



Roj: **SAP OU 334/2016 - ECLI: ES:APOU:2016:334**

Id Cendoj: **32054370012016100176**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **11/05/2016**

Nº de Recurso: **416/2015**

Nº de Resolución: **182/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA JOSE GONZALEZ MOVILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Señoras, doña Ángela Irene Domínguez Viguera Fernández, Presidenta, doña Josefa Otero Seivane y doña María José González Movilla, Magistradas, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

SENTENCIA NÚM. 00182/2016

En la ciudad de Ourense a once de mayo de dos mil dieciséis.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de Procedimiento Ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 3 (antes mixto nº 6) de los de Ourense, seguidos con el nº 356/14, Rollo de apelación núm. 416/15, entre partes, como apelantes D^a Emma , D^a Felicísima , D^a Guadalupe , D^a Loreto y D. Belarmino , representados por la procurador de los tribunales D^a M^a Gloria Sánchez Izquierdo, bajo la dirección del letrado D. Javier Blanco Méndez y, como apelada, la entidad Noyastar, S.L., representada por la procurador de los tribunales D^a. M^a Jesús Santana Penin, bajo la dirección del letrado D. César Rúa Martínez.

Es ponente la Ilma. Sra. D^a. María José González Movilla.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 (antes mixto nº 6) de los de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 13 de mayo de 2015 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** Se estima la demanda interpuesta por la procuradora Sra. *Santana Penín actuando en nombre y representación de NO YASTAR, S.L., frente a Doña Emma ; Doña Felicísima , Doña Guadalupe y Doña Loreto y Don Belarmino , y en tal razón se declara la nulidad del contrato de compraventa de participaciones sociales de José Cendón e Hijos, S.L. celebrado en fecha 19 de septiembre de 2011, con la obligación de los demandados a reintegrar a la demandante las cantidades relacionadas, así por Doña Emma la cantidad de 291.085,73€; Doña Felicísima en la de 71.485,72€, Doña Guadalupe en 71.485,72€ y Doña Loreto en la de 66.857,15€, y Don Belarmino en 4.628,52€.*

En cuanto a intereses y costas, estese a lo dispuesto en los apartados correspondientes ."

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de D^a Emma , D^a Felicísima , D^a Guadalupe , D^a Loreto y D. Belarmino , recurso de apelación en ambos efectos, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad mercantil Noyastar SL formuló demanda de juicio ordinario contra D^a Emma , D^a Felicísima , D^a Guadalupe y D^a Loreto y Don Belarmino en ejercicio de acción de nulidad del contrato de compraventa de participaciones sociales, formalizado en escritura pública de fecha 19 de septiembre de 2011, en base a la concurrencia de error, como vicio esencial del consentimiento, y además por existir nulidad del acuerdo adoptado por la sociedad a la que las participaciones pertenecían, solicitando en consecuencia que cada uno de los demandados le reintegrase las cantidades ya percibidas, como pago parcial del precio. Subsidiariamente, ejercitó la acción de resolución del mismo contrato por incumplimiento de las obligaciones legales y estatutarias, con la subsiguiente condena a devolverle lo entregado como precio, en concepto de indemnización de daños y perjuicios. La parte demandada se opuso a la demanda alegando que no se ha producido el incumplimiento de las normas legales y estatutarias que regulan la transmisión de las participaciones y que en todo caso ese incumplimiento podría ocasionar que la sociedad no se viese afectada por la transmisión, no adquiriendo el comprador la condición de socio, pero el negocio sigue produciendo efectos entre las partes que lo concertaron; solicitando la íntegra desestimación de la demanda.

En la sentencia dictada en primera instancia se estimó la acción de nulidad deducida, declarando en consecuencia nulo el contrato de compraventa de las participaciones sociales celebrado entre las partes, con base en la existencia de error como vicio del consentimiento y en el incumplimiento de las normas reguladoras de las transmisiones de participaciones sociales, condenando a los demandados a reintegrar a la actora las sumas percibidas como parte del precio. Frente a dicha resolución se interpone el presente recurso de apelación por los demandados en el que insisten en los argumentos contenidos en la contestación a la demanda, basados fundamentalmente en el cumplimiento de las normas reguladoras del negocio, el conocimiento por parte de la actora de todas las vicisitudes de la sociedad y la asunción de su condición de socio, tras la adquisición, llegando a ser administradora de la entidad. La parte actora se opuso al recurso solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Como se ha señalado la parte actora basa la acción de nulidad formulada en la demanda en la concurrencia de un error en el consentimiento que invalida el mismo, haciendo nulo el contrato, pues el mismo se prestó en base a la creencia de que los vendedores habían cumplido correctamente las obligaciones legales y estatutarias relativas al derecho de adquisición preferente de participaciones sociales, contenida en los artículos 107 de la Ley de Sociedades de Capital y 8A de los **Estatutos** reguladores de la entidad a la que pertenecen las acciones vendidas, pues así se hizo constar en la escritura, cuando tales formalidades no se habían cumplido, declarándose por sentencia firme la nulidad de la Junta General de la entidad José Cendón Vázquez SL, celebrada el día 2 de septiembre de 2011 y del acuerdo adoptado en ella por el que se acordó no hacer uso por parte de la sociedad del derecho de adquisición preferente de las participaciones .

El examen de la cuestión aquí planteada exige hacer unas precisiones sobre el error en el consentimiento con los requisitos necesarios para que proceda la nulidad que se solicita. La sentencia del Tribunal Supremo sobre la nulidad de los contratos de fecha 10 de abril de 2001 señala: "Para decidir acerca de la cuestión que el motivo suscita ha de tenerse en cuenta, ante todo, que en sede de ineficacia de los contratos resultan perfectamente diferenciables los conceptos de inexistencia o nulidad radical, de una parte, y de nulidad relativa o anulabilidad, de otra. En el primero se comprenden los supuestos en que o falta alguno de los elementos esenciales del contrato que enumera el artículo 1261 del Código Civil , o el mismo se ha celebrado vulnerando una norma imperativa o prohibitiva. El segundo se reserva para aquellos otros en que en la formación del consentimiento de los otorgantes ha concurrido cualquiera de los llamados vicios de la voluntad (error, violencia, intimidación o dolo). Sin embargo, el Código Civil carece de un tratamiento preciso de la ineficacia contractual, pues: a) Se echa en falta una regulación sistemática de la nulidad radical o absoluta, a la que por lo general la doctrina asimila la inexistencia. b) El vocablo «nulidad» que figura en la rúbrica del Capítulo IV, del Título II de su Libro Cuarto y en los artículos 1300, 1301 y 1302 ha de entenderse que se refiere únicamente a la nulidad relativa o anulabilidad, pues el primero de dichos preceptos parte de la base de que los contratos que pueden ser anulados a través del ejercicio de la acción que se regula en los otros dos, son aquellos «en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261». c) Los artículos 1305 y 1306, por su parte, aluden sin duda alguna a casos de nulidad de pleno derecho o absoluta. d) Finalmente, otros preceptos, como el 1307 y 1308 son de común aplicación a ambas especies de nulidad. Puede señalarse, como resumen de lo expuesto, que cuando el artículo 1302 establece rigurosas restricciones en cuanto al ejercicio de la acción de nulidad, se está refiriendo única y exclusivamente a aquellas pretensiones que se encaminen a obtener a anulación o declaración de nulidad relativa de los contratos en que se aprecie que han concurrido los vicios del consentimiento que enumera el artículo 1265".

En este caso la parte actora basa la demanda en la existencia de error en el consentimiento prestado para la adquisición de las participaciones, que ha de distinguirse del error obstativo que produce la inexistencia o



utilidad real o absoluta del negocio jurídico, según la distinción contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2001 , que establece: "Es preciso establecer una sustancial diferencia entre el error-vicio de la voluntad, regulado en el artículo 1266 del Código Civil , el cual provoca la anulabilidad de los contratos, que únicamente puede ser instada por los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos -salvo que sean quienes han producido dicho error- y el error obstativo, con el que se designa la falta de coincidencia inconsciente entre la voluntad correctamente formada y la declaración de la misma, divergencia que excluye la voluntad interna y hace que el negocio sea inexistente por falta de uno de sus elementos esenciales".

En relación al error como vicio del consentimiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012 , realiza un detallado análisis de los requisitos que se precisan para su apreciación, en los siguientes términos: "Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta- Sentencias 114/1985, de 18 de febrero ; 295//1994, de 29 de marzo ; 756/1996, de 28 de septiembre ; 434/1997, de 21 de mayo ; 695/2010, de 12 de noviembre , entre muchas. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada -"pacta sunt servanda"- imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - Sentencia de 15 de febrero de 1977 -.

I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

II. Dispone el artículo 1.266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo - sentencias de 4 de enero de 1982 , 295/1994 , de 29 de marzo, entre otras muchas-, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1.261, ordinal segundo del Código Civil - . Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias -pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquél, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962 , 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997 , entre otras-. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquéllas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - Sentencias de 4 de enero de 1982 , 756/1996, de 28 de septiembre , 726/2000, de 17 de julio , 315/2009 , de 13 de mayo- exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida".



TERCERO.- Mantiene la parte actora que los demandados han incumplido las obligaciones legales y estatutarias sobre la transmisión de participaciones sociales cuando en la escritura de compraventa se decía textualmente en la cláusula séptima que los vendedores "manifiestan que para estas operaciones se han cumplido los requisitos legales y estatutarios, lo cual justifican con certificación expedida en fecha 2 de septiembre de 2011 por la Secretaria del Consejo de Administración Doña Guadalupe con el visto bueno del Sr. Presidente, Don Belarmino ..."; y que el incumplimiento de esas normas dió lugar a la nulidad de la transmisión de las participaciones sociales, según se ha declarado judicialmente en diferentes procedimientos relativos a la viabilidad de la sociedad. Así, mediante sentencia de 21 de mayo de 2012, dictada por el Juzgado nº 4 de lo Mercantil de Ourense, se declaró la nulidad de la Junta General de la entidad José Cendón Vázquez SL, celebrada el día 2 de septiembre de 2011, y de los acuerdos adoptados, entre ellos aquél, por el que se acordó no hacer uso por la sociedad, del derecho de adquisición de participaciones, que luego fueron vendidas a la actora. Dicha sentencia fue confirmada por la dictada por esta Audiencia el día 4 de febrero de 2014, aunque en base a fundamentos jurídicos distintos de los acogidos en la instancia, pues el acuerdo sobre la transmisión de las participaciones se adoptó quebrantando lo dispuesto en el artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital, al haber intervenido en la votación socios titulares de las participaciones de cuya transmisión se trataba. Posteriormente, en un nuevo procedimiento, seguido con el número 30/2013 del Juzgado de lo Mercantil, sobre la ineficacia de la transmisión frente a la sociedad José Cendón e Hijos (hoy Burgas Motor SL) se dictó sentencia con fecha 26 de enero de 2015, por la que se estimó la demanda declarando la ineficacia de la transmisión objeto de litis frente a la sociedad Burgas Motor SL, así como la nulidad de los acuerdos adoptados en las Juntas celebradas los días 29 de junio de 2012, 20 de agosto de 2012 y 21 de octubre de 2011. De estos hechos concluye la parte actora que la transmisión de participaciones es nula y que, por tanto, nunca ostentó la condición de socia de la entidad, debiendo reintegrársele las cantidades abonadas como parte del precio. El error alegado no afecta a lo que son las cualidades y condiciones esenciales de la cosa, sino que hace referencia al hecho de que se hubiese dictado la ineficacia de la transmisión de las participaciones sociales frente a la sociedad, por incumplimiento de la normativa reguladora de esa transmisión, lo que determina que no pueda ser considerada socia ni pueda ejercitar válidamente los derechos sociales que le correspondían. La cuestión relativa a los efectos de cualquier tipo de infracción de las normas que regulan la transmisión de acciones o participaciones sociales no ha dejado de suscitar polémica, manteniéndose en la doctrina distintos criterios.

Para unos autores había que distinguir entre la validez y la eficacia del negocio traslativo inter partes y su ineficacia frente a la sociedad, que no inscribirá al adquirente en el libro registro de acciones nominativas y, en consecuencia, no le reconocerá como accionista. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1987 indicaba: "(...) la cuestión tocante a la eficacia de la enajenación realizada vulnerando las restricciones estatutarias impuestas a las acciones nominativas, ha de ser resuelta, siguiendo la común opinión de los autores patrios, en el sentido de que prescindiendo de las consecuencias obligacionales del negocio causal en el orden interno o inter partes, la sociedad viene facultada para desconocer como accionista al adquirente negándose a inscribirle en el libro registro especial a que hace referencia el artículo 35 -actual artículo 55- y a conceptuarle legitimado para el ejercicio de los derechos sociales, que es en definitiva el efecto previsto por el artículo 46 -actual artículo 63- cuando dispone que las limitaciones a la libre transmisibilidad de la acción serán válidas frente a la sociedad cuando estén expresamente impuestas en los **estatutos**".

En el mismo sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de febrero de 1986, al interpretar una **cláusula restrictiva**, afirmó que de la lectura atenta de los **estatutos** sociales se mostraba claramente que el término "nulidad" de las transmisiones, es el de entender que cuando aquellas transmisiones no se ajustan a lo establecido, la sociedad puede desconocer la transmisión y no reconocer al adquirente el carácter de socio y el ejercicio de los derechos sociales.

Según este criterio, en los casos de infracción de las cláusulas que imponen restricciones, es necesario que la transmisión no produzca frente a la sociedad el efecto que normalmente se desprende de ella, la adquisición por parte del adquirente de la cualidad de accionista. Con ello se consigue que ni la sociedad ni los socios sufran las consecuencias de la infracción. En definitiva, la vulneración de la cláusula no impide la validez del negocio y la eficacia de la transmisión, pero dicho negocio no es oponible frente a la sociedad. Las restricciones tutelan el interés de la sociedad, que queda suficientemente protegido, impidiendo que el adquirente pueda ser considerado accionista, sin que quede afectado el negocio inter partes, del que derivarán las correspondientes obligaciones y efectos según su naturaleza. La sociedad podrá desconocer la condición de accionista del adquirente cuando se ha vulnerado el procedimiento estatutario, de modo que podía negarse a inscribir al adquirente en el libro de acciones nominativas.

Para otro sector doctrinal, la ineficacia no solo se producía frente a la sociedad, sino también entre las partes, de manera que no se daba lugar a la transmisión entre transmitente y adquirente. En consecuencia, la transmisión de acciones con vulneración de una cláusula estatutaria debe considerarse ineficaz, calificándose



la ineficacia del negocio de anulabilidad, por aplicación analógica de los artículos 1.322 y 1.259 del Código Civil. Al no cumplirse el fin del negocio (la transmisión de las acciones) el contrato será ineficaz y el adquirente podrá exigir la devolución del precio y la correspondiente indemnización en su caso. En ocasiones el Tribunal Supremo se ha referido a la vulneración de las restricciones estatutarias sobre transmisión de acciones como supuestos de nulidad radical del negocio causal, como en la Sentencia de 7 de octubre de 1999. No obstante, incluso los partidarios de considerar afectado el propio negocio jurídico celebrado inter partes se refieren a éste como anulable, y no radicalmente nulo. La transmisión no contraviene norma imperativa alguna, sino una precisión estatutaria ajena a terceros, de modo que no debería quedar afectado el contrato en el que pretende sustentarse la transmisión.

Una tercera línea sostiene que si bien la transmisión es ineficaz y no llega a verificarse, el contrato causal es válido y obligatorio, generándose en el transmitente la responsabilidad por incumplimiento contractual, situación similar a la venta de cosa ajena. A pesar de las referencias que en ciertos casos se efectúan a la "nulidad" de la transmisión o del acto dispositivo, la transmisión viene a ser un resultado que se produce si concurren los elementos del supuesto de hecho propio de la misma: un contrato causal válido y la capacidad de disposición del transmitente. Si concurren estos elementos la transmisión existe, y existe frente a todos. Si falta alguno de ellos, y singularmente el poder de disposición, la transmisión no existirá, ni frente a la sociedad ni frente a nadie.

El Tribunal Supremo en sus sentencias de 10 de abril y 21 de septiembre de 2007 parece inclinarse por la primera de las posiciones expuestas, es decir, aquélla que distingue entre la validez y eficacia del negocio traslativo inter partes y su ineficacia frente a la sociedad, que no inscribirá al adquirente en el libro registro de acciones nominativas y, en consecuencia, no la reconocerá como accionista. En la primera de dichas sentencias la cuestión se suscita en relación al artículo 20 de la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, aplicable al supuesto, que en su penúltimo párrafo establecía: "Serán nulas las transmisiones a persona extraña a la sociedad que no se ajusten a lo establecido en la escritura social o, en su defecto, a lo prevenido en este artículo". También señala que dicho precepto debe ponerse en relación con el artículo 22 de la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada de 1953, de modo que la nulidad proclamada "no puede ir más allá de los efectos inherentes a la sustracción a los restantes socios del conocimiento de la transmisión de las participaciones sociales a persona extraña a la sociedad y de la consiguiente posibilidad de adquisición preferente de dichas acciones mediante el ejercicio del derecho de tanteo". Y añade "(...) nulidad, en consecuencia, cuyo alcance legal aparece limitado a la imposibilidad de imponer a la sociedad el reconocimiento de la condición de socio por parte del adquirente".

La Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada de 1995, en su artículo 34, vino a limitar las consecuencias de la vulneración de las restricciones a la ineficacia de las transmisiones frente a la sociedad, abandonando la línea seguida por la Ley de 1953 -que en su artículo 20 sancionaba el incumplimiento de las restricciones estatutarias, decretando la nulidad de las transmisiones de participaciones sociales-, siguiendo dicha limitación el criterio que se venía manteniendo en relación a la transmisión de acciones ya con la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 -en su artículo 46- y también conforme a lo dispuesto en el artículo 63.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y en su artículo 64, que alude al rechazo de la inscripción de la transmisión en el libro registro de acciones nominativas.

En el presente caso la acción que se ejercita es la de nulidad de la transmisión por vicio del consentimiento, acción que obviamente no puede prosperar pues no concurre ninguno de los elementos del error invalidante del consentimiento jurisprudencialmente declarados. Pero tampoco puede decretarse la ineficacia de la transmisión por incumplimiento de las normas legales y reglamentarias reguladoras de la transmisión de participaciones sociales determinantes de la ineficacia de la venta en relación a la sociedad, pues si bien inicialmente, mediante sentencia de fecha 26 de enero de 2015 del Juzgado de lo Mercantil de Ourense se declaró esa ineficacia, tal resolución fue revocada por sentencia de esta Sala de fecha 19 de enero de 2016 en la que se desestimó la demanda formulada por la representación de D^a Socorro y Don Alberto en tal sentido. En dicha resolución sobre la causa de ineficacia de la transmisión invocada, referida a la vulneración de los derechos de adquisición preferente por falta de noticia de la oferta realizada por Noyastar SL el 27 de julio de 2011, señalábamos: "El artículo 8.A de los **estatutos**, de aplicación a la transmisión voluntaria "inter vivos" de las participaciones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 107 de la ley de sociedades de capital y cuya reproducción resulta indispensable para una mejor comprensión de los hechos, establece: "el socio que pretenda transmitir intervivos su participación o participaciones sociales a persona extraña a la sociedad, deberá comunicarlo por escrito a los Administradores, quiénes acusarán recibo de la comunicación y lo notificarán a los socios en el plazo de quince días.- Los socios podrán optar a la compra dentro de los treinta días siguientes a la notificación, y si son varios los que deseen adquirir las participaciones se distribuirán entre ellos a prorrata de sus respectivas partes sociales.- En el caso de que ningún socio ejercite el derecho de tanteo, podrá adquirir la sociedad esas participaciones en el plazo de otros treinta días, para ser amortizadas,



previa reducción del capital social.- Transcurrido este último plazo sin que ni la sociedad ni los socios hayan ejercitado su derecho de adquisición preferente, el socio quedará libre para transmitir sus participaciones; para acreditar este supuesto bastará con la mera afirmación en tal sentido del transmitente.- Los administradores serán responsables de que se envíen las comunicaciones y se cumplan los plazos previstos en este artículo". La norma estatutaria distingue, pues, entre el derecho de adquisición preferente de los socios y el de la sociedad, permitiendo su actuación sucesiva, de modo que aquellos pueden ejercitarlo previamente y, en su defecto, puede hacerlo la sociedad para amortización de las participaciones previa reducción del capital social.

Ello así, el derecho de adquisición preferente de los socios no queda excluido por la nulidad del acuerdo de renuncia de la sociedad al ejercicio del que a ella le corresponde cuyo plazo se iniciaría una vez transcurrido el concedido a los socios ("en el caso de que ningún socio ejercite el derecho de tanteo, podrá adquirir la sociedad esas participaciones en el plazo de otros treinta días...").

De otro lado, no ha quedado acreditada la vulneración del derecho de adquisición preferente de los demandantes por la razón aducida, esto es, por falta de noticia de la oferta de compra de Noyastar SL realizada el 27 de julio de 2011. Antes al contrario, la certificación de la secretaria del Consejo de Administración de la sociedad Cendón e Hijos SL incorporada a la escritura de compraventa de 2 de septiembre de 2011 establece que en fecha 2 de agosto de 2011 dicho Consejo notificó a los socios la intención de los demandados apelantes de vender sus participaciones sociales, haciéndose constar en la comunicación el número y características de las participaciones a transmitir y la identidad del adquirente, precio y condiciones de la transmisión. Es a partir de aquella fecha que debe computarse el plazo de treinta días previsto en el artículo 8.º de los **estatutos** para el ejercicio del derecho de adquisición preferente por parte de los socios, por lo que dicho plazo había transcurrido con exceso cuando se otorgó la escritura de transmisión. Acreditan igualmente la notificación a los actores de la oferta de compra por Noyastar SL los documentos que con los números 4 y 5 fueron aportados por los apelantes con su contestación.

En lo que atañe al derecho de adquisición preferente que los **estatutos** confieren a la sociedad para amortización de las acciones, cumple señalar la conducta pasiva de la mercantil en relación con la posible adquisición de las participaciones para su amortización, una vez dictada la sentencia de esta Sala que declaró la nulidad del acuerdo de renuncia a su derecho de adquisición preferente. Ni sus representantes legales ni los socios realizaron actividad alguna tendente a la obtención de un acuerdo social sobre posible adquisición de las participaciones cuya transmisión se discute, lo que hace cuando menos cuestionable la legitimación de los demandantes para instar la nulidad de la transmisión en beneficio de la sociedad, con personalidad jurídica diferenciada de la de los socios, falta de legitimación que, como cuestión de orden público procesal, es apreciable de oficio (por todas STS de 18 de diciembre de 2013).

A continuación partiendo de que la ineficacia proclamada por el artículo 112 de la Ley de Sociedades de Capital no ha de producir, con carácter necesario, la nulidad absoluta de la transmisión, se declara en dicha resolución: "La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2007 , sobre caso análogo al aquí analizado, recuerda en relación a los actos contrarios a normas, que el juzgador debe analizar la índole y finalidad de la norma vulnerada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la validez del acto contrario a la ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de nulidad para los supuestos en que concurren trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público. Y añade "en los casos en que se establece específicamente la nulidad del acto contrario a la disposición legal, o esta consecuencia es inherente a su naturaleza y contenido, los efectos de esta sanción legal tampoco revisten carácter absoluto, sino que, mediante la adecuada interpretación de la ley, deben modularse, si resulta procedente, en función de la finalidad prevista en el precepto contrariado y, específicamente, de los derechos o intereses que trata de garantizar, pues la declaración de nulidad no puede tener un carácter desproporcionado en relación con el objeto de la norma que trata de salvaguardarse frente al arbitrio individual mediante tan extremada sanción, especialmente en aquellos casos en los cuales, aun existiendo una contravención, no puede establecerse la existencia de una oposición radical entre el acto celebrado y la finalidad del precepto, pues no toda disconformidad del acto con la norma comporta la sanción de nulidad". En este caso, según ya quedó razonado, no existe infracción del derecho de adquisición preferente de los demandantes respecto a las participaciones sociales y, en lo que atañe a la sociedad, no mostró interés alguno en ejercitar su derecho dentro del plazo previsto en los **estatutos**, a contar desde la firmeza de la sentencia que declaró nulo el acuerdo de renuncia a dicho derecho, de modo que carece de sentido una declaración de nulidad por infracción del derecho de adquisición preferente no ejercitado en tiempo y forma por su titular, lo cual es bastante para rechazar la ineficacia de la transmisión por desproporcionada en relación con la finalidad perseguida por la norma vulnerada. En este sentido, la antes citada STS de 10 de abril de 2007 razona en relación con el artículo 20 de la ley de responsabilidad limitada de 1953 (de contenido análogo al artículo 8.º de los **estatutos** que nos ocupan) que este precepto trata de garantizarse -mediante la imposición de una obligación de comunicación previa por escrito del propósito de



transmitir las participaciones a un extraño- un derecho de adquisición preferente por parte de los socios o, subsidiariamente, de la sociedad, con destino, en este último supuesto, a la amortización con disminución del capital. En consecuencia, la nulidad proclamada en este precepto (artículo 20 IV LSRL de 17 de julio de 1953), aparte de la necesidad de ponerla en relación con lo dispuesto en el artículo 22 LSRL de 1953 (según el cual sin cumplir el requisito de la comunicación de la adquisición por cualquier título de participaciones sociales, no podrá el socio pretender el ejercicio de los derechos que le corresponden frente a la sociedad), no puede ir más allá de los efectos inherentes a la sustracción a los restantes socios del conocimiento de la transmisión de las participaciones sociales a persona extraña a la sociedad y de la consiguiente posibilidad de adquisición preferente de dichas acciones mediante el ejercicio del derecho de tanteo.

La nulidad, en consecuencia, cuyo alcance legal aparece limitado a la imposibilidad de imponer a la sociedad el reconocimiento de la condición de socio por parte del adquirente, no puede, ni siquiera en estos términos, extenderse a aquellos actos de transmisión que se realicen en condiciones tales que, aun habiéndose incumplido la obligación de comunicación por escrito, hayan tenido lugar con conocimiento y consentimiento tácito por parte de los restantes socios de la transmisión efectuada en forma tal que demuestre una absoluta falta de interés en el ejercicio de sus derechos de adquisición preferente (como ocurre cuando la voluntad de transmitir se manifiesta en la junta: STS de 14 de mayo de 1991 y 11 de septiembre de 1999), pues otra cosa equivaldría a atribuir a la sanción legal de nulidad del acto un efecto desproporcionado en relación con el resultado práctico perseguido por la norma".

En el caso analizado se da, además, la circunstancia, de que la condición de socio de la adquirente Noyastar SL ha sido admitido por los interesados palmariamente, una vez dictada sentencia firme en el proceso ordinario 697/2011. La demanda que nos ocupa se presentó el 20 de diciembre de 2012, acaeciendo diversas vicisitudes procesales (suspensión por prejudicialidad civil basada en el proceso ordinario 697/2011 alzada una vez dictada sentencia firme en este proceso, suspensión por acuerdo de las partes y concurso de la mercantil con nombramiento de administración concursal) que determinaron la no celebración de la Audiencia Previa hasta el 5 de noviembre de 2014. En este acto, se admitieron hechos nuevos con aquiescencia de las partes, con aportación de copias de las actas de varias Juntas Generales de la sociedad, entre otras, Junta General extraordinaria de 19 de marzo de 2013 en la que los demandantes votaron a favor de mantener en el cargo de administrador único a Noyastar SL, y Junta de 10 de abril de 2014, después de adquirir firmeza la sentencia recaída en el anterior proceso, por tanto, siendo ya nulo el acuerdo social de renuncia de la sociedad al derecho de adquisición preferente".

Así pues la transmisión operada se consideró eficaz frente a la sociedad, lo cual desde la fecha de la transmisión admitió como socia mayoritaria a la compradora, que actuó como tal, intervino en las diversas Juntas celebradas, pudo votar en los acuerdos debatidos e incluso actuó como administrador único. En suma, siendo válida la transmisión frente a la sociedad, no existiendo óbice alguno para el reconocimiento como socia de la actora adquirente, no existiendo causa o motivo alguno para anular la compraventa al haber concurrido todos los elementos necesarios para la válida prestación del consentimiento, no puede declararse la nulidad solicitada en la demanda, lo que comporta la estimación del recurso de apelación interpuesto, revocándose la resolución apelada, debiendo significarse además que carece de relevancia a efectos de apreciar la existencia de error invalidante del consentimiento el hecho de que se hubiese comunicado o no a la actora la existencia de procedimientos judiciales pendientes, pues no consta que en el momento de la transmisión existiesen, ni se ha alegado en qué forma la existencia de esos pleitos podían haber determinado la prestación del consentimiento.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 398, en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se hace expreso pronunciamiento en relación a las costas de la apelación; imponiendo a la actora las costas causadas en la instancia, en aplicación del principio de vencimiento objetivo contenido en el citado artículo 394 de la Ley Procesal .

Se decreta, igualmente, la devolución a la recurrente de la totalidad del depósito constituido para recurrir.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO:

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Emma , D^a Felicísima , D^a Guadalupe , D^a Loreto y D. Belarmino , la procurador de los tribunales D^a M^a Gloria Sánchez Izquierdo, contra la sentencia dictada el 13 de mayo de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia n^o 3 (antes mixto n^o 6) de los de Ourense, en autos de Procedimiento Ordinario n^o 356714, Rollo de apelación n^o 416/15, que se revoca y se deja sin efecto, acordándose en su lugar desestimar la demanda formulada por la entidad Noyastar, S.L., representada por la procurador de los tribunales D^a M^a Jesús Santana Penin, absolviendo a los demandados



de las peticiones efectuadas en su contra; imponiendo a la actora las costas causadas en la instancia y no haciendo expreso pronunciamiento en relación a las causadas en la apelación.

Devuélvase a la recurrente la totalidad del depósito constituido para apelar.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas optar, **en su caso**, por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional, en el plazo de veinte días siguientes al de su notificación ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ