



Roj: STS 2929/2013  
Id Cendoj: 28079110012013100306  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1277/2011  
Nº de Resolución: 338/2013  
Procedimiento: Casación  
Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO  
Tipo de Resolución: Sentencia

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Mayo de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto los recursos de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao.

El recurso fue interpuesto por las entidades Promociones Zorges, S.L. y Negocios Mivor, S.L., representada por el Procurador José Luis Martín Jaureguibeitia.

Es parte recurrida las entidades Alternativas Socio Sanitarias, S.A. y Complejo Mar Bella, S.A., representadas por el procurador Jaime Briones Méndez.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Tramitación en primera instancia**

1. El procurador Carlos Salgado Nuñez, en nombre y representación de las entidades Alternativas Socio Sanitarias S.A. y Complejo Mar Bella, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao, contra las entidades Promociones Zorges, S.L. y Negocios Mivor, S.L., para que se dictase sentencia:

*"por la que estimando íntegramente las pretensiones de mi representado,*

*1. Declare la nulidad, y sin efecto alguno, de los acuerdos adoptados en la Junta General de accionistas de fecha 15 de octubre de 2009.*

*2. Subsidiariamente, declare anulables, y los anule, los acuerdos adoptados en la Junta General de accionistas de fecha 15 de octubre de 2009.*

*3. Que se declare la ineficacia frente a la sociedad de la transmisión de participaciones efectuada por los socios de Promociones Zorges S.L. D. Gines , D. Horacio y la mercantil Viyocu S.L. a favor de Negocios Mivor S.L. en escritura pública de fecha de 2007 otorgada ante el Notario de Bilbao, D. Ignacio Linares Castrillon, con número de su protocolo, por vulneración de los preceptos estatutarios previstos en el art. 7 de los Estatutos Sociales.*

*4. En su caso, declare la nulidad del depósito de las cuentas anuales cerradas, y la nulidad de las inscripciones derivadas de tales acuerdos que se hayan practicado en el registro Mercantil de Bizkaia.*

*5. Se libre mandamiento, en su caso, al Registro Mercantil de Bizkaia para que proceda, en su caso, a la cancelación de la inscripción de los acuerdos impugnados.*

*6. Se declare la obligación, conforme al art. 7.II.1 de los Estatutos Sociales, de comunicar al resto de los socios de Promociones Zorges S.L. la adquisición efectuada por Negocios Mivor S.L. a D. Gines , D. Horacio y Viyocu S.L. con indicación del precio, a los efectos de que el resto de socios de Promociones Zorges, S.L. puedan optar por adquirir dichas participaciones.*

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

2. El procurador Germán Apalategui Carasa, en nombre y representación de la entidad "Promociones Zorges, S.L.", contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia:

*"por la que se desestime íntegramente la demanda y se absuelva a "Promociones Zorges, S.L." de cuantos pedimentos declarativos y de condena han sido interesados; con expresa imposición de costas a las actoras."*

3. El procurador Ana Bregel Orella, en representación de la entidad "Negocios Mivor, S.L.", contestó a la demanda y pidió al Juzgado que se dictase sentencia:

*"por la cual se desestime la demanda y se absuelva a "Negocios Mivor S.L." de cuantos pedimentos han sido instados frente a la misma.*

*Todo ello, con expresa condena en costas a las actoras y con cuantos demás pronunciamientos fueran favorables en Derecho."*

4. El Juez de Primera de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao dictó Sentencia con fecha 11 de mayo de 2010 , con la siguiente parte dispositiva:

*"FALLO: 1.- Desestimar la demanda formulada por las entidades Alternativas Socio Sanitarias SA y Complejo Mar Bella, SA, representadas por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Salgado Nuñez; frente a la entidad Promociones Zorges S.L., representada por el Procurador de los Tribunales D. Germán Apalategui Carasa; y frente a Negocios Mivor S.L. representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Ana Bregel Orella; absolviendo a las demandadas de todas las pretensiones contenidas en la demanda.*

*2.- Condenar a la parte actora al pago de las costas."*

#### **Tramitación en segunda instancia**

5. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de las entidades Complejo Mar Bella, S.A. y Alternativas Socio Sanitarias, S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya mediante Sentencia de 22 de febrero de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*"FALLAMOS: Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Alternativas Socio Sanitarias, S.A. y Complejo Mar Bella, S.A. contra la sentencia dictada por el juzgado de lo Mercantil nº2 de los de Bilbao en el juicio ordinario nº 926/09 del que este rollo dimana, revocamos dicha resolución; y estimando en parte la demanda promovida por las citadas recurrentes, declaramos la nulidad, sin efecto alguno, de los acuerdos adoptados por la junta general de socios de Promociones Zorges S.L. celebrada el día 15 de octubre de 2009, declaramos la ineficacia frente a dicha sociedad de la transmisión de participaciones efectuada por los socios de la misma D. Horacio , D. Gines y Viyocu S.L. a favor de Negocios Mivor S.L. en escritura pública de fecha 13 de mayo de 2007 por vulneración de lo reglado en el art. 7 de los Estatutos sociales de la demandada, declaramos la nulidad de las inscripciones derivadas de tales acuerdos que se hayan practicado en el Registro Mercantil de Vizcaya y ordenamos librar mandamiento a este para que proceda a la cancelación de la inscripción de los acuerdos que se declaran nulos. No se efectúa singular imposición de las costas de ambas instancias a ninguna de las partes."*

#### **Interposición y tramitación del recurso de casación**

6. La procuradora Ana Bregel Orella, en nombre y representación de la entidad "Negocios Mivor S.L.", interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª.

El motivo del recurso de casación fue:

*"1º) Infracción del art. 6.2 del Código Civil ."*

7. El procurador Germán Apalategui Carasa, en nombre y representación de la entidad "Promociones Zorges, S.L.", interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª.

*"1º) Infracción del art. 6.2 del Código Civil ."*

8. Por Diligencia de Ordenación de 1 de junio de 2011, la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, tuvo por interpuestos los recursos de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

9. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente las entidades "Promociones Zorges, S.L." y "Negocios Mivor, S.L.", representada por el Procurador José Luis Martín

Jaureguibeitia; y como parte recurrida las entidades "Alternativas Socio Sanitarias, S.A." y "Complejo Mar Bella, S.A.", representadas por el procurador Jaime Briones Mendez.

10. Esta Sala dictó Auto de fecha 28 de febrero de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de NEGOCIOS MIVOR S.L., contra la Sentencia dictada con fecha 22 de febrero de 2011, por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª), en el rollo de apelación nº 754/2010 , dimanante de los autos de juicio ordinario número 926/09 del Juzgado de lo Mercantil 2 de Bilbao y ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de PROMOCIONES ZORGES S.L., contra la Sentencia dictada con fecha 22 de febrero de 2011, por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª), en el rollo de apelación nº 754/2010 , dimanante de los autos de juicio ordinario número 926/09 del Juzgado de lo Mercantil 2 de Bilbao."*

11. Dado traslado, la representación procesal de las entidades "Alternativas Socio Sanitarias, S.A." y "Complejo Mar Bella, S.A.", presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

12. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 24 de abril de 2013, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso conviene partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

La sociedad Promociones Zorges, S.L. se constituyó el 28 de noviembre de 2002. Tras una ampliación de capital social, el 31 de octubre de 2003 se incorporaron como socias Alternativas Socio Sanitarias, S.A. y Complejo Mar Bella, S.A., con un 23% del capital social cada una de ellas.

En el art. 7 de sus estatutos se establece un régimen propio de transmisión de participaciones sociales por actos inter-vivos. El socio que quiera transmitir todas o parte de sus participaciones debe comunicarlo por escrito al órgano de administración de la sociedad, indicando el adquirente, el precio si existiese y las demás condiciones de la adquisición. El órgano de administración, en el plazo de cinco días, debe trasladar a los restantes socios esta comunicación. Los socios de la misma clase de las participaciones ofertadas, dentro de los 10 días siguientes pueden, mediante notificación a la sociedad y al enajenante, optar por la adquisición de las participaciones a que se refiere la comunicación... En el caso de que ninguno de los socios de la misma clase haga uso de su derecho de adquisición preferente, corresponderá este a los socios de otra clase de participaciones. Y si ninguno de estos otros socios lo ejercita a tiempo (10 días), este derecho de adquisición preferente corresponderá a la propia sociedad, quien deberá ejercitarlo dentro de los 10 días siguientes. En el caso de que nadie ejercite el derecho de adquisición preferente, dentro de los plazos previstos, el socio que pretenda transmitir podrá verificar la transmisión de las participaciones conforme al proyecto comunicado.

Este art. 7 de los estatutos también prevé que " *si en el plazo de seis meses desde que comienza la libre transmisión aquí regulada, no se realiza la transmisión proyectada, deberá reiterarse la comunicación para cualquier nuevo proyecto, o para la reiteración del anterior* ".

Y se añade al final de esta previsión estatutaria que " *la sociedad no reconocerá la condición de socio a quien no pueda acreditar haber adquirido las participaciones de su propiedad, de conformidad con lo ordenado en este precepto y no le permitirá el ejercicio de los derechos políticos y económicos correspondientes* ".

Comunicado por tres socios, ( Gines , Horacio y Viyocu, S.L.), su proyecto de vender sus participaciones a la sociedad Negocios Mivor, S.L., en la junta de socios celebrada el día 17 de marzo de 2006, se aprobó por unanimidad un acuerdo por el que el resto de socios y la propia sociedad renunciaban al derecho de adquisición preferente previsto en los Estatutos.

El día 13 de marzo de 2007, los socios Gines , Horacio y Viyocu, S.L. transmitieron sus participaciones a Negocios Mivor, S.L., mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública.

2. El 7 de julio de 2008 se celebró una junta de socios a la que acudió Negocios Mivor, S.L. como socia. Esta junta y los acuerdos adoptados en ella han sido impugnados por Alternativas Socio Sanitarias, S.A. y Complejo Mar Bella, S.A., al considerar defectuosamente constituida la junta, ya que se admitió como socia a Negocios Mivor, S.L., cuando no debía haberlo sido, ya que su adquisición de participaciones no

puede producir efectos frente a la sociedad, pues fue realizada seis meses después de que comenzara la libre transmisión, por lo que debía haberse comunicado nuevamente al órgano de administración de la compañía la propuesta de venta, para que otra vez se diera posibilidad a los socios y, en su caso, a la sociedad de ejercitar el derecho de adquisición preferente previsto en el art. 7 de los estatutos.

3. El juzgado mercantil interpretó el acuerdo adoptado por unanimidad por la junta de socios de 17 de marzo de 2006, de renuncia de los socios y de la sociedad al ejercicio del derecho de adquisición preferente en relación con la propuesta de venta de las participaciones de Gines , Horacio y Viyocu, S.L. a favor de Negocios Mivor, S.L., como una renuncia irrevocable, que impedía que retornara el derecho renunciado. Por ello, entendió que la venta fue ajustada a las previsiones legales y estatutarias, y producía efectos frente a la sociedad. En consecuencia, Negocios Mivor, S.L. ostentaba la condición de socio en la junta de 7 de julio de 2008 y por ello el juzgado desestima la impugnación.

4. Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia, la Audiencia entiende que la renuncia no liberaba a los socios transmitentes ni a la propia sociedad del respeto a las reglas estatutarias, según las cuales " *si en el plazo de 6 meses desde que comienza la libre transmisión (...) no se realiza la transmisión proyectada, deberá reiterarse la comunicación para cualquier nuevo proyecto o para la reiteración de la anterior* ". La sentencia de apelación considera que los socios no transmitentes y la sociedad no renunciaron a la aplicación de esta regla estatutaria, esto es, el derecho a transmitir libremente las participaciones estaba sometido a un plazo de seis meses, desde la renuncia de aquellos que gozaban de derechos de adquisición preferente, por lo que transcurrido dicho plazo, sin haberse realizado la transmisión propuesta, debía haberse repetido la comunicación para permitir nuevamente a los socios y, en su caso, a la sociedad ejercitar el derecho de adquisición preferente. En consecuencia, la transmisión de participaciones a favor de Negocios Mivor, S.L. no debía producir efectos frente a la sociedad, y por ello en la junta de 7 de julio de 2008 no debía haberse reconocido la condición de socio, y al hacerlo se incurrió en un defecto de constitución que justifica su nulidad. Por ello, la Audiencia revoca la sentencia de primera instancia y estima la impugnación de la junta y de los acuerdos en ella adoptados.

#### **Planteamiento del recurso de casación**

5. Esta sentencia de apelación ha sido recurrida en casación tanto por Negocios Mivor, S.L. como por Promociones Zorges, S.L., por medio de sendos recursos. Ambos se fundan en un único motivo de casación coincidente, por lo que serán resueltos conjuntamente. El motivo de casación es la infracción del art. 6.2 CC , pues la renuncia del derecho de adquisición preferente realizada por los socios constituye una pérdida irrevocable de un derecho, que desaparece del patrimonio del renunciante. El recurso entiende que la Audiencia ha incurrido en un error de interpretación, al conceder a la renuncia un alcance y significación jurídica que no le corresponden.

Procede desestimar el único motivo en el que se fundan ambos recursos por las razones que exponemos a continuación.

#### **Resolución del recurso de casación: alcance de la renuncia al ejercicio del derecho de adquisición preferente**

6. Una de las singularidades del régimen de la sociedad de responsabilidad limitada, tanto bajo la Ley 2/1995, de 23 de marzo, vigente en el momento en que ocurrieron los hechos litigiosos, como bajo el actual RDLeg 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, es la restricción estatutaria o, en su defecto, legal a la libre transmisión de participaciones por actos inter vivos. La exposición de motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada calificaba esta forma societaria de " *sociedad esencialmente cerrada, en la que las participaciones sociales tienen restringida la transmisión, excepto en caso de adquisición por los socios, por el cónyuge, ascendiente o descendiente de socio o por sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente, que, en defecto de cláusula estatutaria en contrario, constituyen supuestos de transmisiones libres* ".

En este sentido, el art. 29.2 LSRL regula cómo se hará efectiva esta restricción a la libre transmisión de participaciones por actos inter vivos, y estas reglas operan a falta de regulación estatutaria. Esta regulación estatutaria, según prevé el art. 30.1 LSRL tiene, entre otros límites legales, que no haga prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos.

En este contexto normativo, en nuestro caso, los estatutos de la sociedad de responsabilidad limitada Promociones Zorges, S.L. contenían reglas específicas sobre la restricción a la libre transmisión de participaciones sociales por actos inter vivos, en su art. 7, cuyo contenido, en lo que ahora interesa, ha sido

reseñado en el fundamento jurídico 1 de esta sentencia. No se duda de la validez y legalidad de esta cláusula estatutaria, pero sí se cuestiona su interpretación a la luz de lo acaecido.

De acuerdo con el art. 7 de los estatutos sociales, los tres socios que querían vender sus participaciones sociales ( Gines , Horacio y Viyocu, S.L.) comunicaron al órgano de administración de la sociedad su proyecto de venta, las condiciones y el adquirente (Negocios Mivor, S.L.). Esta previsión estatutaria reconoce a los restantes socios un derecho de adquisición preferente, a ejercitar en el plazo de 10 días desde que se les da traslado de esta comunicación, y, si los socios no lo ejercitan en el plazo legal, le reconoce este derecho de adquisición preferente a la propia sociedad, que debería ejercerlo dentro de los 10 días siguientes. En el caso de que nadie ejercite el derecho de adquisición preferente, dentro de los plazos previstos, los socios que pretendían transmitir podían verificar la transmisión de las participaciones conforme al proyecto comunicado.

En nuestro caso, consta que en la junta de socios celebrada el día 17 de marzo de 2006, se aprobó por unanimidad un acuerdo por el que los socios y la propia sociedad renunciaban al derecho de adquisición preferente previsto en los estatutos, respecto de la comunicación de venta de participaciones realizada por Gines , Horacio y Viyocu, S.L., a favor de Negocios Mivor, S.L. Es indudable que este acuerdo supone la renuncia al ejercicio del derecho de adquisición preferente que, respecto de esta específica comunicación de intención de venta de participaciones, correspondía, primero a los socios no transmitentes y luego, caso de no ejercitarla ninguno, a la sociedad. Mediante este acuerdo, los tres socios que pretendían transmitir gozaban del derecho a enajenar libremente sus participaciones al adquirente y en las condiciones que habían sido objeto de la comunicación. Pero esta facultad estaba sujeta a un determinado plazo, de seis meses, para su ejercicio, pues el propio art. 7 de los estatutos prevé expresamente que: "*si en el plazo de seis meses desde que comienza la libre transmisión aquí regulada, no se realiza la transmisión proyectada, deberá reiterarse la comunicación para cualquier nuevo proyecto, o para la reiteración del anterior*". A la luz de esta previsión estatutaria debe entenderse, como hizo la Audiencia, que la renuncia al derecho de adquisición preferente de los socios no transmitentes y de la sociedad lo era en relación con la propuesta de transmisión comunicada inicialmente, y que si, una vez alcanzada la libre transmisión por la renuncia aprobada por unanimidad en la junta de socios, no se verificaba la venta en seis meses, la facultad de libre transmisión se extinguía y era necesario volver a iniciar el proceso previsto en los estatutos para obtenerla nuevamente. Desde esta perspectiva, debe interpretarse la renuncia de los socios y de la sociedad al ejercicio del derecho de adquisición preferente no como una renuncia general a este derecho, sino tan sólo respecto de la propuesta de venta comunicada, siempre que una vez obtenida la libre transmisión se llegara a verificar dentro del plazo estatutario de 6 meses.

Esta interpretación, que es conforme al reseñado carácter cerrado de la sociedad, que no admite una renuncia excesivamente genérica al derecho de adquisición, más allá del marco objetivo y temporal previsto estatutariamente, no contradice el art. 6.2 CC , pues la eficacia de la renuncia se ciñe al ámbito previsto estatutariamente, como ya hemos argumentado.

### Costas

7. Desestimados los recursos de casación formulados por Negocios Mivor, S.L. y Promociones Zorges, S.L., les imponemos las costas generadas por sus respectivos recursos ( art. 398.1 LEC ).

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

### FALLAMOS

Desestimamos los recursos de casación formulados por Negocios Mivor, S.L. y Promociones Zorges, S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección núm. 4ª) de 22 de febrero de 2011 (rollo de apelación núm. 754/2010 ), que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Bilbao de 11 de mayo de 2010 (juicio ordinario núm. 926/09), e imponemos a los dos recurrentes las costas generadas por sus respectivos recursos.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rolo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- **Ignacio Sancho Gargallo**.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , 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.