT (EN LIQUIDACIÓN) representada por el Procurador de los Tribunales don Juan Miguel Peralta Lechuga, que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

*SUPLICA AL JUZGADO que tenga por presentado este escrito y por contestada en tiempo y forma la demanda de la que la presente pieza separada trae causa para, en su día y previos los oportunos trámites legales, dictar sentencia por la que:*

- *Con apreciación de la falta de legitimación ad causam invocada, se desestime íntegramente la demanda.*
- *Subsidiariamente, desestime íntegramente la acción.*

*En ambos casos con expresa imposición de las costas causada a a demandante por su temeridad.*

#### **TERCERO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA Y LAS INTERVENCIONES**

8. Seguidos los trámites oportunos, el día catorce de mayo de dos mil nueve recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

*QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO íntegramente la demanda promovida por la procuradora D<sup>a</sup> María José Calero Serrano en nombre y representación de RIOCERCADO S.L. contra ALCOPALMA S.L., BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA y MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS SAN FERNANDO DE HUELVA, JEREZ Y SEVILLA y DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a los demandados de los pedimentos de la parte actora. Todo ello con imposición a la parte actora de las costas causadas en el presente procedimiento*

9. Después de dictada sentencia compareció en el pleito como tercero interviniente AGRÍCOLAS MIRAGENIL, S.L., representada por el Procurador don David Franco Navajas a fin de ser tenida por interviniente como parte demandante.

10. También compareció a fin de ser tenido como tercero interviniente demandante don Luis Pablo representado por la Procuradora de los Tribunales doña María José Calero Serrano.

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

11. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de Riocercado, S.L. correspondió su conocimiento a la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3<sup>a</sup>) con el número de recurso de apelación 251/2009 .

12. También recurrieron "ad cautelam" en apelación las representaciones de AGRÍCOLAS MIRAGENIL, S.L. y de don Luis Pablo .

13. Seguidos los oportunos trámites y admitidas las intervenciones por auto de trece 13 de noviembre de 2009, el día veintitrés de diciembre de dos mil nueve recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

#### **F A L L A M O S**

*Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Calero Serrano, en nombre y representación de la compañía mercantil "Riocercado, S.L.", con la intervención voluntaria como apelantes de "Agricultores Miragenil, S.L." y don Luis Pablo , contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 9 y Mercantil de Córdoba, con fecha 14 de mayo de 2009 , en la Pieza Separada nº 9 del Procedimiento Concursal nº 88/06, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia en todos sus pronunciamientos. Sin expresa imposición de las costas de la apelación.*

#### **QUINTO: EL RECURSO**

14. Contra la expresada sentencia la Procuradora de los Tribunales doña Judit León Cabezas, en nombre y representación de RÍOCERCADO, S.L. , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal fundamentado de forma conjunta en los números segundo, tercero y cuarto del apartado primero del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . El recurso se estructura como un escrito de alegaciones que en el epígrafe "iii.- Exposición razonada" articula los siguientes en tres grandes apartados que trataremos a modo de submotivos:

- A) Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.
- B) Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso.
- C) Vulneración, en el proceso, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española .

#### **SEXTO: ADMISIÓN DEL RECURSO Y OPOSICIÓN**



15. Recibidos los autos en esta Sala Primera del Tribunal Supremo se siguieron los trámites oportunos con el número de recurso de casación 604/2010.

16. Personada RÍOCERCADO, S.L. bajo la representación de la Procuradora doña Alicia Martínez Villoslada, el día siete de junio de dos mil once la Sala dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

LA SALA ACUERDA

1º) ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por la representación procesal de RÍOCERCADO, S.L. contra la Sentencia dictada con fecha 23 de diciembre de 2009, por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª), en el rollo de apelación nº 251/2009, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 376/2008 (acumulados a los autos nº 88/06) del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Córdoba.

2º) Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal formalizado, con sus documentos adjuntos, a las partes recurridas personadas para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

17. Dado traslado de los recursos, el Procurador don Francisco José Abajo Abril en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., la Procuradora doña Teresa Puente Méndez en nombre y representación de MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS SAN FERNANDO DE HUELVA, JEREZ Y SEVILLA y el Procurador don Antonio Rafael Rodríguez Muñoz en nombre y representación de ALCOPALMA, S.L. (EN LIQUIDACIÓN) y SAT RIOSPORT (EN LIQUIDACIÓN), presentaron escritos de impugnación con base en las alegaciones que entendió oportunas.

#### **SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO**

18. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día veintiocho de noviembre de dos mil doce, en que ha tenido lugar.

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

#### **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**

19. Los hechos que ha tenido en cuenta la sentencia recurrida, integrados en lo menester, en lo que interesa a efectos de esta sentencia, en síntesis, son los siguientes:

1) El 2 de junio de 2003, RÍOCERCADO, S.L. (en adelante RÍOCERCADO) era titular de algo más del 94% del capital social y, administradora única de la compañía ALCOPALMA, S.L. (en adelante ALCOPALMA), constituida el 22 de octubre de 2002. La persona física designada para el ejercicio de las funciones era don Luis Pablo (titular del 100% de las participaciones de RÍOCERCADO),

2) El indicado 2 de junio de 2003 ALCOPALMA procedió a ampliar el capital en un euro. La participación fue suscrita y desembolsada por SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN ALCONCHEL (en lo sucesivo SAT ALCONCHEL) mediante la aportación de bienes valorados en 5.2113.656,78 euros y deudas por importe 5.2113.655,78 euros.

3) El siguiente día 3 de junio de 2003, ALCOPALMA, en junta universal acordó ampliar el capital en 1.329 euros mediante la emisión de participaciones de un euro de nominal y con una prima de 2.260,14 euros por participación siendo el total del desembolso de 3.003.730,95 euros.

4) La totalidad de las participaciones fue suscrita por SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN RÍOSPORT (a partir de ahora, también SAT RÍOSPORT).

5) A fin de financiar en parte el desembolso de las participaciones SAT RÍOSPORT obtuvo dos préstamos de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (a partir de ahora, también, BBVA), y otros dos de MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS SAN FERNANDO DE HUELVA, JEREZ Y SEVILLA (en adelante, también, CAJASOL) por importe total de 1.818.540,14 euros.

6) Para garantizar la devolución de las cantidades prestadas a SAT RÍOSPORT por las expresadas entidades financieras, ALCOPALMA, S.L. hipotecó dos fincas de su propiedad, así como maquinaria y utillaje.



7) Pese a dicha apariencia no hubo tal desembolso, por cuanto SAT RIOSPORT retiró ulteriormente la cantidad desembolsada (la obtenida por los préstamos, más una suma abonada en metálico).

## 2. Posición de las partes

20. La demandante interpuso demanda solicitando la nulidad de cuatro negocios de constitución de hipoteca sobre determinados bienes de ALCOPALMA, por vulnerar lo dispuesto en el artículo 40.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Ya en fase de apelación, también los intervinientes en condición de "demandantes" mantuvieron la nulidad de las hipotecas constituidas sobre bienes de ALCOPALMA.

21. Tanto la administración concursal de ALCOPALMA como las entidades financieras y la compañía financiada SAT RIOSPORT se opusieron a la demanda en los términos que se transcriben en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia.

## 3. Las sentencias de instancia

22. La sentencia de la primera instancia, desestimó la demanda, por considerar que RIOCERCADO carecía de legitimación activa, al no tratarse de un tercero de buena fe ajeno al negocio cuya nulidad se pretendía.

23. La sentencia de apelación, confirmó la de la primera instancia y entendió que la falta de legitimación activa de "no queda subsanada por la personación como intervinientes voluntarios, en el trámite del recurso de apelación". Además, rechazó la posible apreciación de oficio de la nulidad.

## 4. El recurso

24. Contra la expresada sentencia RIOCERCADO interpuso recurso extraordinario por infracción procesal que se estructura como un escrito de alegaciones en cuyo apartado "iii.- Exposición razonada" se articula en tres grandes apartados que trataremos a modo de motivos, sin que se haya hecho referencia a la declaración de la sentencia relativa a la inexistencia real de desembolso.

### SEGUNDO: PRIMER MOTIVO

#### 1. Enunciado y desarrollo del motivo

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

*Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia*

26. En su desarrollo la recurrente sostiene que la sentencia recurrida carece de la debida motivación ya que: a) en los fundamentos tercero y cuarto olvida que la infracción del artículo 40.5 está sancionada en el artículo 40 ter ambos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; b) en el fundamento de derecho sexto no motiva suficientemente los criterios en los que se ha basado para negar la legitimación activa de RIOCERCADO, S.L.; y c) en el fundamento de derecho séptimo, no analiza como debiera los efectos de la personación como intervinientes voluntarios de AGRÍCOLAS MIRAGENIL y de don Luis Pablo.

#### 2. Valoración de la Sala

##### 2.1. La motivación de las sentencias.

27. Como afirma la sentencia del Tribunal Constitucional 145/2012, de 2 de julio, "el artículo 24.1 de la Constitución Española garantiza el derecho a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso", por lo que, consistiendo la motivación en la expresión de los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión, o lo que es lo mismo la "ratio decidendi" (sentencia 495/2009, de 8 de julio, reiterada en la 8/2010, de 29 de enero), la motivación de las sentencias constituye un deber de los Jueces que se integra en el derecho de quienes intervienen en el proceso a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada jurídicamente, exteriorizando el fundamento de la decisión adoptada con la doble finalidad de garantizar la ausencia de arbitrariedad y de posibilitar el control de la aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso, así como la crítica de la decisión y su asimilación por el sistema jurídico interno y externo, a la que suele añadirse, la de convencer a las partes de la corrección de la decisión (en este sentido, entre otras muchas, sentencias 661/2011, de 4 de octubre, y 301/2012 de 18 de mayo),

##### 2.2. Desestimación del motivo.

28. Con independencia de los defectos formales opuestos por las recurridas, la aplicación de la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, aboca el motivo a su desestimación, ya que la sentencia recurrida: no puede haber obviado la previsión contenida en el artículo 40ter de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (hoy 140.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) que, en contra de lo pretendido por la



recurrente, se refiere a los supuestos de adquisición derivativa por la sociedad de sus propias participaciones con vulneración de la prohibición contenida en el artículo 40.1, no a la prestación de garantías; ha argumentado en derecho la razón por la que ha denegado la legitimación de la recurrente para impugnar la validez de la constitución de la garantía a favor de quien con el importe obtenido desembolsó el aumento del capital social -la sentencia razona que no está legitimado para impugnar quien *"participó y contribuyó decisivamente en la gestación de los negocios jurídicos cuya nulidad postula, so pena de que admitiésemos que fuera contra sus propios actos y, con abuso de derecho, pretendiera en vía concursal la anulación de unos créditos a cuyo nacimiento consintió. Todo ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7.2 y 1.302 del Código Civil, 57 del Código de Comercio y 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial"*; y ha analizado los efectos de la personación de los intervinientes en función del momento en el que se personan (después de dictada sentencia en la primera instancia), razonando que la falta de legitimación activa de la demandante no queda subsanada por la personación de los intervinientes voluntarios en el trámite del recurso de apelación por cuanto *"no ejercitan pretensiones en nombre propio"* y porque *"en todo caso, cuando intervienen, las pretensiones ya están fijadas, por lo que cualquier cambio sobre el particular daría lugar a una "mutatio libelli"*

## TERCERO: SEGUNDO MOTIVO

### 1. Enunciado y desarrollo del motivo

29. El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia en los siguientes términos:

*Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso*

30. En su desarrollo la recurrente sostiene que la prohibición de contravenir los actos propios con abuso de derecho no es aplicable a las conductas ilícitas por contrarias al ordenamiento jurídico; y que el interviniente voluntario en el proceso civil declarativo ostenta una posición autónoma y puede mantener la pretensión del demandante sin que exista mutación de la demanda por el hecho de que la misma pretensión se formule por un tercero, no originariamente demandado ni demandante.

### 2. Valoración de la Sala

*2.1. La legitimación de la demandante vs. el contenido del derecho.*

31. Antes de responder al motivo conviene exponer la doctrina de esta Sala sobre la posibilidad de control de la legitimación por vía del recurso extraordinario por infracción procesal o del recurso de casación.

32. La cuestión ha sido abordada, entre otras, en la sentencia 260/2012, de 30 de abril, que pone de relieve que la existencia de la afirmada vinculación de la parte con la relación jurídica litigiosa y, en definitiva, de interés para sostener la pretensión es una cuestión de índole procesal en la medida en la que el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo el epígrafe de *"condición de parte procesal legítima"* establece, en su párrafo primero, que *"serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso"*, de tal forma que, como afirma la expresada sentencia *"la legitimación, considerada de este modo, constituye un presupuesto procesal susceptible de examen previo al del conocimiento del fondo del asunto en tanto que, incluso siendo acogible la pretensión -si se abstrae de la consideración del sujeto actuante- la misma no ha de ser estimada cuando quien la formula no puede ser considerado como "parte legítima"*.

33. En todo caso, afirma la expresada sentencia, la existencia o inexistencia de la legitimación viene determinada por una norma procesal ( artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), coloca o no al sujeto en la posición de impetrar la aplicación de la ley a un caso concreto mediante el correspondiente pronunciamiento jurisdiccional. Se trata de un presupuesto, vinculado al fondo del asunto, pero de tratamiento preliminar, que exige un pronunciamiento previo al que corresponde a éste, ha de ser considerada de oficio por el órgano jurisdiccional como cuestión procesal y su planteamiento ante esta Sala no puede efectuarse por la vía del recurso de casación, cuyo ámbito se refiere a la infracción de *"normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso"* sino que ha de hacerse valer a través del recurso extraordinario por infracción procesal y, concretamente, por la vía del artículo 469.1, motivo 4º, ya que la falta de respuesta judicial de fondo por no ser reconocida la legitimación del demandante supondría -en caso de ser injustificada- una falta de tutela judicial efectiva como derecho de índole constitucional comprendido en el artículo 24 de la Constitución Española .

34. Por el contrario, el concreto contenido que el ordenamiento atribuye a quien se halla en relación con el pleito en la posición afirmada en la demanda, hace referencia a las normas *"materiales"* aplicables para la decisión sobre el fondo del litigio.

35. También tienen naturaleza sustantiva las reglas que regulan la ineficacia de los negocios celebrados con infracción de normas societarias -como lo son las que prohíben a las sociedades de responsabilidad limitada la asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones-, y la que exige la buena fe en el ejercicio de los derechos subjetivos con la correlativa prohibición de comportamientos contradictorios con el



propio actuar, cuando este es apto para generar en terceros la legítima confianza en que se actuará de forma coherente.

### 2.2. *Inexistencia de acción civil popular.*

36. En nuestro sistema procesal civil el derecho que el artículo 24.1 de la Constitución Española atribuye a todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión, excluye la posibilidad de instar la tutela de derechos e intereses ajenos fuera de los supuestos singulares previstos en los artículos 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la protección de intereses difusos (en este sentido, sentencia 557/2012, de 1 de octubre, y las en ella citadas).

### 2.3. *La inmutabilidad de la demanda.*

37. El ordenado desarrollo del proceso impide la alteración de los términos en los que quedó planteado de acuerdo con los principios "lite pendente nihil innovetur" (pendiente el litigio nada puede alterarse) y "non mutatio libelli" (inmutabilidad de la demanda) que imponen el respeto a los términos en los que quedó fijado el debate en los escritos de demanda y contestación, a fin de evitar la indefensión que podría provocar un cambio en los términos del litigio (en este sentido, sentencia 519/2010, de 29 de julio, reproducida en la 446/2012, de 12 de julio).

### 2.3. *Desestimación del motivo.*

38. La aplicación de las reglas expuestas abocan a la desestimación del motivo ya que, además de que mezcla cuestiones heterogéneas. En efecto, se pretende por vía del recurso extraordinario por infracción procesal el control del contenido sustantivo de la posición de la demandante y de la aplicación por la sentencia recurrida de los artículos 7.2 y 1.302 del Código Civil, 57 del Código de Comercio y 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que excede del ámbito del mismo. Además, el recurrente defiende intereses de quienes se personaron después de dictada sentencia en la primera instancia y no recurrieron contra la de apelación. Finalmente, en contra de lo afirmado en el recurso, lo que la parte pretende es que los intervinientes ocupen la posición de demandantes después de dictada sentencia, por lo que nada más podían ostentar la de recurrentes o recurridos- con una inaceptable alteración de los términos subjetivos en los que quedó definido el litigio.

## **CUARTO: TERCER MOTIVO**

### **1. Enunciado y desarrollo del motivo**

39. El tercer motivo del recurso se enuncia en los siguientes términos:

*Vulneración, en el proceso, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE*

40. En su desarrollo la recurrente: a) sostiene que la sentencia recurrida sin motivar suficientemente su fallo, no decide sobre el fondo de la cuestión; b) reitera que del contenido de la sentencia no pueden extraerse las razones por las que estima la falta de legitimación activa de la recurrente; c) afirma que debía apreciarse la nulidad absoluta; d) insiste que *la nulidad radical e insubsanable de los contratos controvertidos trae causa del art. 40 ter LSRL*; y e) mantiene que la declaración de concurso no impide el ejercicio de las *acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho*.

### **2. Valoración de la Sala**

#### 2.1. *El contenido del derecho a la tutela efectiva.*

41. Como tiene declarado el Tribunal Constitucional de forma reiterada, el derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española no garantiza la corrección jurídica de la interpretación y aplicación del Derecho llevada a cabo por los jueces y tribunales, pues no existe un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las normas, salvo que afecte al contenido de otros derechos constitucionales (entre las más recientes, sentencia 145/2012, de 2 de julio, del Tribunal Constitucional), sin que la alegación de la infracción de *"derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE"* transforme el recurso extraordinario por infracción procesal en una tercera instancia que autorice a esta Sala a revisar todo lo actuado prescindiendo de los términos en los que se ha planteado el recurso.

#### 2.2. *Desestimación del motivo.*

42. Lo expuesto es determinante de que desestimemos el motivo ya que: la sentencia desestima la demanda por razones de fondo, al entender que la concreta posición de la demandante no le permite impugnar en perjuicio de terceros la validez de unos actos en los que la propia parte intervino. La motivación de la sentencia permite identificar de forma clara cuál es la razón por la que confirma la sentencia recurrida. La determinación de las consecuencias de la infracción de una concreta norma imperativa excede del ámbito del recurso



extraordinario por infracción procesal. El artículo 40.ter de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no se refiere a los efectos de la prestación de garantías por la sociedad para la adquisición de sus propias participaciones con vulneración de lo dispuesto en el artículo 40.5 de la propia norma, sino a la adquisición de las mismas con infracción de lo dispuesto en el artículo 40 pero en su apartado 1. La referencia a los obstáculos que a la estimación de oficio pudiera ofrecer la Ley Concursal -la sentencia se refiere a la caducidad de las acciones de reintegración y no cuestiona la legitimación de la demandante por vía del artículo 712 de la Ley Concursal - no es la "ratio decidendi" de la sentencia recurrida, sino un *obiter dicta* (dicho de paso) como lo evidencia la fórmula utilizada "*Además, en este concreto supuesto...*", sin que sean admisibles recursos contra razonamientos que no son determinantes del fallo ( sentencias 30 de octubre de 2002 , 454/2007 de 3 de mayo , 230/2008, de 24 de marzo , 374/2009 de 5 de junio , y 258/2010 , de 28 de abril).

#### QUINTO: COSTAS

43. Las costas del recurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , deben ser impuestas. a la recurrente.

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

#### FALLAMOS

Primero: Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por RÍOCERCADO, S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Alicia Martínez Villoslada, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) el día veintitrés de diciembre de dos mil nueve, en el recurso de apelación 251/2009, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 9 y Mercantil de Córdoba en los autos Procedimiento Concursal nº 88/2006 (Pieza Separada nº 9 sobre Juicio Ordinario nº 376/08).

Segundo: Imponemos a la expresada recurrente RÍOCERCADO, S.L. las costas del recurso extraordinario por infracción procesal 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 .- Firmado y Rubricado.- **Juan Antonio Xiol Rios .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sancho Gargallo.-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.