



Roj: **STS 7812/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:7812**

Id Cendoj: **28079110012012100686**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/11/2012**

Nº de Recurso: **681/2010**

Nº de Resolución: **635/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 10874/2009,**  
**STS 7812/2012**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dos de Noviembre 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 EL CORTE INGLÉS, S.A., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimo-octava) el día veintitrés de diciembre de dos mil nueve, en el recurso de apelación 108/2009, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil 7 de Madrid en los autos 426/2006.

También ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina , contra la expresada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimo-octava) el día veintitrés de diciembre de dos mil nueve, en el recurso de apelación 108/2009.

Ha comparecido ante esta Sala en la doble calidad de parte recurrente y recurrida EL CORTE INGLÉS, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don César Berlanga Torres.

También ha comparecido ante esta Sala en la doble calidad de parte recurrente y recurrida don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina , representados por la Procuradora de los Tribunales doña María Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

1. La Procuradora doña María Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo, en nombre y representación de don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina , interpuso demanda contra EL CORTE INGLÉS, S.A.

2. La demanda contiene el siguiente suplico:

*SUPLICO AL JUZGADO: Que teniendo por presentado este escrito de demanda junto con los documentos que lo acompañan y escritura de poder y copia de todo ello, admita uno y otros, dejando inserta la copia de la escritura de poder mediante copia certificada con devolución del original, teniéndome por comparecido y parte en la representación que ostento y acredito de mis mandantes, D. Jose Carlos , Dña. Agustina y dña. Rosario , y tenga por formulada DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO contra la entidad EL CORTE INGLÉS, S.A. para que seguidos los trámites procesales oportunos, dicte en su día Sentencia por la que:*



A) Declare la libre transmisibilidad de las 51.771 acciones de la Serie A titularidad de D. Jose Carlos , de las 77.597 acciones de las Serie A titularidad de Doña Agustina y de las 76.384 acciones de la Serie A y 107 acciones de la Serie B titularidad, todas ellas de Doña Rosario .

B) Subsidiariamente y para el improbable supuesto de que no se estimase la anterior petición, se declare que la entidad demandada ha incumplido el procedimiento de transmisión intervivos establecido en el art. 17 de los Estatutos sociales iniciado a petición de D. Jose Carlos , Doña Agustina y Doña Rosario y, en consecuencia, se condene a "El Corte Inglés S. A." al cumplimiento forzoso de dicho procedimiento, ordenándole adquirir o en su caso ofrecer su adquisición a los socios que lo deseen las 51.771 acciones de la Serie A titularidad de D. Jose Carlos , por el precio de 10.167.824,40 Euros, las 77.597 acciones de la serie A titularidad de Doña Agustina por el precio de 15.240.050,80 €, y las 76.384 acciones de la Serie A y 107 acciones de la serie B titularidad, todas ellas de Doña Rosario por el precio de 15.211.965,60 €, o subsidiariamente por la suma dineraria que determine un auditor de cuentas experto independiente con cualificación necesaria para efectuar una valoración de las acciones de "El Corte Inglés S. A.", que sea designado por el Registro Mercantil.

(B) Todo ello con expresa imposición a la entidad demandada de las costas que se devenguen en el procedimiento.

3. La demanda fue repartida al Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid que la admitió a trámite, siguiéndose el procedimiento con el número de autos 426/2006 de juicio ordinario.

### **SEGUNDO: LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**

4. En los expresados autos compareció EL CORTE INGLÉS, S.A. representada por el Procurador de los Tribunales don César Berlanga Torres, 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 los documentos que se acompañan y sus copias correspondientes, se sirva admitirlo, tenga por CONTESTADA en tiempo y forma la demanda deducida en contra de mi representada por D. Jose Carlos , D Rosario y D Agustina y, previos los trámites legales oportunos, y atendida la solicitud de suspensión de las actuaciones en el curso en que se haya conforme a lo consignado en el Fundamento de Derecho VII del presente escrito, dicte en su día resolución mediante la que: (i) se desestime íntegramente la demanda planteada; y (ii) en todo caso, se condene expresamente a los actores al pago de las costas procesales generadas.*

### **TERCERO: LA DEMANDA RECONVENCIONAL**

5. El Procurador don César Berlanga Torres, además de contestar a la demanda en nombre y representación de EL CORTE INGLÉS, S.A., reconvino contra don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

*SUPLICO AL JUZGADO Que teniendo por presentado este escrito, con sus copias y documentos adjuntos, se digne admitirlo y, conforme a lo interesado se entienda interpuesta DEMANDA RECONVENCIONAL, en ejecución de una acción de cumplimiento contractual y reclamación de daños y perjuicios contra D. Jose Carlos , D Rosario y D Agustina ; y en mérito a las manifestaciones contenidas en la misma y tras la tramitación oportuna, dicte en su día Sentencia por la que:*

*A.= Se declaren perfeccionados los siguientes contratos de compraventa:*

- Compraventa por parte de EL CORTE INGLÉS, S.A. a Da. Rosario de: (i) 76.384 acciones de la Serie A, numeradas correlativamente de la 27.374.485 a la 27.381.314, de la 30.721.331 a la 30.741.820, de la 32.411.831 a la 32.432.320, de la 36.071.547 a la 36.098.866 y de la 93.793 la 95.046, todas ellas inclusive y; (ii) 107 acciones de la Serie B numeradas correlativamente de la 438.850 a la 438.956, ambos inclusive, por un precio total de 6.189.349,14 euros.

- Compraventa por parte de EL CORTE INGLÉS, S.A. a Da. Agustina de 77.597 acciones de la entidad EL CORTE INGLÉS, S.A. de la Serie A, numeradas correlativamente de la 22.268.831 a la 22.346.427, ambas inclusive, por un precio total de 6.200.776,27 euros.

- Compraventa por parte de EL CORTE INGLÉS, S.A. a D. Jose Carlos de 51.771 acciones de la entidad EL CORTE INGLÉS, S.A. de la Serie A, numeradas correlativamente de la 18.887.831 a la 18.939.601, ambas inclusive, por un precio total de 4.137.020,61 euros.

*B.= Consecuencia de lo anterior, se condene a los actores/reconvenidos a la formalización en escritura pública de los contratos de compraventa citados en el apartado A anterior, así como al endoso a favor de EL CORTE INGLÉS de los títulos representativos de las acciones objeto de tales negocios jurídicos.*



C.= Se condene a los actores/reconvenidos al pago a EL CORTE INGLÉS, en concepto de daños y perjuicios, de todas las cantidades que perciban o hayan percibido de la entidad como titulares de las acciones objeto de los contratos de compraventa cuyo cumplimiento constituye el objeto de la presente reclamación -ya sea por distribución de dividendos o por cualquier otro concepto- desde la fecha en la que los mismos incumplieron con su obligación de acudir a formalizar las pertinentes escrituras públicas de transmisión de acciones (esto es, el 23 de enero de 2006) hasta el momento en que tales negocios jurídicos resulten formalizados y se produzca la efectiva transmisión de las acciones en favor de mi representada.

D.= En todo caso condene a los demandantes/reconvenidos al pago de las costas procesales generadas en esta reconvención.

#### **CUARTO: LA CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN**

6. La Procuradora de los Tribunales doña María Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo, en nombre y representación de don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina contestó a la demanda reconvenicional y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

*SUPLICO AL JUZGADO tenga por presentado este escrito, lo admita, una a los autos de su razón y, en sus méritos, tenga por opuestos a D. Jose Carlos , D Rosario y D Agustina , y por contestada la demanda reconvenicional formulada por "EL CORTE INGLÉS, SA.", y previos los trámites legales oportunos, dicte en su día Sentencia estimando íntegramente la demanda interpuesta por D. Jose Carlos , D Rosario y D Agustina y desestimando íntegramente la demanda reconvenicional interpuesta*

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

7. Seguidos los trámites oportunos, el día catorce de julio de dos mil ocho recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

##### **FALLO**

*Que desestimando íntegramente la Demanda formulada por don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina contra EL CORTE INGLÉS S. A. debo absolver y absuelvo a la entidad demandada de todas las pretensiones contra ella formuladas, con expresa imposición en costas a la parte actora, y que, estimando parcialmente la Demanda Reconvenicional formulada por EL CORTE INGLÉS S. A. contra don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina , debo declarar y declaro perfeccionados los siguientes contratos de compraventa:*

- Compraventa por parte de El Corte Inglés, S. A. a don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina de:

(i) 76.384 acciones de la Serie A, numeradas correlativamente de la 27.374.485 a la 27381.314, de la 30.721.331 a la 30.741.820, de la 32.411.831 a la 32.432.320, de la 36.071.547 a la 36.098.866, y de la 93.793 a la 95.046, todas ellas inclusive;

(ii) 107 acciones de la serie B numeradas correlativamente de la 438.850 a la 438.956, ambos inclusive por un precio total 6.189.349,14 ?.

- Compraventa por parte de El Corte Inglés S. A. a don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina de 77.597 acciones de la entidad de El Corte Inglés S. A. de la serie A numeradas correlativamente de la 22.268.831 a la 22.346,427, ambas inclusive, por un precio total de 6.200.776,27 ?.

- Compraventa por parte de El Corte Inglés S. A. a don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina de 51.771 acciones de la entidad El Corte Inglés S. A. de la serie A, numeradas correlativamente de la 18.887.831 a la 18.939.601, ambas inclusive por un precio total de 4.137.020,61 ?.

*Debo condenar y condeno a los actores reconvenidos a la formalización en escritura pública de los contratos de compraventa citados en el apartado anterior, así como el endoso a favor de El Corte Inglés S. A. de los títulos representativos de las acciones objeto de tales negocios jurídicos, en el plazo de treinta días.*

*Que desestimando la pretensión de reclamación de daños y perjuicios derivados del referido incumplimiento contractual, debo absolver y absuelvo a los actores de la pretensión formulada en este sentido contra ellos y debo condenar y condeno a los actores al pago de las costas procesales causadas, por esta demanda reconvenicional.*

#### **SEXTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN Y SU ACLARACIÓN**

8. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina y seguidos los trámites ante la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimo-octava) con el número de recurso de apelación 108/2009 , el día veintitrés de diciembre de dos mil nueve recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

##### **FALLO**



En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

1) Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña María Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo en nombre y representación de don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina contra la sentencia dictada el 14 de julio de 2008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid , en el procedimiento núm. 426/2006 del que este rollo dimana y, en consecuencia:

a) Revocamos dicha resolución en cuanto que estimó parcialmente la reconvencción y, en su lugar, desestimamos íntegramente la demanda reconvenccional formulada por la entidad "EL CORTE INGLÉS, S.A.", representada por el Procurador César Berlanga Torres contra don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina y, en consecuencia, absolvemos a los demandantes reconvenidos de todos los pedimentos contenidos en la misma, manteniendo la desestimación de la demanda interpuesta por don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina contra "EL CORTE INGLÉS, S.A."

b) No efectuamos expresa imposición de las costas ocasionadas con la demanda ni con la reconvencción.

2) No se efectúa expresa imposición de las costas originadas con el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.

9. La representación Procesal de don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina solicitó la aclaración de la resolución anterior, y el día trece de enero de dos mil diez, el Juzgado dictó auto cuya parte dispositiva dice literalmente:

Por lo anteriormente expuesto DISPONEMOS:

No ha lugar a efectuar aclaración alguna respecto de la sentencia recaída en el presente rolo de apelación, de fecha 23 de diciembre de 2009 .

#### **SÉPTIMO: LOS RECURSOS**

10. Contra la expresada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimo-octava) en el recurso de apelación 108/2009 el día veintitrés de diciembre de dos mil nueve, también recurrió la Procuradora de los Tribunales doña María Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo, en nombre y representación de don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina , e interpuso:

1) Recurso extraordinario por infracción procesal por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con producción de Indefensión, con apoyo en los siguientes submotivos:

Primero: Irracional valoración por la Sentencia recurrida de la aplicación del método de valoración consistente en el descuento de flujos.

Segundo: Irracional valoración por la Sentencia recurrida de la aplicación del método de valoración consistente en el activo neto real.

2) Recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción del art. 1259.2 del Código Civil .

Segundo: Infracción de los arts. 63 , 64, del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 29 , 32 y 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada .

11. Contra la expresada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimo-octava) en el recurso de apelación 108/2009 el día veintitrés de diciembre de dos mil nueve, el Procurador de los Tribunales don César Berlanga Torres, en nombre y representación de EL CORTE INGLÉS, S.A., interpuso:

1) Recurso extraordinario por infracción procesal por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia en su concreción de los principios de congruencia y motivación de las sentencias con apoyo en los siguientes submotivos:

Primero: Motivación errónea, arbitraria y contraria a las reglas de la lógica y la razón, empleando un uso inconsistente de conceptos contables, tributarios y jurídicos.

Segundo: Contradicciones e incongruencias de la sentencia.

Tercero: Sustitución de la valoración realizada en Primera Instancia sin que existan valoraciones o razonamientos erróneos, ilógicos o arbitrarios.

2) Recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción del artículo 1258 del Código Civil , en relación con los arts. 1273 y 1447 del mismo cuerpo legal .

Segundo: Infracción del artículo 1447 del código civil y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, contenida en las sentencias que se citan en el desarrollo del motivo, en relación con el art. 64 de la ley de sociedades anónimas y la norma técnica del instituto de contabilidad y auditoría de cuentas de 23 de octubre de 1991.

Tercero: Infracción del art. 1.3 de la Ley de Auditoría de Cuentas , en relación con el párrafo 8 de la norma técnica del ICAC de 23 de octubre de 1991, y el art. 17 de los estatutos sociales de "EL CORTE INGLÉS, S.A.", por remisión del art. 10 de Ley de Sociedades Anónimas .

Cuarto: Infracción del art. 1445 del Código Civil , en relación con el art. 1261.2º del mismo cuerpo legal .

Quinto: Infracción del art. 1293 del Código Civil ,

#### **OCTAVO: ADMISIÓN DEL RECURSO / DE LOS RECURSOS Y OPOSICIÓN**

12. Recibidos los autos en esta Sala Primera del Tribunal Supremo se siguieron los trámites oportunos con el número de recurso de casación 681/2010.

13. En el recurso se personaron EL CORTE INGLÉS, S.A. bajo la representación del Procurador don César Berlanga Torres, y don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina bajo la representación de la Procuradora doña María Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo.

14. El día seis de septiembre 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 Y EL RECURSO DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de "EL CORTE INGLÉS, S.A." contra la Sentencia dictada, en fecha 23 de diciembre de 2010, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), en el rollo nº 108/2009 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 426/2006, del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid.*

2º) *ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina , contra la Sentencia dictada, en fecha 23 de diciembre de 2010, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), en el rollo nº 108/2009 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 426/2006, del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid.*

3º) *Y entréguese copias de los escritos de interposición de los recurso de casación y de los recursos extraordinarios por infracción procesal formalizados, 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.*

15. Dado traslado de los recursos, el Procurador don César Berlanga Torres en nombre y representación de EL CORTE INGLÉS, S.A. presentó escrito de impugnación con base en las alegaciones que entendió oportunas.

16. A su vez, la Procuradora doña María Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo en nombre y representación de don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina presentó escrito de impugnación con base en las alegaciones que entendió oportunas.

#### **NOVENO: SEÑALAMIENTO**

17. Habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló a tal efecto el día cuatro de octubre, en que ha tenido lugar.

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

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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

#### **PRIMERO: RESUMEN DE ANTECEDENTES**

##### **1. Hechos**

18. Constituyen datos de hecho precisos para enmarcar el conflicto a decidir los recursos objeto de la presente sentencia los siguientes:



1) A fecha 28 de agosto de 2005, la transmisibilidad inter vivos de las acciones de EL CORTE INGLÉS, S.A. (a partir de ahora, también EL CORTE INGLÉS) estaba sujeta a las restricciones previstas en el artículo 17 de los estatutos, a cuyo tenor, en lo que interesa para la decisión del recurso, disponía lo siguiente

*"El propósito de transmitir intervivos acciones de la Sociedad deberá ser notificado por el accionista al Consejo de Administración de forma fehaciente en el domicilio de la Sociedad; se indicará el número y la identificación de las acciones que se propone enajenar"*

*El Consejo de Administración en el plazo de quince días, computado desde el siguiente a la notificación citada, convocará la Junta General Extraordinaria de Accionistas para celebrarse a los quince días siguientes al anuncio de la convocatoria.*

*El Consejo de Administración dará cuenta a la Junta de Accionistas del propósito del accionista de transmitir acciones de la Sociedad.*

*La Junta, a propuesta del Consejo de Administración, tomará alguno de los acuerdos siguientes, por su orden:*

- a) Adquirir las acciones de la Sociedad con cargo al capital social para amortizarlas (...)*
- b) Adquirir las acciones de la Sociedad con sujeción a los requisitos legales vigentes sin amortizarlas (...).*
- c) Ofrecer las acciones a los anteriores accionistas (...).*
- d) Permitir al accionista la libre transmisión de sus acciones.*

*El precio de la adquisición, a falta de acuerdo, será el que corresponde al valor real de la acción, entendiéndose como tal, el que determine el Auditor de la Sociedad o en su defecto, se estará a lo que establece la ley.*

2) El artículo 28 de los estatutos sociales, en su parte bastante a efectos de esta sentencia, disponía:

*La Junta General Extraordinaria, debidamente convocada y reunida, conoce y resuelve con plena eficacia sobre todos los asuntos concernientes a la vida de la Sociedad, incluso la emisión de obligaciones, el aumento o disminución del capital social, la transformación, fusión o disolución de la Sociedad, modificación de los Estatutos, etc.*

*En especial, son facultades de la Junta General Extraordinaria:*

*1º.- (...)*

*2º.- Autorizar al Consejo de Administración la adquisición de sus propias acciones, fijando las modalidades de adquisición, el número máximo de acciones a adquirir, el precio mínimo y máximo de adquisición, y la duración de la autorización.*

3) En la Junta General de 28 de Agosto de 2005, se acordó modificar el artículo 17 de los estatutos sociales que quedó redactado en los siguientes términos:

*La transmisión intervivos de las acciones se ajustará las siguientes reglas:*

*1º) El propósito de transmitir intervivos acciones de la Sociedad deberá ser notificado por el accionista al Consejo de Administración, de forma fehaciente, en el domicilio de la Sociedad; se indicará el número y la identificación de las acciones que se propone enajenar.*

*2º) En el plazo de treinta días naturales a contar desde la recepción de la comunicación, la Sociedad decidirá y comunicará al accionista transmitente si ejercita su derecho de adquisición preferente que habrá de ser sobre la totalidad de las acciones ofrecidas.*

*3º) De no ejercitar la Sociedad su derecho de adquisición preferente (...).*

*6º) El precio de adquisición de las acciones será, salvo acuerdo de las partes en otro sentido, el que corresponda al valor razonable de las acciones, entendiéndose como tal el que determine el Auditor de Cuentas, distinto al de la Sociedad, designado por el Consejo de Administración.*

4) En la propia Junta de 28 de agosto de 2005, se adoptó el siguiente acuerdo:

*Autorizar al Consejo de Administración la adquisición derivativa de acciones propias hasta el límite previsto en la Ley, ratificándose a su vez la totalidad de adquisiciones acordadas por dicho órgano de administración durante los últimos doce meses".*

5) Don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina (en lo sucesivo los demandantes) eran titulares de diversas acciones de las series A y B de la compañía EL CORTE INGLÉS. Todos ellos lo hicieron en contra del acuerdo de modificación del artículo 17 de los estatutos sociales. Por el contrario, votaron a favor de la autorización al Consejo de Administración para la adquisición de las propias acciones.



6) La modificación estatutaria fue inscrita en el Registro Mercantil.

19. También son datos a tener en cuenta para enmarcar el conflicto a decidir los siguientes:

1) Con motivo de la comunicación por el accionista don Pedro Antonio (hermano de los demandantes) de su propósito de transmitir las acciones de EL CORTE INGLÉS de las que era titular, el Consejo de Administración de la compañía cursó comunicación a la auditora de la sociedad DELOITTE, S.A. que rechazó el encargo por entender que incurría en causa de incompatibilidad.

2) A la vista de la negativa de la auditora de la sociedad a valorar las acciones a efectos del ejercicio del derecho de adquisición preferente, el Consejo de Administración designó, a tal fin, al auditor don Bartolomé .

20. Los hechos propiamente litigiosos, en síntesis, son los siguientes:

1) El 15 de diciembre de 2005, los demandantes comunicaron a EL CORTE INGLÉS, S.A. su propósito de transmitir las acciones que indicaban y de las que eran titulares, entendiéndose que debía ponerse en marcha el procedimiento previsto al efecto en el artículo 17 de los estatutos sociales conforme a la redacción mismo inmediatamente anterior a su modificación, por acuerdo de la junta celebrada el 28 de agosto de 2005.

2) En la reunión del Consejo de Administración el 28 de diciembre de 2005 se adoptaron, entre otros, los acuerdos que se transcriben en lo que interesa a efectos de esta sentencia:

*CUARTO.- Haciendo uso de las facultades conferidas al Consejo de Administración por acuerdo de la Junta General de Accionistas de 28 de Agosto de 2005, en relación con el artº. 28 de los Estatutos Sociales, adquirir la totalidad de las acciones de EL CORTE INGLES, S.A., respecto de las cuales los accionistas mencionados han notificado su propósito de transmitir las, por su valor real y razonable determinado por el auditor de cuentas designado a tal fin, D. Bartolomé , correspondiendo dicho valor a un precio unitario de 79,91 e por acción de la Serie A y 799,10 e por acción de la Serie B, con arreglo al siguiente detalle:*

A D<sup>a</sup> Rosario , 76.384 acciones Serie A y 107 acciones Serie B, por su precio total de 6.189.349,14 ?.

A D<sup>a</sup> Agustina ., 77.597 acciones Serie A. por su precio total de 6.200.776,27 ?.

A D. Jose Carlos , 51.771 acciones Serie A, por su precio total de 4.137.020,61 ?.

*SEXTO.- Las referidas compraventas de acciones deberán formalizarse en un plazo no superior a quince días a contar de la recepción de esta comunicación.*

3) Comunicado el acuerdo y requeridos para la formalización de las compraventas, los demandantes rechazaron la formalización de la transmisión por entender vulnerado el procedimiento para fijar el valor de las acciones, regulado en el artículo 17 de los estatutos sociales en la redacción anterior a la modificación que tuvo lugar en la Junta General de 25 de agosto de 2005.

4) La junta general de accionistas de EL CORTE INGLÉS, celebrada el día 27 de agosto de 2006, aprobó ratificar los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración en su sesión celebrada el día 28 de diciembre de 2005, sobre el propósito de transmisión de las acciones de los demandantes, sin que tal acuerdo haya sido impugnado.

*CUARTO.- Se ratifica por el 97'1697% del capital con derecho a voto y con el voto en contra de los hermanos Pedro Antonio Rosario Agustina Jose Carlos que conforman el 2'8303% de dicho capital, el acuerdo adoptado por el Consejo de Administración en su sesión celebrada el 28 de diciembre de 2005, sobre el propósito de transmisión de acciones de El Corte Inglés, S.A. por varios accionistas. Asimismo (...).*

5) Disconformes con la valoración de las acciones hecha por el auditor designado por el Consejo de Administración de la compañía, los demandantes solicitaron a tal efecto un informe de don Marcial y don Santiago . Posteriormente solicitaron otro de don Luis Enrique , ratificado tras el fallecimiento de este por la auditora MAZARS, S.A.

## **2. Posición de los demandantes**

21. Los demandantes, en posición que sintetiza la sentencia recurrida, pretendían, en esencia, que se declarase la libre transmisibilidad las acciones de su titularidad por entender que el CORTE INGLÉS había incumplido las previsiones del artículo 17 de los estatutos sociales. Subsidiariamente interesaban que se declarase incumplido el procedimiento de transmisión inter vivos establecido en el artículo 17 de los estatutos, iniciado a petición de los demandantes y, en consecuencia, se condenase a la demandada al cumplimiento forzoso de dicho procedimiento, ordenando a la sociedad adquirir o, en su caso, ofrecer su adquisición a los socios que lo deseen, a) por un precio para las acciones de la serie A de 196,4 euros, cuyo valor nominal es de 6 euros, y 1964 euros para las acciones de la serie B, cuyo valor nominal se eleva a 60 euros; y b) subsidiariamente, por



la suma dineraria que determinara un auditor de cuentas experto independiente con la cualificación necesaria designado por el Registro Mercantil.

### 3. Posición de la demandada

22. EL CORTE INGLÉS interesó la desestimación de la demanda y, además, reconvino con la pretensión de que se declarasen perfeccionadas a su favor de EL CORTE INGLÉS las compraventas de las respectivas acciones de los demandantes reconvenidos por el precio fijado por su auditor designado por el Consejo de Administración, a razón de 79,91 euros cada acción de la serie A y 799,10 euros cada acción de la serie B, así mismo y que se condenase a los reconvenidos a que otorgaran la correspondientes escrituras públicas y endosaran los títulos representativos de las acciones, y al pago en concepto de daños y perjuicios de todas las cantidades que perciban o hubieran percibido de la entidad como titulares de las acciones objeto de los contratos de compraventa, desde la fecha en que incumplieron su obligación de acudir a formalizar las escrituras públicas de transmisión de acciones hasta el momento en que tales negocios jurídicos resultaran formalizados y se produjera la efectiva transmisión de las acciones a favor de la reconviniendo.

### 4. La sentencia de la primera instancia

23. La sentencia de la primera instancia desestimó totalmente la demanda con imposición de costas a la parte demandante y estimó parcialmente la reconvenición en cuanto a la formalización de la compraventa de las acciones al precio fijado por el auditor designado por el Consejo de Administración de la demandada, rechazando la pretensión indemnizatoria, también con imposición de costas a los demandantes reconvenidos al apreciar una sustancial estimación de la demanda reconvenicional.

### 5. La sentencia de la segunda instancia

24. Recurrida por los demandantes la expresada sentencia, la Audiencia Provincial dejó sin efecto el pronunciamiento que había estimado la reconvenición porque el valor de las acciones fijado por el auditor designado por el Consejo de Administración no era el razonable. Pese a ello desestimó la pretensión de condena de EL CORTE INGLÉS a adquirir las acciones o en su caso ofrecer su adquisición a los socios por el precio suplicado ni ningún otro, ante la inexistencia de datos suficientes y la imposibilidad de remitir a ejecución de sentencia su determinación, por exceder de los límites fijados en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además, mantuvo la desestimación de la demanda.

### 6. Los recursos

25. Contra la expresada sentencia tanto los demandantes y demandados por reconvenición como la demandada y demandante reconvenicional interpusieron sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.

26. Razones sistemáticas aconsejan exponer en primer término la posición de esta Sala sobre la materias objeto de recurso de casación, a fin de facilitar una visión de conjunto de las dos cuestiones planteadas: a) la regularidad del procedimiento seguido en el ejercicio del derecho de adquisición preferente; y b) la posibilidad de controlar el resultado de la valoración de las acciones efectuada por el auditor y, en su caso, su fijación por los tribunales.

## SEGUNDO: LA REGULARIDAD DEL PROCESO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE.

### 1. Identificación de los extremos controvertidos

27. Con carácter previo conviene precisar que en el recurso no se cuestiona que, de conformidad con lo previsto en el artículo 146 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante también TRLSA), vigente en el momento en el que se desarrollaron los hechos, - "[c]uando la modificación estatutaria consista en restringir o condicionar la transmisibilidad de las acciones nominativas, los accionistas afectados que no hayan votado a favor de tal acuerdo no quedarán sometidos a él durante un plazo de tres meses, contados desde la publicación del acuerdo en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil»", el régimen aplicable para el ejercicio por EL CORTE INGLÉS de su derecho de adquisición preferente de las acciones cuya libre transmisión pretendían los accionistas demandantes es el previsto en el artículo 17 de los estatutos en su redacción anterior a la modificada por acuerdo de la junta general de 28 de agosto de 2005.

28. Según las demandantes las pretendidas irregularidades del proceso previsto en el mismo se centran en tres extremos: a) Imposibilidad de que la decisión de adquirir las acciones fuese adoptada por el Consejo de Administración de la sociedad y no por la Junta General. b) Ineficacia de la ratificación efectuada por la junta general que tuvo lugar el 27 de agosto de 2006; y c) Irregularidad de la designación por el Consejo de Administración del auditor que debía fijar el valor razonable de las acciones.





## 2. Posibilidad de que el Consejo de Administración decidiese adquirir las acciones

### 2.1. La competencia para decidir la adquisición derivativa de las propias acciones en el TRLSA.

29. Como afirma la sentencia 889/2004, de 28 de septiembre, con el fin de evitar los peligros vinculados a la adquisición por la sociedad de sus propias acciones, incorporando a nuestro ordenamiento el acervo comunitario (en particular, los artículos 18, 19, 20 y 21 de la segunda Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, modificada por la 92/101/CEE, de 23 de noviembre de 1992, que incorporó el artículo 24 bis), el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas exigió determinados requisitos para tal adquisición (artículo 75), estableció las consecuencias de su falta (artículo 76), reguló unos supuestos exceptuados o de libre adquisición (artículo 77) y sancionó el régimen jurídico de las acciones propias (artículo 79).

30. En el diseño articulado por el TRLSA la decisión empresarial de adquirir de forma derivativa las propias acciones se atribuye al órgano de administración, como lo evidencia el artículo 75 del TRLSA -hoy 146 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo también TRLSC)- que, al exigir como primero de los requisitos para la adquisición de las propias acciones que *"haya sido autorizada mediante acuerdo de la junta general"*, desplaza la decisión sobre los administradores que, eso sí, deben estar previamente autorizados para ello.

31. La norma no sanciona la eventual infracción de tal exigencia con la ineficacia de la adquisición -excepción hecha, de los supuestos en que las acciones propias estén parcialmente desembolsadas de conformidad con el apartado 4 del artículo 75 y el 2 del artículo 76, (salvo que la adquisición sea a título gratuito, y de las que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias)-, sino con la sumisión de las acciones así adquiridas al régimen previsto en el siguiente artículo 76 - hoy 146.4 del TRLSC-.

32. En definitiva, cuando la decisión de adquirir las acciones propias se adopta por el órgano de administración dentro de las competencias que le atribuye la norma, pero con infracción de la exigencia de "autorización previa", la actuación de los administradores, cuyos poderes para vincular a la sociedad son inderogables dentro de ciertos límites, obliga a la sociedad.

### 2.1. La competencia estatutaria delegada para decidir la adquisición derivativa de las propias acciones.

33. Ciertamente, no puede identificarse sin más la decisión adoptada por el órgano legalmente competente, pero sin autorización de la Junta, con lo decidido por el órgano estatutariamente incompetente pero delegado por aquella.

34. El artículo 17 de los estatutos sociales atribuía a la Junta general la decisión de adquirir, el artículo 28 permitía a dicho órgano *"[a]utorizar al Consejo de Administración la adquisición de sus propias acciones"*, lo que nada más puede entenderse en el sentido de que, si los estatutos abocaban la decisión a la Junta, por otro lado permitían delegar su ejercicio al Consejo de Administración. Y no existe base para sostener que la Junta no podía delegar una competencia que la ley no le atribuye y que los estatutos no hacen con carácter no inderogable, por lo que la decisión adoptada por el Consejo de Administración de EL CORTE INGLÉS, se hallaba dentro de las competencias que la Ley asigna a los administradores y dentro de una delegación no impedida estatutariamente. Razón por la que entendemos que fue regularmente adoptada, vinculando a la compañía sin necesidad de ulterior ratificación.

## 3. La ratificación por Junta de las decisiones del Consejo

35. Partiendo de lo expuesto, no resulta necesario examinar los pretendidos efectos sanadores de la innecesaria ratificación por la Junta General de lo decidido por el Consejo si bien no estará de más significar que el artículo 76 del TRLSA no contempla la sanación de la falta de autorización previa y los estatutos guardan silencio sobre este extremo. b) Que los estatutos fijaban los plazos para las distintas fases del proceso de ejercicio del derecho de adquisición preferente por lo que, superados, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 63 del TRLSA -hoy en el 123 del TRLSC- a cuyo tenor *"[e]n cualquier caso, transcurrido el plazo de dos meses desde que se presentó la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado a la misma, se considerará que la autorización ha sido concedida"*, si se entendiese irregular la decisión del Consejo y precisada de ratificación, la pretendida sanación habría tenido lugar transcurrido el plazo fijado por la norma estatutaria. Que la doctrina referida a la inimpugnabilidad de los acuerdos que hayan sido dejados sin efecto o sustituidos válidamente, nada tiene que ver con la pretendida eficacia ex tunc de la ratificación de acuerdos adoptados por órganos incompetentes (en contra de lo que afirma EL CORTE INGLÉS, los estatutos atribuían a la junta la "decisión" no la "fiscalización" del acuerdo). Que la validez formal del acuerdo de ratificación, en cuanto expresión de la voluntad societaria -ya porque en su momento fue regularmente adoptado, ya porque hubieran transcurrido los plazos para su impugnación-, no se proyecta al exterior, vinculando a los socios cuando estos ejercitan frente a la sociedad derechos individuales.



#### 4. Regularidad de la designación por el Consejo de Administración del auditor encargado de valorar las acciones

36. La transmisión voluntaria intervivos de participaciones sociales a favor de terceros no socios, a falta de previsión estatutaria se regula con cierto detalle en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, lo que no es sino la lógica consecuencia de la existencia tipológica de restricciones a su libre transmisibilidad ( artículos 29 y 30 LSRL -hoy 107 y 108 TRLSC).

37. Por el contrario la Ley de Sociedades Anónimas, parte de la inexistencia de restricciones a la libre transmisibilidad de acciones ( artículo 63 TRLSA -hoy 123 TRLSC)-, por lo que se limitó a fijar una reglas mínimas confiando su regulación, en su caso, a los estatutos sociales, guardando silencio sobre la fórmula para fijar el precio para el ejercicio del derecho de adquisición preferente. Por esta razón la remisión a "*lo que establece la Ley*" contenida en el artículo 17 de los estatutos sociales para el caso de que no se determine por el Auditor de la Sociedad, operaba en el vacío.

38. La laguna así creada podría llegar a entenderse en el sentido de que la discordancia en el precio constituye un problema insoluble que, en forma similar a la prevista en el segundo párrafo del artículo 1447 del Código Civil , abocaba a tener por ineficaz el procedimiento y a declarar inaplicable las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones. Pero no ha sido esta la interpretación que han hecho las partes que, han entendido que el silencio estatutario no impide su heterointegración acudiendo a la aplicación analógica de las reglas que disciplinan otros supuestos similares.

39. Las discrepancias de los litigantes radican en que, mientras los accionistas demandantes sostienen la aplicación de las normas que disciplinan la valoración de participaciones en los supuestos de separación y exclusión de socios en las sociedades de responsabilidad limitada, y, por remisión del artículo 32 de la LSRL , en los de ejercicio del derecho de adquisición preferente en las transmisiones mortis causa, EL CORTE INGLÉS mantiene que debe acudirse a lo dispuesto en el artículo 64.1 de la Ley de Sociedades Anónimas para los supuestos de restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones por causa de muerte -hoy 124.2 del TRLSC-.

40. Mientras en el primer caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 100.1 de la LSRL -hoy artículo 353 del TRLSC-, a falta de acuerdo las acciones deberían ser valoradas "*por un auditor de cuentas, distinto al de la sociedad, designado por el Registrador Mercantil del domicilio social*", en el segundo se entendería como valor razonable "*el que determine un auditor de cuentas, distinto al auditor de la sociedad, que, a solicitud de cualquier interesado, nombren a tal efecto los administradores de la sociedad*".

41. La alternativa debe resolverse completando los silencios estatutarios, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil , en cuanto nada impide la heterointegración del contrato social, acudiendo, en primer término, a lo dispuesto para situaciones próximas en el propio tipo societario, como correctamente ha hecho la sentencia recurrida que, además, a mayor abundamiento, pone de relieve que es la solución a la que se llegaría de tratarse de una situación análoga -transmisión intervivos de participaciones- en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, a lo que añadiremos que es el régimen mantenido para tales supuestos en los artículos 107.2.d ) y 124.2 del TRLSC.

### TERCERO: EL CONTROL DE LA VALORACIÓN DEL AUDITOR

#### 1. Identificación de los extremos controvertidos

42. La segunda de las materias litigiosas que los recursos someten a nuestra decisión se refiere a la posibilidad y alcance del control judicial de la valoración de las acciones realizada por el auditor designado por los administradores, plantea las siguientes cuestiones:

- a) Posibilidad de control de la elección del método de valoración de las acciones utilizado por el auditor.
- b) Viabilidad de controlar los datos manejados y el desarrollo de las operaciones.
- c) Sustituibilidad del valor de las acciones determinado por el auditor por otro fijado por los tribunales.
- d) Regularidad de la "actualización negativa" de paquetes minoritarios.

43. La respuesta a las cuestiones planteadas ha sido abordada en parte en nuestras sentencias 332/2012, de 29 de mayo , y 320/2012, de 18 de mayo .

#### 2. Posibilidad de control de la actuación del auditor

##### 2.1. El auditor "arbitrador".



44. Pese a que el apartado 10.b.5 de la resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas que fija la norma técnica para la valoración de acciones de 23 de octubre de 1991, califica al auditor como *"arbitro en la determinación del valor de transmisión o reembolso de las acciones"*, como hemos declarado en la sentencia 926/2007, de 21 de septiembre, se trata de un arbitrador legal, figura distinta a la del árbitro, ya que, como precisa la sentencia 765/2010, de 30 de noviembre, *"este último resulta encargado de dirimir una cuestión entre las partes, mientras que el arbitrador, desempeña una función por encargo de las partes"*. De hecho el artículo 2 de la derogada Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre 1953, disponía que *"no se considerará arbitraje la intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente"*.

45. Este arbitrador no tiene libertad para fijar el valor que considere procedente a su libre albedrío y con independencia de que sea razonable o no, ya que la Ley no tolera la transformación del arbitrio en arbitrariedad y la exigencia de que fije un "valor real" o un "valor razonable" excluye el *merum arbitrium* e impone el deber de actuar de acuerdo con las reglas del arte exigibles en el desempeño del encargo (en este sentido, sentencia 118/2010, de 22 de marzo) o, como indica la sentencia 87/2010, de 9 de marzo, *"queda sujeto a observar un criterio objetivamente adecuado al criterio normal dentro del sector de la comunidad en que se realiza la determinación"*.

## 2.2. El control del "arbitrio".

46. Lógica consecuencia de lo expuesto es que la valoración efectuada por el auditor sea susceptible de impugnación ante los Tribunales (en este sentido, sentencia 87/2010, de 9 de marzo, y las en ella citadas), afirmando la de 10 de marzo de 1986, con referencia al arbitrador del artículo 1447 del Código Civil, que *"a pesar de que ese precepto no regula la posibilidad de impugnación como lo hiciera el derecho histórico (Partida Quinta, título quinto, ley noventa: "... e si éste, en cuya mano lo meten, señalase el precio desaguisadamente, mucho mayor o menor de lo que vale la cosa, entonces deve ser endereçado el precio según alvedrío de omes buenos")*, tanto la doctrina científica, que acude por analogía al artículo mil seiscientos noventa del propio Código, como la Jurisprudencial contenida en las sentencias de veintiuno de abril de mil novecientos cincuenta y seis y veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y seis, dan paso a la posibilidad de tal censura". A su vez la sentencia 822/2006, de 1 de septiembre, declaró que *"la llamada a la equidad no es autónoma, sino ligada a la desviación de las instrucciones señaladas por las partes a los arbitradores"*.

47. En definitiva, cabe el control de la actuación del auditor y su ajuste al mandato legal o estatutario consistente en fijar el "valor razonable", de tal forma que su incumplimiento, además de la responsabilidad a que pudiere dar lugar, permite, cuando el indicado no fuera "razonable", su impugnación sin necesidad de *manifesta iniquitas* (manifiesta iniquidad) o de una actuación de mala fe.

48. No obstante, debe tenerse en cuenta que no existe un único "valor razonable" de acciones y participaciones sociales, habida cuenta de los múltiples factores que pueden influir en su determinación. De ahí que el apartado 8 de la Resolución del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de fecha 3 de enero de 1991, por la que se publica la norma técnica de elaboración del informe especial sobre valoración de acciones, en el supuesto de los artículos 64, 147, 149 y 225 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, afirme que *"sólo puede hablarse de aproximaciones o juicios razonables sobre el valor real"*, lo que permite utilizar, individualmente o combinados entre sí, diversos métodos.

49. Este control necesariamente comprende tanto el examen de la concordancia de las operaciones desarrolladas con el método escogido por el auditor, como el de la propia razonabilidad de éste en función de las circunstancias concurrentes y, en concreto, de la fiabilidad o no de la utilización de un método "estático" para la valoración de acciones de una sociedad que explota una empresa en funcionamiento.

## 3. Posibilidad de sustitución del valor fijado por el auditor

50. Tratándose de la intervención de arbitradores, en nuestro entorno conviven dos sistemas aparentemente diferentes de los que son manifestación el artículo 1592 del Código Civil francés que, después de exigir -en el artículo 1591- que el precio de la venta sea determinado y designado por las partes, dispone que *"[i]l peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente"* (podrá sin embargo ser confiado al arbitraje de un tercero; si el tercero no quisiera o pudiera hacer la valoración, no habrá venta) y el 1473 del Código Civil italiano, a cuyo tenor *"[l]e parti possono affidare la determinazione del prezzo a un terzo, eletto nel contratto o da eleggere posteriormente. Se il terzo non vuole o non pu accettare l'incarico, ovvero le parti non si accordano per la sua nomina o per la sua sostituzione, la nomina, su richiesta di una delle parti, fatta dal presidente del tribunale del luogo in cui stato concluso il contratto"* (las partes pueden confiar la determinación del precio a un tercero, designado en el contrato o a designar posteriormente. Si el tercero no quiere o no puede aceptar el encargo, o bien las partes no se ponen de acuerdo



para su nombramiento o para su sustitución, el nombramiento, a petición de una de las partes, se efectuará por el presidente del tribunal del lugar en que se celebró el contrato).

51. En nuestro sistema el artículo 1447 del Código Civil establece que cuando se deja el señalamiento del precio al arbitrio de persona determinada "*[s]i ésta no pudiere o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato*", lo que interpreta EL CORTE INGLÉS en el sentido de que, en caso de desacuerdo con el "valor razonable" fijado por el auditor, la parte disconforme alternativamente sólo puede impugnar la validez del contrato en su conjunto o no. En definitiva, sostiene que los tribunales nada más pueden confirmar la corrección del mismo o anular el contrato, pero no sustituirlo por otro. Máxime cuando la norma exige que se determine por "un auditor".

52. La expresada interpretación no puede ser acogida por las siguientes razones: El Código Civil declara la ineficacia del contrato en los supuestos en los que la fijación del precio se atribuye a "persona determinada", no en aquellos en los que las partes no han determinado *intuitu personae* la concreta persona que debe fijarlo y en modo alguno excluye la determinación por los tribunales.

53. La atribución de la valoración extrajudicialmente de las acciones a un "auditor", tiene exclusivamente finalidad instrumental con objeto de garantizar la alta cualificación profesional del designado, como lo revela que, tratándose de aportación de participaciones a sociedad anónima o comanditaria por acciones, el "valor real" de las participaciones, -a tenor del artículo 29.2.d) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada vigente en las fechas en las que se desarrollaron los hechos litigiosos, hoy 107.2.d) del TRLSC- se atribuye al "*informe elaborado por el experto independiente*" nombrado por el Registrador mercantil.

54. El vacío estatutario no impide que sean los tribunales quienes fijen el valor de las acciones si los términos del contrato o de los estatutos no lo impiden. En este sentido apuntan los principios de Derecho europeo de los contratos y la propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos de la Comisión de Codificación publicado en el Boletín del Ministerio de Justicia en el 2009 que, si bien no constituyen Derecho positivo, gozan de alta autoridad doctrinal y que disponen -el artículo 6:106 de los principios de derecho europeo de los contratos-: *(1) Cuando la determinación del precio o de cualquier otro elemento del contrato se deje en manos de un tercero y éste no pudiera o no quisiera hacerlo, se presume que las partes han otorgado al juez o tribunal poder para designar a otra persona que se ocupe de ello; (2) Si el precio o cualquier otro elemento fijado por un tercero resulta manifiestamente irrazonable, lo así determinado se sustituirá por otro precio o elemento razonable*; y -el 1277 del anteproyecto de modernización -que "*cuando la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato se haya dejado al arbitrio de un tercero y éste no quisiere o no pudiere hacerlo, los Tribunales podrán designar otra persona que le sustituya en tal cometido, siempre que la designación inicial no haya sido determinante de la celebración del contrato en tales condiciones*".

55. En consecuencia, el valor fijado por el auditor designado al efecto puede ser sustituido por el determinado por el tribunal, incluso con base en informes de expertos que sin ostentar la condición de auditor permitan su concreción, dentro de los límites, claro está, que impone la congruencia, que permite señalar uno inferior incluso en el caso de que no medie solicitud expresa de la parte.

56. No es aplicable al caso la doctrina contenida en las sentencias citadas por EL CORTE INGLÉS ya que: a) la sentencia 207/2007, de 23 de febrero, se refiere a la improcedencia del "precio justo" de una compraventa frente al acordado por las partes, sin que fuese aplicable el artículo 1447 del Código Civil, que la propia sentencia rechaza de plano; b) la sentencia 1112/2000, de 29 de noviembre, se limita a declarar perfeccionado el contrato sin perjuicio de que no se hubiese fijado el precio que califica como extremo pendiente de ejecución; c) la sentencia 1112/2000, de 29 de noviembre, aborda un supuesto en el que se habían designado arbitradores; y d) la sentencia 1319/2006, de 14 de diciembre, nada tiene que ver con el caso enjuiciado al tratarse, de un problema de carga de la prueba del importe del precio fijado de mutuo acuerdo.

#### **4. Inadmisibilidad de la "actualización negativa" de paquetes minoritarios**

57. Sin perjuicio de que en la valoración de acciones y participaciones para determinadas finalidades cabe una actualización "negativa" de los paquetes minoritarios cuando el adquirente se coloca en una posición alejada de la gestión y control de la sociedad, o "positiva" si permite hacerse con ella, en los casos de ejercicio del derecho de adquisición preferente en los que el precepto concreta el precio en el "valor razonable", no puede identificarse con el "precio probable" en un mercado cerrado que podría llegar al monopolio y, a la postre, a su determinación por una de las partes, sino con el valor de la parte proporcional de la empresa -en este caso en función del valor de la empresa en funcionamiento-, de tal forma que huelgan primas de control y descuentos por minoría, ya que en otro caso se penalizaría al transmitente que sufriría un detrimento de su patrimonio en beneficio directo de quien las adquiere por un precio inferior a su valor o al adquirente que debería pagar un sobrepago por ejercitar su derecho.

#### **CUARTO: RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL DE LOS ACCIONISTAS DEMANDANTES**



## 1. Enunciado y desarrollo del motivo

58. El recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por los accionistas demandantes con fundamento en el artículo 469.1. 4º) de la Ley de Enjuiciamiento Civil se enuncia en los siguientes términos:

*Por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con producción de indefensión, del artículo 24 CE, por error patente o notorio e interpretación ilógica o irrazonable de los distintos medios de prueba legalmente previstos.*

59. En su desarrollo, estructurado en dos epígrafes a modo de submotivos, los accionistas recurrentes afirman que su pretensión era impugnar el arbitrio con efectos no meramente anulatorios sino también revisorios, por lo que la sentencia que rechazó el dictamen del auditor designado por el Consejo de Administración, debió proceder a fijarlo y, al no hacerlo por falta de elementos, valoró de forma irracional los informes periciales aportados por la demandante y el dictamen realizado por don Luis Enrique, ratificado tras el fallecimiento de este por la auditora MAZARS, S.A..

### 2. Primer submotivo

60. El primer submotivo, se enuncia en los siguientes términos:

*Sobre la Irracional valoración por la Sentencia recurrida de la aplicación del método de valoración consistente en el descuento de flujos realizada por los peritos Santiago, Marcial y la entidad auditora MAZARS que provoca el erróneo rechazo de sus conclusiones sobre el valor de las acciones.*

61. En su desarrollo la recurrente, afirma que el método de valoración consistente en el descuento de flujos es el único que permite considerar a la empresa como un todo, y que las tres objeciones que pone la sentencia para no aceptar el resultado de la valoración hecha de acuerdo con tal método -necesidad de formular hipótesis de futuro y de elegir un determinado horizonte temporal, la arbitrariedad de la "tasa de descuento" aplicada y a falta de aplicación de prima de iliquidez- es irrazonable porque: a) las previsiones que han servido para la determinación del valor razonable de las acciones de los dictámenes aportados por la parte basándose en el histórico de la compañía, coinciden con los resultados reales de los ejercicios 2005 y 2006; b) la tasa de descuento aplicada se ajusta a la que afirma adecuada DELOITTE, S.A., como auditor de EL CORTE INGLÉS; y c) no procede tener en cuenta la prima de iliquidez a efectos de valoración de acciones de acuerdo con los criterios de la Federación de Expertos Contables Europeos (FEE).

### 3. Segundo submotivo

62. El segundo submotivo, se enuncia en los siguientes términos:

*Sobre la Igualmente irracional valoración por la Sentencia recurrida de la aplicación del método de valoración consistente en el activo neto real realizada por los peritos Santiago, Marcial y la entidad auditora MAZARS que provoca el erróneo rechazo de sus conclusiones sobre el valor de las acciones.*

63. En su desarrollo la recurrente sostiene que la sentencia recurrida valora de forma irracional la prueba referida al valor de las acciones calculado de acuerdo con el método del activo neto real, utilizado de forma subsidiaria y, en concreto, al rechazar el valor de la marca "EL CORTE INGLÉS" y el incremento del valor de los inmuebles, ya que: a) la valoración de la marca efectuada por INTERBRAND en 1.727 millones de euros en el año 2005 se sustenta en datos fiables y, además, no se han valorado el resto de las marcas titularidad de EL CORTE INGLÉS; y b) es adecuado el cálculo del incremento de valor de los inmuebles de acuerdo con el índice de evolución de la vivienda libre, pese a tratarse de una gran superficie.

## 4. Valoración de la Sala

### 4.1. La congruencia de la sentencia.

64. Antes de abordar las concretas cuestiones planteadas en el recurso conviene precisar que la recurrida, en su oposición al recurso, argumenta la congruencia de la sentencia a fin de salir al paso de las afirmaciones de la recurrente referidas a que la cuestión ha quedado imprejudgada.

65. Esta cuestión, sin embargo, no ha sido planteada como motivo independiente del recurso extraordinario por infracción procesal con su correspondiente secuela de vulneración del principio que veda la negativa a juzgar, incluso en caso de duda sobre los hechos, mediante la aplicación de las reglas de la carga de la prueba o acudiendo, de ser preciso, a criterios de equidad decisión - "ex aequo et bono" - o a ejecución de sentencia en una interpretación de la previsión contenida en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ajustada en supuestos singulares a la exigencia de tutela efectiva a fin de evitar el non liquet, según se desprende de los artículos 361 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.7 del Código Civil, que imponen al Juez la obligación de resolver en todo caso los asuntos de que conozca.





66. El recurso se ha centrado en la que se afirma irracional valoración de la prueba y tan solo de forma incidental se dice que la cuestión sometida al tribunal quedaba imprejuizada, pero precisamente por haber valorado irracionalmente la prueba pese a existir elementos para fijar el valor de las acciones. Por ello nos queda vedado el análisis de la decisión desde una perspectiva que no ha planteado el recurso que, reiteramos, no ha identificado como motivo la incongruencia

#### 4.2. La "elasticidad" de la prueba.

67. Ceñido el motivo a la negada racionalidad de la apreciación de la prueba sobre el valor de las acciones, declarado de forma reiterada que en nuestro sistema probatorio rige la regla de apreciación libre, salvo algunas excepciones, y un criterio de elasticidad, de modo que no se exige por la ley una determinada cantidad o entidad probatoria -dosis o tasa de prueba-. Determinar esta dosis es función soberana de los tribunales que conocen en instancia -primera y apelación-, estando vedado su acceso a casación salvo que se incurra en arbitrariedad o irrazonabilidad con infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española (en este sentido, entre otras muchas, sentencias 347/2011, de 30 de mayo, y 485/2012 de 18 julio).

#### 4.3. La valoración de la prueba.

68. La valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva de los juzgadores que conocen en las instancias, no es revisable en el recurso extraordinario por infracción procesal, salvo cuando se conculque el artículo 24.1 de la Constitución Española por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad, que puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada, lo que impide, si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio, por acertado que pueda parecer, así como también postular como más adecuada la valoración de la prueba efectuada por el Juzgado de Primera Instancia frente a la llevada a cabo por el tribunal de apelación (sentencias 88/2011 de 16 febrero . 29 de septiembre de 2009).

#### 4.4. La valoración de la pericia.

69. La jurisprudencia según el que, también ha declarado que nuestro sistema parte de la regla *iudex peritus peritorum*, -de forma idéntica a otros próximos -cómo el artículo 389 del Código Civil portugués, según el que " *a força probatória das respostas dos peritos é fixada livremente pelo tribunal* " (el valor probatorio de las respuestas de los peritos se fija libremente por el tribunal; y el 116 del Código de procedimiento italiano, según el que " *Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge dispoga altrimenti* " (el tribunal debe valorar las pruebas según su prudente arbitrio, a menos que la ley disponga otra cosa)-. Una jurisprudencia sigue tal regla y de ella son muestra las sentencias de 6 de diciembre de 1858 y 14 de septiembre de 1864,

70. Lo dispone de forma clara el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, siguiendo la senda marcada por el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 - "*[[los Jueces y tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos*"-, establece que "*el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica*". Precisa la sentencia 532/2009, de 22 de julio, que "*la prueba pericial debe ser apreciada por el Juzgador según las reglas de la sana crítica, que como módulo valorativo establece el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero sin estar obligado a sujetarse al dictamen pericial, y sin que se permita la impugnación casacional a menos que la misma sea contraria, en sus conclusiones, a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica*" (en este sentido, en un caso con ciertas similitudes. La sentencia 320/2012, de 18 de mayo).

#### 4.5. Desestimación del recurso

71. Partiendo de las premisas expuestas, el recurso debe ser desestimado. La sentencia recurrida, excepción hecha de la referencia a la prima de iliquidez a la que no hemos referido anteriormente, detalla los motivos por los que la prueba resulta insuficiente "*Don: Marcial y Santiago elaboraron su informe sin observar las prescripciones de la regla 10.b.2 de la norma técnica tantas veces citada sobre valoración de acciones (...) la evolución de la marcha de la sociedad en cuanto a inversión y flujos disponibles no se ha cumplido en los dos primeros ejercicios concluidos tras la emisión de su informe (...) En el recurso se mantiene que si la demandada sigue reinvertiendo sus beneficios...generará mayores ventas (...) Sin embargo, tales afirmaciones carecen de base probatoria y, en todo caso, implican una sustancial modificación del escenario planteado (...) las divergencias de unos y otros peritos sobre la corrección de la tasa de descuento aplicada, sin que el tribunal aprecie especialmente ilógicos o desacertados los razonamientos críticos con la tasa elegida por los peritos de la parte actora, muestran la falta de fiabilidad (...) Si la propia parte actora y ahora apelante no asume el valor razonable de las acciones conforme al resultado de dicho dictamen no parece que pueda hacerlo el tribunal (...)*



*Tampoco se ha explicado suficientemente, respecto de este informe, el incremento del flujo de tesorería para la empresa (...) no utilizan datos fiables para calcular las correcciones a aplicar sobre el importe de los fondos propios del balance contable, sino simplemente datos aproximativos, como son los de un informe de valoración de marcas publicado en la prensa económica, sin que existan unas mínimas garantías de fiabilidad acerca del mismo (...) Tampoco se considera correcta la aplicación del índice de precios de la vivienda libre por no existir un índice de grandes almacenes o grandes superficies (...)".. Podrán o no compartirse las razones por las que la Sala de apelación sostiene la insuficiencia de las pruebas practicadas sobre el valor razonable de las acciones, pero desde luego la valoración en modo alguno puede tildarse de ilógica o arbitraria.*

## **RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL DEL CORTE INGLÉS**

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

72. El recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por EL CORTE INGLÉS, se enuncia en los siguientes términos:

*Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia ( art. 469.1.2° de la LEC ) en su concreción de los principios de congruencia y motivación de las sentencias consagrados en los apartados 1 y 2 del art. 218 de la LEC , en relación con el artículo 120 de la Constitución Española (CE ),*

73. Su desarrollo se estructura en tres grandes epígrafes a modo de submotivos que analizaremos de forma individualizada.

### **2. Primer submotivo**

#### *1.1. Enunciado y desarrollo del submotivo.*

74. El primero de los submotivos del recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia en los siguientes términos:

*La Sentencia recurrida contiene una motivación errónea, arbitraria y contraria a las reglas de la lógica y la razón, empleando un uso inconsistente de conceptos contables, tributarios y jurídicos.*

75. La irracionalidad de la motivación deriva, según la recurrente, de que la sentencia afirma que el auditor señor Bartolomé no ha considerado posibles plusvalías latentes referidas al inmovilizado material y activos intangibles, y que se ha limitado a determinar su valor teórico contable en lugar de cuantificar su valor real o razonable, pese a que en su informe deja constancia de que ha tenido en cuenta el valor contable de los fondos propios "corregido por las plusvalías o minusvalías que pudieran ponerse de manifiesto...".

76. Lo que acontece, según el recurso, es que el auditor llega a la conclusión de que "en términos comparativos su desfase valorativo no debiera ser significativo", ya que el impacto de la apreciación conjunta de plusvalías y minusvalías aplicables no era superior al 5%, habida cuenta de los pasivos no contabilizados (efecto fiscal de realización y pasivos laborales) y de que las marcas, al identificar una actividad y no un producto no se pueden separar de la empresa en su conjunto y el fondo de comercio no cumple los requisitos precisos para su reconocimiento en el activo. Añade que el principio contable de importancia relativa o significativa es aplicable no solo a la auditoría de cuentas anuales, sino también a la los informes de determinación del valor razonable o real de acciones.

#### *1.2. Valoración de la Sala*

##### *1.2.1. Motivación de la sentencia vs. valoración de la prueba.*

77. El deber de motivar exige que la sentencia exprese los elementos que permitan conocer cuáles han sido las razones en derecho en que se fundamenta la decisión, como garantía de que no ha sido la consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad ni de un error patente. Pero tal exigencia de motivación no puede servir para cuestionar otros aspectos de la sentencia, como la valoración de la prueba, pues una cosa es explicar las razones por las que el Tribunal llegó a identificar el supuesto de hecho al que la norma vincula la consecuencia jurídica pretendida y otra distinta que hayan sido correctamente valorados los medios que formaron la convicción judicial (en este sentido, entre las más recientes, sentencias 204/2010, de 7 de abril , y 306/2011, de 6 de mayo ). En conclusión, en el presente caso la sentencia está motivada, ya que no deja duda de cuáles son las razones determinantes del rechazo del dictamen del auditor.

##### *1.2.2. Desestimación del submotivo.*

78. Consecuentemente con lo expuesto, procede desestimar el submotivo que, en realidad, lo que pretende es que se revise la valoración del dictamen del auditor.

### **2. Segundo submotivo**

### 2.1. Enunciado y desarrollo del submotivo.

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

*La Sentencia objeto del presente recurso incurre en numerosas contradicciones e incongruencias*

80. En su desarrollo la recurrente afirma que la sentencia: a) admite la regularidad del procedimiento para el ejercicio de su derecho de adquisición preferente, pese a lo cual rechaza la demanda reconvenzional; b) contiene "constantes referencias a una Sentencia de un procedimiento anterior cuando se tratan de dos procedimientos distintos con pruebas diferentes; c) que extiende el poder de revisión del dictamen a los supuestos en los que "el Juzgador no está conforme con el resultado de la valoración".

81. A ello añade que "el precio no es tal por ser justo" y que la sentencia, al afirmar que no tiene elementos probatorios suficientes para determinar el valor real de las acciones, deja sin objeto ni causa el contrato de compraventa, lo que supone una clara y evidente incongruencia de la Sentencia recurrida con las pretensiones articuladas por las partes, pero "sobre todo, lo que evidencia es la absoluta inadecuación de la tesis sostenida por la Sala de revisión jurisdiccional de la valoración de acciones que efectúe un auditor con la posibilidad práctica de tal revisión jurisdiccional".

### 2.2. Valoración de la Sala.

#### 2.2.1. La congruencia interna de la sentencia.

82. La sentencia no incurre en contradicción interna alguna. Ya hemos indicado la extensión de las facultades de los tribunales para controlar la fijación del valor razonable de las acciones, sin que sea obstáculo para su rechazo la regularidad del procedimiento seguido para valorar si el dictamen del auditor que no asigna valor a la marca por identificar una actividad y, simultáneamente, tiene en cuenta minusvalías latentes propias de la venta de activos por separado, se ajusta al encargo estatutario o resulta arbitrario.

83. En contra de lo que sostiene el recurso, la sentencia valora las pruebas practicadas y la remisión a lo argumentado en otra anterior que no produce efectos de cosa juzgada y no provoca contradicción interna alguna.

84. Las facultades de control del tribunal no se limitan exclusivamente al examen de la regularidad formal del método utilizado por el arbitrador y de las operaciones realizadas por el mismo, sino al resultado "razonable" alcanzado, pudiendo rechazar, como ya indicaba el Rey Sabio, los resultados arbitrarios.

#### 2.2.2. La prohibición de "non liquet".

85. De nuevo la referencia a la incongruencia por infracción de la regla "non liquet" no aparece formulada como motivo independiente de recurso extraordinario por infracción procesal, sino de forma tangencial para argumentar que el tribunal carece de facultades "sustitutorias" -de hecho, como se dijo, se opone la recurrente a que se fije un valor para las acciones diferente al determinado por el auditor designado por el Consejo de Administración.

#### 2.2.3. Desestimación del submotivo.

86. Consecuentemente con lo expuesto, procede desestimar el submotivo.

## 3. Tercer submotivo

### 3.1. Enunciado y desarrollo del submotivo.

87. El tercer submotivo del recurso extraordinario por infracción procesal se enuncia en los siguientes términos:

*La Sentencia objeto de recurso ha sustituido la valoración realizada en Primera Instancia sin que existan valoraciones o razonamientos erróneos, ilógicos o arbitrarios, lo que igualmente supone una vulneración del artículo 218 de la LEC.*

88. En su desarrollo, con cita de algunas sentencias de Audiencias Provinciales, afirma que la sentencia recurrida sustituye el criterio independiente y objetivo del Juzgador a guo por un criterio nuevo, pese a que la sentencia dictada en primera instancia había realizado un análisis de la prueba practicada ilógico, arbitrario o contrario a las normas de la experiencia y de la sana crítica y que la facultad de la valoración de la prueba es "exclusiva y excluyente" del Juzgado de primera instancia, al amparo del principio de inmediación consagrado en los arts. 137, 289, 316, 348 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre otros.

### 3.2. Valoración de la Sala

#### 3.2.1. Ámbito de la apelación



89. El submotivo, silenciado en el acto de la vista del recurso, está abocado al fracaso. El artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "[e]n virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o una sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación". Este precepto ha sido interpretado en el sentido de que, como indica el apartado XIII de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil "[l]a apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada".

90. Esta "revisio prioris instantiae" (revisión de la primera instancia), dentro de los límites que imponen la prohibición de la reforma peyorativa y la regla "tantum devolutum quantum appellatum" [se transfiere lo que se apela] o congruencia con el recurso, atribuye al tribunal de apelación el control de lo actuado en la primera con plenitud de cognición "tanto en lo que afecta a los hechos como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris [cuestión jurídica]), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas aplicables al caso", lo que comporta la revisión de la valoración de la prueba por el de apelación con las mismas competencias que el tribunal de la primera instancia (entre otras, sentencias 44/2012, de 15 de febrero, y 455/2012, de 11 de julio).

### 3.2.2. Desestimación del submotivo.

91. Consecuentemente con lo expuesto, procede desestimar el submotivo.

## RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LOS ACCIONISTAS DEMANDANTES

### SEXTO: PRIMER Y SEGUNDO MOTIVOS

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

92. El primer motivo del recurso de casación interpuesto por los accionistas demandantes se enuncia en los siguientes términos:

*Infracción del art. 1259.2 del Código Civil.*

93. En su desarrollo la recurrente sostiene que la decisión del Consejo de Administración de EL CORTE INGLES de 28 de diciembre de 2005 relativo a la adquisición de las acciones de los demandantes, no pudo ser sanado por la ratificación llevada a cabo por la Junta General de 27 de agosto de 2006, dada la falta de competencia de la que adolecía aquél órgano al adoptar el correspondiente acuerdo, sin que sea aplicable la previsión contenida en el artículo 1259.2 del Código Civil, ya que no nos hallamos ante un supuesto de un "contrato celebrado a nombre de otro", sino de un problema competencial; y que los demandantes revocaron su consentimiento el 19 de enero de 2006.

94. Además, añade, que no puede impedir la libre transmisibilidad de las acciones mientras no fue ratificado, ya que comportaría hacer funcionar la cláusula más allá de lo consentido por el principio consagrado en el artículo 63.3.II del TRLSA para las cláusulas de autorización, aplicable analógicamente a las de adquisición preferente, o por lo menos de forma orientadora.

#### 2. Enunciado y desarrollo del segundo motivo

95. El segundo motivo del recurso de casación interpuesto por los accionistas demandantes se enuncia en los siguientes términos:

*Infracción de los arts. 63, 64, del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 29, 32 y 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.*

96. En su desarrollo la recurrente en primer término sostiene que el artículo 63.2 del TRLSA dispone la nulidad de las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción y que, por este motivo, y a fin de reforzar de modo instrumental ese principio el auditor llamado a efectuar la valoración de las acciones o participaciones en los casos de restricciones a su transmisión por actos intervivos, debe ser designado por el Registrador mercantil.

#### 3. Valoración de la Sala

##### 3.1. Interpretación restrictiva de las cláusulas que limitan la libre transmisibilidad de acciones.

97. Las cuestiones planteadas ya han sido sustancialmente respondidas en el segundo de los fundamentos de derecho de esta sentencia, que damos por reproducido. A lo expuesto añadiremos que, fijado convencionalmente un plazo preclusivo para el ejercicio de una facultad o derecho potestativo, el transcurso del tiempo señalado provoca su decadencia. Máxime cuando en nuestro sistema, de forma coherente con la





idea de que la sociedad anónima se constituye sobre una base impersonal e "intuitu pecuniae", rige la regla de libre transmisibilidad de las acciones de las sociedades anónimas, por lo que, si bien en las no cotizadas cabe lícitamente fijar restricciones, como afirma la sentencia 579/1994, de 15 de junio -con doctrina referida al artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, pero aplicable al 63 de la Ley de Sociedades Anónimas - "constituyendo las cláusulas estatutarias que condicionan tal libertad, una derogación convencional de la regla general, por lo que tales cláusulas tendrán que ser establecidas de un modo expreso y claro, y habrán de ser interpretadas restrictivamente".

98. En consecuencia, el ejercicio del derecho de adquisición preferente estaba sujeto al puntual cumplimiento de los cortos plazos fijados en la norma estatutaria -no se ha planteado cuestión sobre la eventual incidencia derivada de la modificación del artículo 97 por la disposición final 1.3. de la Ley 19/2005 de 14 de noviembre -, pero, como hemos indicado, el derecho se ejercitó en tiempo, por lo que la pretendida revocación del consentimiento carecería de consecuencias. Ello, claro está, sin perjuicio de que en el motivo se hace supuesto de la cuestión, ya que la sentencia recurrida afirma de forma expresa que "en todo caso, deberíamos preguntarnos qué es lo que habrían revocado los demandantes. Desde luego, no parece que sea su consentimiento, decisión o voluntad de vender las acciones, por lo que el argumento resulta manifiestamente inconsistente".

### 3.2 Desestimación del submotivo.

99. Consecuentemente con lo expuesto, incuestionado como incide el hecho de que el valor razonable no se haya fijado dentro de dicho plazo, procede desestimar el submotivo.

## RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL CORTE INGLÉS

### SÉPTIMO: PRIMER MOTIVO

100. El primer motivo del recurso de casación interpuesto por EL CORTE INGLÉS se enuncia en los siguientes términos:

*Al amparo del art. 477.1 LEC, y por el cauce del n.º 2º del apartado 2 del mismo precepto, al infringir la sentencia recurrida el artículo 1258 del Código Civil, en relación con los arts. 1273 y 1447 del mismo cuerpo legal, al ser objeto de la reconversión un conjunto de compraventas de acciones donde la determinación del precio se dejó al arbitrio de un tercero, auditor de cuentas, quedando integradas, perfeccionadas y eficaces las compraventas con la intervención del auditor de cuentas arbitrador, sin que este negocio jurídico se haya impugnado conforme exige la doctrina jurisprudencial sobre la conservación del contrato y sus efectos contenida en las sentencias del Tribunal Supremo que se citan en el desarrollo del motivo.*

101. El su desarrollo la recurrente afirma que la Sentencia recurrida "ha acabado accediendo a una acción de nulidad que no se ha ejercitado ni por vía de acción en la demanda ni por vía de excepción frente a la reconversión", ya que era precisa la impugnación del contrato perfeccionado.

102. También sostiene que el arbitrio que determinado el precio de la venta con el arbitrio se produce la "total integración del contrato de venta", de modo que, "la decisión del arbitrador pone fin al estado de pendencia o de interinidad en que el negocio se encontraba", provocando automáticamente la perfección (o la eficacia del contrato si no estaba ya perfeccionado) y haciendo ineludible su impugnación como negocio jurídico para eludir sus efectos obligacionales.

103. Finalmente mantiene que la sentencia desconocería el principio general de conservación del contrato y sitúa su criterio decisorio en una suerte de "tierra de nadie" que deja a las partes sin contrato perfecto en abierta infracción, del artículo 1258 en relación con el 1447, ambos del Código Civil "y los demás preceptos y jurisprudencia citados".

## 2. Valoración de la Sala

### 2.1. La exigencia de precisión de los motivos de casación.

104. El motivo está abocado al fracaso, ya que la genérica alusión al artículo 1258 en relación con el 1447, ambos del Código Civil y de los demás preceptos y jurisprudencia citados, evidencia una referencia formal utilizada para, a su cobijo, reiterar la tesis de la recurrente sobre la imposibilidad de impugnar el valor fijado por el auditor, al socaire de la "perfección" del contrato

### 2.2. La congruencia de la sentencia.

105. La ambigüedad del motivo no deja claro si en el se impugna la congruencia de la sentencia o el exceso de jurisdicción -lo que escapa al recurso de casación-. No obstante, reiteraremos que la decisión del arbitrador puede ser impugnada y anulada o sustituida por los tribunales y, en el caso de autos, la sentencia recurrida





ha procedido a su anulación -lo que entra dentro de la más estricta congruencia- aunque no a su sustitución por insuficiencia de datos fiables -lo que también entra dentro de la congruencia-, y si bien no hizo uso de las facultades de señalarlo *ex aequo et bono* en función de la prueba obrante en autos, ni puso en marcha el mecanismo de dejar su determinación a fase de ejecución de sentencia por entender, que los términos del artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo impedían -a diferencia de la sentencia 1112/2000, de 29 de noviembre, que, bajo el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, consideró perfeccionado el contrato y remitió la concreción del valor de las acciones a ejecución de sentencia-, como hemos indicado en el apartado 81 de esta sentencia, la recurrente se ha opuesto a que se fije un valor para las acciones diferente al determinado por el auditor designado por el Consejo de Administración

### 2.3. La posibilidad de impugnar la concurrencia de uno de los elementos del contrato.

106. La recurrente no ha identificado cual es la norma que la sentencia ha infringido al acoger la impugnación de uno de los extremos esenciales del contrato -la determinación del precio- sin que, además la demandante, de forma simultánea haya demandado la nulidad de todo el contrato. Tal tesis carece de todo apoyo normativo y, además, suplicada como primera de las peticiones de la demanda que se declare "*la libre transmisibilidad de las 51.771 acciones de la Serie A titularidad de D. Jose Carlos, de las 77.597 acciones de las Serie A titularidad de Doña Agustina y de las 76.384 acciones de la Serie A y 107 acciones de la Serie B titularidad, todas ellas de Doña Rosario*", tal pretensión no puede interpretarse nada más que en el sentido de declarar la ineficacia del "contrato" de compraventa en situación de interinidad por falta de determinación del valor razonable de las acciones.

107. Finalmente, si lo que pretende la recurrente es que se declarase la ineficacia de la concreción de uno de los elementos de la transmisión, hay que recordar que ello provoca la nulidad del "contrato" y que la única conclusión razonable en esa situación sería la libre transmisibilidad de las acciones, a lo que la recurrente se ha opuesto.

### 2.2. Desestimación del motivo.

108. Consecuentemente con lo expuesto, procede desestimar el motivo

## OCTAVO: SEGUNDO MOTIVO

109. El segundo motivo del recurso de casación interpuesto por EL CORTE INGLÉS se enuncia en los siguientes términos:

*Al amparo del art. 477.1 LEC, y por el cauce del n° 2° del apartado 2 del mismo precepto, al infringir la sentencia recurrida el artículo 1447 del código civil y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, contenida en las sentencias que se citan en el desarrollo del motivo, en relación con el art. 64 de la ley de sociedades anónimas y la norma técnica del instituto de contabilidad y auditoría de cuentas de 23 de octubre de 1991, en cuanto se ha desconocido la naturaleza de la función arbitadora o integradora del auditor de cuentas designado por la sociedad para determinar el valor real o razonable de las acciones objeto de compraventa y los límites a su revisión jurisdiccional.*

110. En su desarrollo la recurrente sostiene que los tribunales no pueden llevar a cabo una determinación *ex novo* y la sustitución o revisión del precio del contrato de compraventa del fijado por el arbitrador. Al así hacerlo la sentencia recurrida, infringe, según la recurrente la doctrina contenida en las sentencias que cita de 21 de Abril de 1956, 23 de Abril de 1964, 10 de Marzo de 1986, 11 de Diciembre de 1987, 9 de octubre de 1990, 24 de Junio de 2003, 1 de septiembre de 2006 y 14 de diciembre de 2006. Además, añade que no resulta aplicable la posición mantenida por nuestro derecho histórico ya que la posibilidad de revisión de la decisión de los arbitradores hay que ponerla en relación con la vigencia en aquellas fechas de la rescisión por lesión *ultra dimidium*.

## 2. Valoración de la Sala

2.1. *El control de la valoración razonable de las acciones por los tribunales se extiende a la "revisión" del fijado por el auditor.*

111. La cuestión planteada ya ha sido respondida en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia, que damos por reproducido, a lo que añadiremos que ninguna de las sentencias citadas por la recurrente restringe las facultades de los tribunales para revisar el precio fijado por el arbitrador que la sentencia 320/2012, de 18 de mayo, admite que el control de la valoración razonable de las acciones por los tribunales se extiende a la revisión y sustitución del fijado por el auditor; y c) que tal revisión o sustitución, nada tiene que ver con la rescisión por lesión enorme de nuestro derecho histórico, sino con el incumplimiento por el designado del encargo fijar el valor razonable de las acciones-.



## 2.2. Desestimación del motivo.

112. Consecuentemente con lo expuesto, procede desestimar el motivo.

### **NOVENO: TERCER MOTIVO.**

113. El tercer motivo del recurso de casación interpuesto por EL CORTE INGLÉS se enuncia en los siguientes términos:

*Al amparo del art. 477.1 LEC y por el cauce del n° 2 del apartado 2 del mismo precepto, al infringir la sentencia recurrida el art. 1.3 de la Ley de Auditoría de Cuentas , en relación con el párrafo 8 de la norma técnica del ICAC de 23 de octubre de 1991, y el art. 17 de los estatutos sociales de "EL CORTE INGLÉS, S.A.", por remisión del art. 10 de Ley de Sociedades Anónimas , en cuanto a la competencia exclusiva del auditor de cuentas para llevar a cabo la determinación del valor real o razonable de las acciones de EL CORTE INGLÉS, S.A., vedando la posibilidad de sustituir dicha determinación por la valoración del órgano judicial.*

114. En su desarrollo la recurrente, después de referirse a que la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de julio de 2008 , cuya fundamentación integra la de la recurrida, y mostrar su conformidad con que el dictamen de dicho auditor no puede valorarse en la sentencia como un informe pericial más, mantiene que, en contra de lo afirmado en aquella sentencia la función valorativa del artículo 17 de los Estatutos de EL CORTE INGLÉS o del artículo 64 TRLSA es una función de auditoría de cuentas por lo que no puede suplirse la revisión del auditor de cuentas fijando un precio contradictorio porque no es misión de los órganos judiciales integrar resoluciones jurídicas sin una encomienda voluntaria o legal, y porque carece de la competencia técnica necesaria.

115. También denuncia que la sentencia recurrida no identifica las pretendidas infracciones de las normas técnicas de auditoría, por lo que incurre en extralimitación subjetiva al entrar en el campo de actuación reservado a los auditores de cuentas.

### **Valoración de la Sala**

116. El motivo está abocado al fracaso ya que, con independencia de que la infracción de la norma técnica del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas -cuya eficacia normativa delimita la sentencia de la Sala Tercera de este Tribunal de 27 de octubre de 1997 - y la de los estatutos societarios no constituyen soporte hábil para sustentar el recurso de casación-, en el se insiste de nuevo en que los tribunales carecen de facultades revisoras de las valoraciones realizadas por los auditores, con el argumento de que la determinación del valor razonable de las acciones constituye una actividad susceptible de ser calificada como "auditoría" de conformidad con lo previsto en el artículo 1.3 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas -vigente en la fecha de los hechos-, por lo que la cuestión planteada ya ha sido respondida en el fundamento de derecho tercero que damos por reproducido.

### **DÉCIMO: CUARTO MOTIVO**

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

117. El cuarto motivo del recurso de casación interpuesto por EL CORTE INGLÉS se enuncia en los siguientes términos:

*Al amparo del art. 477.1 LEC, y por el cauce del n ° 2° del apartado 2 del mismo precepto, al infringir la sentencia recurrida el art. 1445 del Código Civil, en relación con el art. 1261.2° del mismo cuerpo legal sobre esencialidad del precio en la compraventa, al haber precedido la sentencia recurrida a dejar sin precio las compraventas de acciones de EL CORTE INGLÉS, S.A. tras el ejercicio en forma por la sociedad de su derecho estatutario de adquisición preferente*

118. En su desarrollo la recurrente sostiene que el informe valorativo del auditor de cuentas correctamente designado fijó el precio de la compraventa y, en consecuencia, al concurrir la totalidad de los elementos esenciales del contrato previstos en el artículo 1261 del Código Civil en general y 1445 para la compraventa, por lo que el mismo no puede ser dejado sin efecto.

#### **2. Valoración de la Sala**

##### **2.1. La prohibición de hacer supuesto de la cuestión.**

119. La función nomofiláctica o de control en la interpretación y aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial que cumple el recurso de casación, exige que las cuestiones jurídicas que se planteen respeten los hechos o base fáctica de la sentencia impugnada (en este sentido, sentencia 263/2012, de 25 de abril y las en ella citadas), razón por la que el motivo está abocado al fracaso al hacer supuesto de la cuestión y partir de un hecho frontalmente contrario al proclamado por la sentencia recurrida.



## 2.2. Desestimación del motivo.

120 Consecuentemente con lo expuesto, procede desestimar el motivo ya que, en contra de lo pretendido por la recurrente, el auditor designado correctamente no cumplió el encargo estatutario fijar el valor real de las acciones-, al señalar otro arbitrario totalmente inhábil para completar el contrato en este sentido la sentencia recurrida declara de forma contundente *que "la decisión del Sr. Bartolomé no ha sido razonable y, por tanto, ha de considerarse arbitraria, con lo que el arbitrador no se ha ajustado a las reglas que debió seguir para fijar el precio de la transmisión"*.

### **DÉCIMO PRIMERO: QUINTO MOTIVO**

121. El quinto motivo del recurso de casación se enuncia en los siguientes términos:

*Al amparo del art. 477.1 LEC , y por el cauce del n° 2° del apartado 2 del mismo precepto, al infringir la sentencia recurrida el art. 1293 del Código Civil , que excluye en nuestro ordenamiento, con carácter general, la rescisión por lesión de los negocios jurídicos, al determinar la sentencia recurrida ese efecto rescindente (no solicitado) por una diferencia en la valoración de los bienes objeto de compraventa, en contra del principio establecido en el precepto invocado y sin amparo en ninguna otra norma positiva*

122. En su desarrollo la recurrente sostiene: a) que la sentencia recurrida trata de llevar a cabo una revisión alternativa del precio fijado y, al no poder concretarla, pero con la convicción de que el precio tenía que ser manifiestamente superior, como carece de los elementos necesarios para fijarlo deja sin efecto el contrato, por lo que, aunque el caso de autos no encaja en los números 1 y 2 del artículo 1291 del Código Civil los efectos de la sentencia son exactamente los que regula el artículo 1293 del Código civil para los contratos rescindibles por lesión; y b) que las diferencias de valor entre lo convenido (por remisión al arbitrio de un tercero) y lo "real" o "razonable" a criterio del Juzgado no pueden conducir a la ineficacia del negocio jurídico ya que nuestro ordenamiento civil excluye la rescisión por lesión.

## **2. Valoración de la Sala**

### 2.1. La desconexión entre el motivo y la sentencia recurrida

123. Constituye causa de inadmisión del motivo, que en esta fase del proceso se erige en impedimento para su estimación, según la letra c) del apartado sexto del acuerdo de esta Sala de 30 de diciembre de 2011, la alegación de cuestiones que no afecten a la *ratio decidendi* de la sentencia.

### 2.2. Desestimación del motivo.

124. Consecuentemente con lo expuesto, procede desestimar el motivo construido de forma artificiosa y desconectada de la sentencia recurrida, ya que, si bien es cierto que el Código Civil no admite la rescisión por lesión fuera de los supuestos previstos en los números 1 ° y 2° del artículo 1291 , la sentencia recurrida no ha hecho aplicación de tal instituto. No ha comparado el precio fijado con el precio razonable, sino el encargo al auditor fijar el valor real de las acciones- con su resultado valor arbitrario-, lo que, a diferencia de lo que se pretende, no supone tener por fijado un precio lesivo, sino simplemente a no tener por fijado el valor razonable.

### **DECIMO SEGUNDO: COSTAS**

125. Procede imponer las costas causadas por sus recursos a las recurrentes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil

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

## **FALLAMOS**

Primero: Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina , representados por la Procuradora de los Tribunales doña María Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimo-octava) el día veintitrés de diciembre de dos mil nueve, en el recurso de apelación 108/2009 interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil 7 de Madrid en los autos 426/2006.

Segundo: Imponemos a los expresados recurrentes don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal que desestimamos.

Tercero: Desestimamos el recurso de casación interpuesto por don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina , representados por la indicada Procuradora doña María Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo, contra la referida sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimo-octava) el día veintitrés de diciembre de dos mil nueve, en el recurso de apelación 108/2009.



Cuarto: Imponemos a los expresados recurrentes don Jose Carlos , doña Rosario y doña Agustina las costas causadas por de casación que desestimamos.

Quinto: Desestimamos el recurso el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por EL CORTE INGLÉS, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don César Berlanga Torres, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimo-octava) el día veintitrés de diciembre de dos mil nueve, en el recurso de apelación 108/2009, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil 7 de Madrid en los autos 426/2006.

Sexto: Imponemos a la expresada recurrente EL CORTE INGLÉS, S.A. las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal que desestimamos.

Séptimo: Desestimamos el recurso de casación interpuesto por EL CORTE INGLÉS, S.A., bajo la representación antedicha, contra la indicada sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimo-octava) el día veintitrés de diciembre de dos mil nueve, en el recurso de apelación 108/2009.

Octavo: Imponemos a la expresada recurrente EL CORTE INGLÉS, S.A. las costas causadas por el recurso de casación que desestimamos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel .- 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.