

Id Cendoj: 28079110012009100680  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1754/2005  
Nº de Resolución: 717/2009  
Procedimiento: Casación  
Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x ACCIÓN (SOCIEDAD ANÓNIMA) x
- x TRANSMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN x
- x SOCIEDAD ANÓNIMA x
- x CONSTITUCIÓN (SOCIEDAD ANÓNIMA) x

**Resumen:**

Sociedades mercantiles. Transmisión por contrato de las acciones representativas de parte del capital de una sociedad cuya constitución no constaba todavía inscrita. Interpretación del art. 62 del TRLSA-RDL 1564/1989 de 22 de diciembre.

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a tres de Noviembre de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto por Hulleras del Norte, SA, representada por la Procurador de los Tribunales doña Myriam Suárez Granda, contra la Sentencia dictada, el día diez de junio de dos mil cinco, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la Sentencia que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Langreo. Ante esta Sala compareció Hulleras del Norte, SA, en calidad de recurrente, representada por el Procurador de los Tribunales don Nicolás Álvarez Real. Es parte recurrida don Cesareo , representado por la Procurador de los Tribunales doña Cayetana de Zulueta Luchsinger.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El Procurador de los Tribunales don Tomás Vázquez Díez-Canseco, por medio de escrito presentado el treinta y uno de octubre de dos mil dos ante el Juzgado Decano de Langreo, en representación de Hulleras del Norte, SA, interpuso demanda de juicio ordinario contra don Cesareo y don Íñigo .

Alegó en la demanda dicha representación que, el veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve, Hulleras del Norte, SA constituyó con los demandados la sociedad Explotaciones Ganaderas del Norte, SA, con un capital de ochenta millones de pesetas - cuatrocientos ochenta mil ochocientos nueve euros, con sesenta y ocho céntimos -, representado por ochenta mil acciones nominativas, de valor nominal cada una de mil pesetas. Que Hulleras del Norte, SA aportó al capital social treinta y nueve millones doscientas mil pesetas, a cambio de treinta y nueve mil doscientas acciones, equivalentes a la representación del cuarenta y nueve por ciento del capital social. Que cada uno de los otros fundadores suscribió veinte mil cuatrocientas acciones. Que actuó de ese modo en ejecución de un plan de promover, como empresa estatal, la creación de negocios en Asturias. Que, realmente, lo que hizo fue conceder un préstamo tutelado, ya que el mismo día y ante la misma notaria, un representante de Hulleras del Norte, SA pactó con los demandados de modo que quedaron obligados a comprar las acciones que había suscrito o que pudiera suscribir o adquirir en adelante, en determinados plazos - que vencían el uno de enero de dos mil cuatro y el mismo día de dos mil cinco y de dos mil ocho, sin perjuicio de que los obligados a comprar quisiera hacerlo antes. Que el precio de la adquisición era igual al valor nominal de cada acción,

incrementado en función del MIBOR. Que, además, pactaron las partes una " *compra anticipada* " de la totalidad de las acciones en las mismas condiciones ya convenidas, si se cumplían determinados supuestos, como la conclusión de la empresa, la imposibilidad de realizar el fin social, la paralización de los órganos sociales sin posibilidad de funcionamiento, el acuerdo de disolución, fusión o escisión, la modificación del objeto social, la solicitud de suspensión de pagos o de quiebra, la concurrencia de los requisitos para solicitarlas, la reducción de la participación social, directa o indirecta, de los otros dos fundadores por debajo de un diez por ciento. Añadió que los demandados habían tenido una actitud de ocultación de la marcha de la sociedad creada ante Hulleras del Norte, SA. Y que había tenido noticia de ceses en el consejo de administración de Explotaciones Ganaderas del Norte, SA, que habían dejado reducido el órgano a un solo miembro, de modo que la sociedad se había quedado de hecho sin órgano de administración.

Con esos antecedentes, interesó en el suplico del escrito de demanda una sentencia que " *declare la obligación de los demandados de adquirir anticipadamente a Hulleras del Norte, SA. la totalidad de las acciones de las que ésta es titular de la entidad mercantil Explotaciones Ganaderas del Norte, SA. cuya adquisición han de verificar los demandados de manera inmediata por iguales partes, condenándoles a estar y pasar por esta declaración y, en consecuencia, a otorgar la correspondiente escritura pública, cuyos gastos e impuestos serán de cuenta de los demandados y, en definitiva, condenándoles: a) a que abonen a mi representada la suma de 117.798'37 euros cada uno de ellos en concepto del valor nominal de las acciones objeto de la promesa de compra.- b) A que abonen a mi representada el importe de la revalorización prevista en la cláusula tercera del contrato de promesa de compra, la cual se establece por ahora, y por perjuicio de su ulterior ampliación, en su caso, en un mínimo de 19.010'05 euros para cada uno de ellos, calculados hasta el 26 de febrero de 2.002, siguiendo el criterio mínimo del mibor a tres meses mas el 0'5 por cientos anual; dicha cantidad será ampliada en la suma que proceda hasta su efectivo pago, en trámite de ejecución de sentencia.- Para el caso de que la prueba a practicarse demostrase que el criterio de revalorización a aplicarse ha de ser superior, conforme a las bases señaladas en el párrafo tercero del apartado primero de la cláusula tercera de la escritura, se proceda a dicha actualización hasta el momento del efectivo pago, lo cual se determinaría en ejecución de sentencia.- c) A abonar a mi mandante Hulleras del Norte, SA, la suma de 23.559 '67 euros cada uno de ellos en concepto de penalidad, por el incumplimiento de su obligación de otorgamiento de la escritura pública de compra.- d) A abonar a mi mandante la suma de 1.511'88 euros en concepto de daños y perjuicios causados junto con los intereses legales desde la interposición de la demanda.- Y, todo ello haciendo expresa imposición de las costas a los demandados*".

**SEGUNDO.** La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número Uno de Langreo, que la admitió a trámite conforme a las normas del juicio ordinario.

Los demandados fueron emplazados y se personaron en las actuaciones representados por la Procuradora doña M<sup>a</sup> Aurelia Suárez Andreu, la cual, en ejercicio de esa representación, contestó la demanda, escrito mediante el que opuso a la estimación de las pretensiones de la demandante diversas excepciones sustantivas y procesales y, en cuanto al fondo, la alegación de que la promesa de compra anticipada de las acciones a que aquellas se referían, era nula en aplicación del artículo 62 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas 1.564/1.989, de 22 de diciembre .

En el suplico de su escrito de contestación los demandados interesaron que " *...tener por contestada en tiempo y forma oponiéndome a la demanda deducida de adverso, para que y previos los trámites legales, dicte en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas*".

**TERCERO.** Celebrada, el diecisiete de marzo de dos mil tres, la audiencia previa y el juicio el veinticinco de octubre de dos mil cuatro , practicada la prueba propuesta y admitida, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el siete de enero de dos mil cuatro , con la siguiente parte dispositiva: " *Fallo. La estimación de la demanda formulada por don Tomás Vázquez Díez-Canseco, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de "Hunosa", declarando la obligación de los demandados, don Cesareo y don Íñigo , de adquirir por partes iguales a "Hunosa" la totalidad de las acciones de que ésta es titular en la entidad "Eganorsa", otorgando la correspondiente escritura pública de compraventa, y, en consecuencia, condenando a cada uno de los demandados al pago de las siguientes cantidades: 1.- 117.798,37 euros, en concepto del valor nominal d las acciones objeto de la promesa de compra.- 2.- El importe de la revalorización prevista en la Cláusula tercera de la escritura de promesa de compra, ascendiendo ésta, calculada a fecha 16 de febrero de 2.002 y sin perjuicio de ulterior liquidación, a la cantidad de 19.016,05 euros.- 3.- 23.559,67 euros, en concepto de penalidad, ante la falta de otorgamiento de la mencionada escritura.- Asimismo, condeno a don Cesareo y don Íñigo al pago conjunto de 1.511,88 euros, en concepto de daños y perjuicios*

*causados, mas los intereses legales de la fecha de interposición de la demanda y las costas del procedimiento".*

**CUARTO.** Los demandados recurrieron en apelación la sentencia de la primera instancia.

El recurso fue admitido y las actuaciones elevadas a la Audiencia Provincial de Oviedo, en la que se turnó a la Sección Cuarta, que lo tramitó y tras señalar para la votación el treinta y uno de mayo de dos mil cinco, dictó sentencia con fecha de diez de junio del mismo año.

Dicha sentencia tiene la siguiente parte dispositiva: "*Fallo. Estimar el recurso de apelación interpuesto por don Cesareo y don Íñigo frente a la Sentencia que con fecha 7 de enero de 2.005 dictó el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº Uno de Langreo y revocar dicha resolución. Se desestima la demanda rectora del procedimiento y se absuelve a dichos demandados de todos los pedimentos. No se hace expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias*".

**QUINTO.** La representación de Hulleras del Norte, SA, por escrito de veintiuno de julio de dos mil cinco, interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, que, tras admitirlo, elevó las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Dicha Sala, por medio de auto de trece de mayo de dos mil ocho, decidió: "*1º Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de "Hulleras del Norte, SA", contra la Sentencia dictada, en fecha 10 de junio de 2005, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Cuarta), en el rollo nº 130/2005 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 464/2002, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Langreo.- 2º Y entregar copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante las cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría*".

**SEXTO.** El recurso de casación interpuesto por Hulleras del Norte, SA se apoya en el artículo 477, apartados 1 y 2, ordinales 2º y 3º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se compone de dos motivos.

**PRIMERO** . Indebida aplicación del artículo 62 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, Real Decreto 1.564/1.989, de 22 de diciembre, e infracción de los artículos 1.112 y 7, apartado 2, del Código Civil.

**SEGUNDO** . Infracción de la jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 62 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, Real Decreto 1.564/1.989, de 22 de diciembre .

**SÉPTIMO.** Evacuado el traslado conferido al respecto, la Procurador doña Cayetana de Zulueta Luchsinger, en nombre y representación de don Cesareo, impugnó el recurso, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

**OCTAVO.** Se señaló como día para votación y fallo del recurso el veinte de octubre de dos mil nueve, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Ramon **Ferrandiz** Gabriel,

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** La sentencia recurrida desestimó la acción de cumplimiento de la promesa de adquirir, a cambio de precio, las treinta y nueve mil doscientas acciones representativas de una parte del capital de Explotaciones Ganaderas del Norte, SA, de las que era titular la demandante, Hulleras del Norte, SA, y declaró que los demandados, don Cesareo y don Íñigo, no estaban obligados a cumplir la contraprestación convenida, al considerar el Tribunal de la segunda instancia - en sentido opuesto al de la primera - que el precontrato celebrado por todos ellos era nulo por infringir el artículo 62 del texto refundido de la Ley de sociedades anónimas - Real Decreto Legislativo 1.564/1.989, de 22 de diciembre -, a cuyo tenor "*hasta la inscripción de la sociedad o, en su caso, del acuerdo de aumento del capital social en el Registro Mercantil no podrán entregarse ni transmitirse las acciones*".

La actora interpuso recurso de casación contra la sentencia de apelación por dos motivos, en los que denuncia, básicamente, la infracción de aquel artículo, tal como lo interpreta la jurisprudencia.

Los hechos en los que se sitúa el conflicto son, en síntesis, los que siguen.

Hulleras del Norte, SA, para proporcionar recursos, a medio o corto plazo, para la constitución de una nueva empresa, aportó al capital de Explotaciones Ganaderas del Norte, SA, como socia fundadora, una suma de dinero a cambio de las correspondientes acciones, que debían estar representadas por medio de títulos nominativos.

Hulleras del Norte, SA tenía la intención de recuperar su inversión, por lo que, el mismo día del otorgamiento de la escritura de constitución y antes de su inscripción en el Registro Mercantil, pactó con los otros fundadores, los demandados, que éstos quedaban obligados a adquirir sus acciones a cambio de un precio equivalente al valor nominal de las mismas, con un incremento.

Esa promesa debería ser cumplida en determinados plazos y, además, íntegramente en el mismo momento en que se dieran algunas condiciones.

Alegó Hulleras del Norte, SA en la demanda que, al menos, una de esas condiciones - la paralización de los órganos sociales de Explotaciones Ganaderas del Norte, SA - había acaecido y reclamó el cumplimiento del contrato proyectado.

**SEGUNDO.** Hulleras del Norte, SA denuncia en el recurso de casación contra la sentencia que desestimó su demanda la infracción - en el primero de los motivos - del *artículo 62 del Real Decreto Legislativo 1.564/1.989, de 22 de diciembre* y - en el segundo - de la interpretación del mismo según la jurisprudencia.

Los dos motivos se estiman.

La sentencia de la Audiencia Provincial se apoyó en la jurisprudencia formada durante la vigencia del *artículo 14 de la Ley de régimen jurídico de las sociedades anónimas, de 17 de julio de 1.951*.

Expresó dicho Tribunal, en el segundo de los fundamentos de derecho de su sentencia, que seguía la doctrina sentada por esta Sala Primera en la de 8 de mayo de 1.987 - tras la de 22 de octubre de 1.964 -, conforme a la que la infracción de la prohibición de transmitir acciones antes de estar inscrita la sociedad en el Registro Mercantil se sancionaba en aquel precepto con la nulidad radical, que "*hace totalmente ineficaz al contrato en cualquier concepto, no solamente en el de compraventa, sino en el de precontrato*".

Sin embargo, esa doctrina fue modificada ya en la sentencia de 16 de julio de 1.992 - número 736/92 -, mencionada pero no correctamente interpretada por el Tribunal de apelación. En ella se desestimó el recurso de casación de quien, como transmitente por contrato de las acciones representativas de parte del capital de una sociedad cuya constitución no constaba todavía inscrita, había sido demandado con la pretensión de que fuera condenado a documentar en forma el referido contrato. En el recurso de casación se denunció, entre otras, la infracción del *artículo 14 de la Ley de 17 de julio de 1.951* y esta Sala desestimó el recurso, con declaraciones tan inequívocas como las siguientes: "*... el artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1.951 ... no imposibilita que previamente, en etapa presocial, se puedan concertar pactos de enajenación de acciones entre los accionistas y terceros, como sucede en el caso de autos ...*" *la venta resulta eficaz y vinculante para los interesados directos en la misma, en cuanto representa un convenio válido para la transmisión de los títulos y es antecedente a su debida formalización*".

La sentencia de 12 de diciembre de 2.002 - número 1.175/02 - reiteró la indicada doctrina, si bien no como "*ratio*" de la desestimación del recurso de casación - que habían interpuesto unos adquirentes de acciones por contrato celebrado con anterioridad a la inscripción de la constitución de la sociedad en el Registro Mercantil y que pretendían que la declaración de nulidad del contrato, contenida en las sentencias de las dos instancias, se extendiera a otro también atacado en la demanda por la misma causa -.

Finalmente, la sentencia de 18 de marzo de 2.005 - número 169/05 -, además de declarar la incongruencia de la recurrida, concluyó un resumen de la jurisprudencia sobre la materia con la afirmación, ya referida al *artículo 62 del vigente texto refundido de la Ley de sociedades anónimas* y a una donación de acciones creadas con una ampliación de capital, de que el mencionado precepto "*no prohíbe la celebración de negocios sobre estas acciones, dejando para momento posterior la consumación de los mismos mediante la transmisión de los títulos una vez creados*".

La interpretación del *artículo 62* por el Tribunal de apelación ha derivado en una aplicación rígida, no flexible - en términos de la sentencia de 18 de junio de 2.002, número 594/02 - de la sanción de nulidad establecida en el *artículo 6, apartado 3, del Código Civil*.

En efecto, el *artículo 62*, en lo que al recurso importa, responde a la voluntad del legislador de que no se entreguen o transmitan las acciones antes de la inscripción de la sociedad - entre otras razones porque las representadas por títulos necesitan contener la mención de los datos de identificación de dicha inscripción: *artículo 53, apartado 1*, letra a) -.

La prohibición no tiene la extensión que en la sentencia recurrida se le ha atribuido, dado que no alcanza a los negocios de obligación, que, como la compraventa o la promesa de ella, no producen, por sí solos o inmediatamente, un cambio de titularidad, sino que, al generar la obligación de transmitir los títulos, se limitan a prepararla para un momento futuro.

**TERCERO.** El Juzgado de Primera Instancia dio correcta solución al conflicto, por lo que el recurso de apelación no debió ser estimado.

Las costas de la apelación quedan a cargo de los apelantes, en aplicación de los *artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

No ha lugar a un pronunciamiento de condena en costas del recurso de casación.

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

## **FALLAMOS**

Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Hulleras del Norte, SA, contra la Sentencia dictada, con fecha diez de junio de dos mil cinco, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, la cual casamos y anulamos.

Y, en lugar de ella, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por don Cesareo y don Íñigo contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Langreo con fecha siete de enero de dos mil cuatro, con imposición de las costas a los apelantes.

Sobre las costas de la casación no formulamos especial pronunciamiento.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.-Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Ramon **Ferrandiz** Gabriel, 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.