



Roj: **STS 4587/2012 - ECLI:ES:TS:2012:4587**

Id Cendoj: **28079110012012100399**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2012**

Nº de Recurso: **1638/2009**

Nº de Resolución: **320/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VA 386/2009,**  
**STS 4587/2012,**  
**ATS 8980/2012**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Mayo 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 don Miguel Ángel , doña Francisca y don Apolonio , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª), el día veintiocho de abril de dos mil nueve, en el recurso de apelación 332/2008, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Valladolid en los autos 554/2007 de juicio ordinario.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente don Miguel Ángel , doña Francisca y don Apolonio , representados por la Procuradora de los Tribunales doña SUSANA GÓMEZ CASTAÑO.

En calidad de partes recurridas han comparecido:

- 1) Don Donato representado por la Procuradora doña MERCEDES ALBI MURCIA.
- 2) TOQUERO ESTRUCTURAS METÁLICAS, S.L, representada por la Procuradora de los Tribunales doña MERCEDES ALBI MURCIA.
- 3) DON Francisco , representado por la Procuradora de los Tribunales doña MARÍA LUISA LÓPEZ- PUIGCIVER PORTILLO.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

1. La Procuradora de los Tribunales doña VICTORIA SILIO LOPEZ, en nombre de doña Socorro , don Miguel Ángel , doña Francisca y don Apolonio , interpuso demanda contra TOQUERO ESTRUCTURAS METÁLICAS S.L., don Francisco y don Donato .

2. La demanda contiene el siguiente suplico:

*SUPLICO AL JUZGADO. Que teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, por parte en quién represento y por interpuesta DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO CONTRA D. Donato ; TOQUERO ESTRUCTURAS METÁLICAS S.L. Y D. Francisco y previos los trámites legales oportunos, previo recibimiento del procedimiento a prueba que desde este momento se solicita, se dicte sentencia por la que*



1º.- Se declare nula, y por lo tanto sin efecto la valoración realizada por el auditor D. Francisco , de las participaciones nº 1501 a la 3.000 de la mercantil TOQUERO ESTRUCTURAS METÁLICAS S.L. sobre las que D. Donato , ha ejercido su derecho de adquisición preferente.

2º.- Se fije el valor razonable de las antedichas participaciones sociales nº 1501 a la 3.000 de la mercantil TOQUERO ESTRUCTURAS METÁLICAS S.L. en el valor que determine el auditor de cuentas designado por ese Juzgado, en los términos solicitados en la presente demanda.

3º.- subsidiariamente, y en el improbable supuesto, que se considere que la valoración de las participaciones sociales antes referidas debe realizarse a fecha de 31 de Diciembre de 2.005, se fije su valor en 789,30 euros por participación de acuerdo con el valor de las mismas fijado por el Auditor D. Paulino .

4º.- Expresa condena en costas a los demandados si se opusieran a la presente demanda.

3. La demanda fué repartida al Juzgado de Primera Instancia número 12 de Valladolid que la admitió a trámite siguiéndose el procedimiento con el número 544/2007 de juicio ordinario.

## SEGUNDO: LAS CONTESTACIONES

4. En los expresados autos compareció don Donato , representado por el Procurador de los Tribunales don FERNÁNDO VELASCO NIETO que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia en los siguientes términos:

*SUPLICO AL JUZGADO: tenga por presentado el presente escrito, con sus documentos y copias, en tiempo y forma, acuerde tenerme por personada, parte y opuesta en nombre de DON Donato , ya citado circunstanciado, por contestada a la demanda, y con base a los hechos y fundamentos de derecho expuestos y tras los trámites oportunos se dicte sentencia en la que desestimando las pretensiones aducidas por la parte actora, se la condene en costas del presente procedimiento, por ser de justicia que pido en Valladolid, a 17 de septiembre de 2007.*

5. También compareció don Francisco , representado por el Procurador de los Tribunales don JOSE LUIS MORENO GIL, contestando a la demanda y suplicando al Juzgado:

*SUPLICO AL JUZGADO, tenga por presentado este escrito y sus copias, lo admita, y a mi por parte en nombre de quien comparezco y, previos los trámites legales oportunos se dicte en su día sentencia por la que se desestimen íntegramente las pretensiones de los demandantes y se absuelva a mi representado, con imposición de costas a la parte actora.*

6. La Procuradora doña ALICIA PEREZ GARCIA en nombre y representación de TOQUERO ESTRUCTURAS METALICAS S.L., compareció en el Juzgado y contestó a la demanda suplicando:

*SUPLICO AL JUZGADO; tenga por presentado el presente escrito, con sus documentos y copias, en tiempo y forma, acuerde tenerme por personada, parte y opuesta en nombre de la mercantil Toquero Estructuras Metálicas SL, contestada a la demanda, y con base a los hechos y fundamentos de derecho referidos y se dicte sentencia en la que desestimando las pretensiones de la parte actora, se la condene en costas del presente procedimiento, por ser de justicia que pido en Valladolid, a DOS DE OCTUBRE DE 2007.*

## TERCERO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA

7. El uno de julio de dos mil siete el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Valladolid, dictó sentencia en los expresados autos de juicio ordinario 544/2007, cuya parte dispositiva es como sigue:

*Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por D<sup>a</sup>. Socorro y don Miguel Ángel , D<sup>a</sup>. Francisca y don Apolonio , representados por el/la Procuradora D/D<sup>a</sup> Victoria Silió López contra don Donato , don Francisco y frente a Estructuras Metálicas S.L.:*

*1º DEBO Y DECLARO NULA y por tanto sin efecto, la valoración realizada por el auditor, don Francisco , de las participaciones nº 1501 a 3.000 de la mercantil TOQUERO ESTRUCTURAS METALICAS S.L., sobre las que don Donato ha ejercitado su derecho de adquisición preferente.*

*2º SE FIJA EL VALOR RAZONABLE de las antedichas participaciones sociales nº 1.501 a 3.000 de la mercantil TOQUERO ESTRUCTURAS METALICAS S.L. en la suma de 639.190,50E, a razón de 426,127 E casa una de ellas. Condenando a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones.*

*Todo ello con imposición de las costas procesales a los demandados.*

## CUARTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN Y SU ACLARACIÓN

8. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por las respectivas representaciones procesales de TOQUERO ESTRUCTURAS METÁLICAS S.L., don Francisco y don Donato y seguidos los



trámites ante la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª) con el número de recurso apelación 332/2008, el día veintiocho de abril de dos mil nueve recayó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

*Se estiman los recursos de apelación formulados por las representaciones procesales de D. Francisco y de TOQUERO ESTRUCTURAS METALICAS SL y se estima en parte el recurso de apelación formulado por la representación procesal D. Donato contra la sentencia dictada el día 1 de Julio de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia número doce de Valladolid en los autos de juicio Ordinario de los que dimana el presente rollo de sala, resolución que se revoca en el sentido de absolver a D. Francisco y a Toquero Estructuras Metalicas SL de los pedimentos formulados en la demanda presentada por Dª Socorro , D. Miguel Ángel , Dª Francisca Y D. Apolonio , así como en el sentido de fijar el valor razonable de las participaciones sociales número 1501 a 3000 de la entidad Toquero Estructuras Metalicas SL en la suma de 651.895,50 euros, a razón de 434,597 euros cada participación, confirmando dicha resolución en cuanto al resto de sus pronunciamientos con imposición a la parte actora de las costas de la Primera Instancia relativas a los codemandados absueltos, y sin hacer expresa imposición del resto de las costas de la Primera Instancia ni tampoco de las causadas en esta alzada.*

*Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.*

9. Suplicada la aclaración de la sentencia por la representación procesal de don Donato , el día cuatro de junio de dos mil nueve, la Audiencia Provincial de Valladolid dictó auto cuya parte dispositiva dice:

*LA SALA ACUERDA: Se aclara la sentencia de fecha 28-04-09 RECAIDA EN EL PRESENTE Rollo de la Sala en el sentido de rectificar el error material padecido en la misma fijándose en consecuencia en 378,71 euros el valor de cada una de las participaciones sociales nº 1501 a 3000, lo que arroja un total de 568,065 euros.*

#### **QUINTO: LOS RECURSOS**

10. Contra la expresada sentencia dictada en el recurso de apelación 332/2008 por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª), la Procuradora de los Tribunales doña SUSANA GÓMEZ CASTAÑO en nombre y representación de don Miguel Ángel , doña Francisca y don Apolonio , interpuso:

1) Recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con base:

- a) Como primer submotivo, en la infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .
- b) Como segundo submotivo, en infracción del artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .
- c) Como tercer submotivo, al amparo del artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de los artículos 5.2 y 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Segundo: Vulneración del artículo 24 de la constitución , se alega que las anteriores infracciones le han producido indefensión.

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

Primero: Por infracción del artículo 32.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , en relación con el artículo 6.3 del Código Civil .

Segundo: Infracción del artículo 100.1 de la LSRL , en relación con el artículo 6.3 del Código Civil .

Tercero: Infracción del artículo 100.2 de la LSRL . en relación con las consideraciones contenidas en la Resolución del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 23 de octubre de 1991.

Cuarto: Infracción del artículo 6.3 del Código Civil .

#### **SEXTO: ADMISIÓN DE LOS RECURSOS Y OPOSICIÓN**

11. Recibidos los autos en esta Sala Primera del Tribunal Supremo se siguieron los trámites oportunos con el número de recurso de c casación 1638/2009.

12. Personada doña SUSANA GÓMEZ CASTAÑO en nombre de don Miguel Ángel , doña Francisca y don Apolonio , representados por la Procuradora de los Tribunales doña SUSANA GÓMEZ CASTAÑO, el día veintidós de junio de dos mil diez la Sala dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente

*LA SALA ACUERDA*

*1º) ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN, interpuestos por la representación procesal de D. Miguel Ángel , Dª Francisca y D. Apolonio , contra la Sentencia dictada, en fecha 28 de abril de 2009 , aclarada por Auto de 4 de junio de 2009, por la Audiencia Provincial de*



Valladolid (Sección 3ª), en el rollo nº 332/2008 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 544/2007, del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Valladolid.

2º) Y entréguese copia de los escritos de interposición de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación 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.

13. Dado traslado de los recursos, don Donato representado por la Procuradora doña MERCEDES ALBI MURCIA, TOQUERO ESTRUCTURAS METÁLICAS, S.L, representada por la Procuradora de los Tribunales doña MERCEDES ALBI MURCIA y don Francisco, representado por la Procuradora de los Tribunales doña MARÍA LUISA LÓPEZ-PUIGCIVER PORTILLO, presentaron sendos escritos de impugnación de los recursos formulados de contrario con base en las alegaciones que entendieron oportunas

#### **SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO**

14. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día veinticinco de abril de dos mil doce.

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**

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

1) El 11 de septiembre de 2005 falleció don Miguel Ángel que en aquellas fechas era titular del 50% de las participaciones sociales de la compañía Toquero Estructuras Metálicas S.L. siendo sucedido por sus hijos, don Miguel Ángel, doña Francisca y don Apolonio que en la escritura de partición de herencia valoraron las mismas de acuerdo con la contabilidad social a 31 de diciembre de 2004 en 390.857,57 euros (a razón de 260,57 euros cada participación).

2) Don Donato ejerció el derecho de adquisición preferente de las participaciones sociales previsto en el artículo de los estatutos sociales para caso de transmisión mortis causa de las mismas

3) El Auditor don Francisco, designado por el Registrador Mercantil, emitió dictamen en los siguientes términos:

*Las participaciones sociales objeto de la transmisión consisten en 1500 participaciones sociales, números 1.501 a 3.000, de la mercantil ESTRUCTURAS METÁLICAS TOQUERO, SL., con un valor nominal de 60,10 euros por participación social*

*Nuestro trabajo ha incluido, entre otros, los siguientes procedimientos:*

*a.- Revisión de las últimas cuentas anuales aprobadas y auditadas a 31 de diciembre de 2005.*

*b.- Obtención de los estados financieros posteriores y referenciados a 31 de diciembre de 2006 y realización de comparaciones analíticas en base a datos históricos de ejercicios anteriores.*

*e.- Lectura de las actas de juntas generales de accionistas.*

*d.- Confirmación por parte de la dirección de la no existencia de pasivos contingentes o compromisos importante a la fecha del balance auditado y hasta la fecha de emisión del presente informe.*

*e.- Confirmación por parte de la dirección de la no existencia de modificaciones en el capital social o cambios importantes en deudas a largo plazo o capital circulante.*

*f.- Determinación del valor de la transmisión en base a la siguiente metodología:*

*Valor del activo neto real o valor sustancial: valor contable de los fondos propios, corregido por las plusvalías tácitas que pudieran ponerse de manifiesto en los bienes derechos y obligaciones de la sociedad a la fecha de referencia.*



En base al trabajo realizado, hemos determinado un valor total de las 1500 participaciones sociales de 555.356,64 euros, resultando, por tanto, un valor unitario de 370,237 euros por participación social.

4) Don Donato ejerció el derecho de adquisición preferente y a tal efecto en el procedimiento de consignación 503/2007 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Valladolid, procedió a consignar 555.356,64 euros siendo declarada la consignación bien hecha.

## 2. Posición de la demandante

16. La posición de los demandantes aparece perfectamente descrita en el fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida que seguidamente transcribimos: *"los herederos del socio difunto de una Sociedad de Responsabilidad Limitada interesan se declare la nulidad de la valoración realizada por el auditor de cuentas designado por el Registro Mercantil respecto de las participaciones sociales propiedad de su causante, sobre las que uno de los consocios ha ejercido el derecho de adquisición preferente que al efecto se le reconoce en los Estatutos Sociales para el supuesto de transmisiones mortis causa, conforme a lo dispuesto en el art. 32 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, así como que se proceda a fijar su valor real a la fecha del fallecimiento por perito judicial"*, a lo que añadiremos que en la demanda se fija el mismo en 718,80 euros por cada una de las participaciones.

17. Como con precisión indica la sentencia recurrida, la demanda dirigida contra el socio adquirente de las participaciones y, además, contra la propia Sociedad y contra el auditor que elaboró el informe, se sustentó *"en primer lugar, en la infracción por el auditor de la regla imperativamente impuesta en el citado art. 32 LSRL respecto del momento al que ha de referirse la valoración de las participaciones, ya que en vez de hacerlo a la fecha de fallecimiento del socio, 11 de septiembre de 2005, se hace a la fecha de cierre del ejercicio social, es decir a 31 de Diciembre de 2005;"* y, en segundo lugar, en la imputación *"al informe del auditor de haber incurrido en defectos tanto procedimentales cuanto de fondo que comportan no pueda calificarse como de real o razonable el valor que atribuye a las participaciones, ya que de una parte peca de escueto al no consignar los procedimientos utilizados sin que tampoco los haya explicado a los herederos del socio difunto ni les haya escuchado previamente, y de otra ha desatendido los criterios de valoración prescritos en la normativa técnica aplicable, pues no ha partido de una auditoría de cuentas ni ha tomado en consideración el fondo de comercio o goodwill a la hora de calcular el valor de las participaciones"*.

## 3. Posición de las codemandadas

18. El socio que ejerció el derecho de adquisición preferente interesó la desestimación de la demanda en los términos que se transcriben en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia con base en que la valoración: a) se ajustaba a la previsión contenida en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; b) tenía carácter de laudo arbitral; y c) se había declarado judicialmente bien hecha la consignación en pago de las participaciones.

19. El auditor demandado, por un lado, alegó la falta de legitimación pasiva y, por otro, suplicó la desestimación de la demanda con base en la regularidad del informe.

20. La sociedad demandada, básicamente reprodujo las alegaciones del socio adquirente titular del 100% de las participaciones- y se opuso a la valoración del Fondo de Comercio.

## 4. La sentencia de la primera instancia

21. La sentencia de la primera instancia estimó la nulidad de la valoración realizada por el auditor de cuentas designado por el Registro Mercantil, y argumentó como valor razonable el fijado por el perito designado judicialmente de 639.190,50 euros en total -426,127 euros por cada una de las participaciones sociales-.

## 5. La sentencia de la segunda instancia

22. La sentencia de la segunda instancia: 1) estimó la falta de legitimación pasiva del auditor demandado; 2) declaró que el informe del auditor no es un laudo arbitral; 3) apreció la falta de legitimación pasiva de la compañía codemandada; 4) argumentó la inexistencia de actos propios de los demandantes al valorar las participaciones a efectos de aceptación de herencia; 5) razonó los efectos de la consignación; y 6) después de analizar el informe emitido por el auditor designado por el Registrador Mercantil, fijó el valor en un total de 568,065 euros, a razón de 378,71 euros por cada una de las participaciones sociales.

## 6. Los recursos

23. Contra el pronunciamiento referido a la valoración de las participaciones ambas partes interpusieron respectivamente recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, y contra el pronunciamiento que absuelve a dos de los codemandados se ha interpuesto exclusivamente recurso por infracción procesal.



## 7. Sistemática de esta sentencia

24. Razones sistemáticas son determinantes de que examinemos en primer término el recurso de casación y, de dar lugar al mismo, asumir la instancia a efectos de determinar el valor de las participaciones, lo que deja sin interés el recurso extraordinario por infracción procesal salvo en lo que se refiere a la absolución de dos de los codemandados.

### SEGUNDO: RECURSO DE CASACIÓN

#### 1. Enunciado de los cuatro motivos del recurso

25. Los cuatro motivos del recurso de casación se enuncian en los siguientes términos:

*Primero: Infracción del art 32.2 de la Ley de Responsabilidad limitada en relación con el art 6.3 del Código Civil que establece la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas.*

*Segundo: Infracción de los Arts. 100.1 de la LSRL , en relación con el art 6.3 del Código Civil .*

*Tercero: Infracción del art 100.2 de la LSRL . en relación con las consideraciones contenidas en la Resolución del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 23-10-1.991 (B.O.E 17-12-1.991), por la que se publican las normas técnica de elaboración del informe especial de valoración de acciones en los supuestos establecidos en el art 64 , 147 , 149 y 225 del TRLSA*

*Cuarto.- Infracción del art 6.3 del Código Civil .*

26. En su desarrollo la recurrente afirma que la sentencia recurrida, al otorgar validez al informe realizado por el auditor designado por el Registrador del Registro Mercantil, pese a que valoró las participaciones a 31 de diciembre de 2005 y no a 11 de septiembre de 2005, fecha del fallecimiento de don Leoncio , vulnera lo dispuesto en el artículo 6,3 del Código Civil en relación con las previsiones contenidas en los artículos 32.2 , 110.1 y 100,2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la Resolución del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 23 de octubre de 1991, ya que al juzgador no le quedaba otra alternativa que optar por uno de los dos peritajes obrantes en autos emitidos, uno por el perito de la propia parte antes demandante y ahora recurrente, y otro por el designado judicialmente.

#### 2. Valoración de la Sala

##### 2.1. El "valor razonable" de acciones y participaciones.

27. El artículo 32, apartado 2, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , en la redacción vigente en el momento en el que falleció don Leoncio , disponía que los estatutos podían establecer de los socios sobrevivientes, y, en su defecto, a favor de la sociedad " un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor razonable que tuvieren el día del fallecimiento del socio (...) La valoración se regirá por lo dispuesto en el artículo 100 (...)", A su vez, en el apartado 1 establecía que, a falta de acuerdo, " las participaciones serán valoradas por un auditor de cuentas, distinto al de la sociedad, designado por el Registrador Mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones que hayan de ser valoradas". Hoy en el artículo 110 el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital establece que "los estatutos podrán establecer a favor de los socios sobrevivientes, y, en su defecto, a favor de la sociedad, un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor razonable que tuvieren el día del fallecimiento del socio (...) La valoración se regirá por lo dispuesto en esta Ley para los casos de separación de socios (...)". Y el 353.1 que "serán valoradas por un auditor de cuentas distinto al de la sociedad, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración".

28. El análisis de ambas normas evidencia: 1) Que, la designación del auditor se rodea de ciertas garantías tendentes a potenciar su imparcialidad, pero que, desde luego, no aseguran el acierto; y 2) que lo que la norma atribuye a los herederos es el derecho a obtener el "valor razonable" de las participaciones "valoradas por el auditor de cuentas" designado por el Registrador Mercantil, no el "valor fijado por el auditor designado", coincida o no con el razonable.

##### 2.2. El "arbitrador legal".

29. En definitiva, pese a que el apartado 10.b.5 de la resolución que fija la forma técnica para la valoración de acciones de 23 de octubre de 1991 le califica como "arbitro en la determinación del valor de transmisión o reembolso de las acciones" : 1) Mediante la designación del Auditor por el Registrador Mercantil se da paso, como correctamente califica la sentencia recurrida y hemos declarado en la sentencia 926/2007, de 21 de septiembre , a la figura del 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"; y 2) no se cumple el objetivo perseguido por la norma -determinar el valor razonable de las participaciones y a la postre su precio- sólo porque se haya seguido el procedimiento fijado para la designación del Auditor por el Registro Mercantil, ya que con ello se garantiza la independencia del mismo y la titulación adecuada para la función que se le asigna, pero no prejuzga el acierto del informe.

### 2.3. Impugnabilidad del valor fijado por el auditor.

30. Condicionado por la finalidad de la norma -determinar el valor razonable-, el arbitrador no tiene libertad para fijar el que considere procedente a su libre albedrío y con independencia de que fuere razonable o no, ya que la Ley excluye el *merum arbitrium* e impone el deber de estar a lo "razonable" de acuerdo con las reglas de la ciencia 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*".

31. 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). Afirmó la sentencia de 10 de marzo de 1986, con referencia al arbitrador a que se refiere el 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 desaguissadamente, mucho mayor o menor de lo que vale la cosa, entonces deve ser enderecado 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*". 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*". En resumen, hay que tener en cuenta que -en este caso el mandato legal (que no instrucción de parte) consiste en "valorar" las participaciones, lo que tiene un componente objetivo muy superior al de "fijar el precio" regulado en el artículo 1447 del Código Civil, aunque a la postre la valoración tenga como objetivo fijar este-. Por ello no será admisible un valor que no sea el razonable, sin necesidad de *manifesta iniquitas* (manifiesta iniquidad) o de una actuación de mala fe.

### 2.3. La fecha de valoración en la transmisión mortis causa.

32. No se ha cuestionado que la fecha en la que debe efectuarse la valoración de las participaciones, en el caso de ejercicio del derecho de adquisición preferente en la transmisión mortis causa, es la de fallecimiento del socio.

### 2.4. Estimación del motivo.

33. La sentencia recurrida, de hecho, ha sustituido el derecho de los herederos a obtener el "valor razonable" de las participaciones por el de obtener el "que fije el Auditor". De seguirse la posición mantenida por la Audiencia, el valor debería ser tenido por razonable siempre que no se demuestre que el arbitrador no ha respetado la normativa técnica aplicable, independientemente de la razonabilidad del método de valoración empleado y de la forma en la que haya aplicado los datos tenidos en cuenta.

34. En el caso enjuiciado se ha constatado el error en la fecha tenida en cuenta por el Auditor para fijar el valor de las participaciones. Ante ello, es claro que la sentencia recurrida no ha tratado de fijar el valor razonable de las participaciones a 11 de diciembre de 2005, sino de deducir cual sería el valor que habría fijado el Auditor en el caso de que hubiese valorado las participaciones a dicha fecha y, dada la total ausencia de datos útiles a tal fin en el informe del repetido auditor, ha extrapolado los manejados en el dictamen emitido por el perito judicial, sin ponderar ni la racionalidad del método y ni la razonabilidad de su resultado.

35. Consecuentemente con lo expuesto procede estimar el recurso y asumir la instancia en este extremo, lo que, desde otra perspectiva, deja sin contenido los dos primeros submotivos del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal y el primer submotivo del segundo.

## TERCERO: ASUNCIÓN DE LA INSTANCIA

### 1. El objeto de la auditoría

36. La inexistencia de un "valor real" de acciones y participaciones sociales, habida cuenta de los múltiples factores que pueden influir en su determinación, -singularmente en el caso de sociedades cerradas, en las que la dificultad o imposibilidad de desinversión por parte del titular las aleja de la consideración de bienes fungibles intercambiables fácilmente por dinero en un mercado libre,- fue determinante de que en la redacción dada a los artículos 32.2 y 100.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada por la Ley 7/2003, de 1



de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa y por la Ley 44/2002, de 22 noviembre, de Reforma del Sistema Financiero, se hiciese referencia al "valor razonable", y de que pueda afirmarse que no existe una cifra precisa y exacta que, a modo de simple operación matemática, permita fijar un valor único y cierto -la sentencia 87/2010, de 9 de marzo, indica que *"exige una valoración contable compleja, supone, según se dijo, una aproximación a la certeza conforme a reglas de experiencia, lo que, obviamente, no es otra cosa que un juicio razonable para la obtención del valor real"*.

37. Por ello 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, aplicable a las participaciones de las sociedades de responsabilidad limitada -en este sentido apunta la respuesta a la consulta número 2 publicada en el Boletín del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas 32 de diciembre de 1997- afirma que *"sólo puede hablarse de aproximaciones o juicios razonables sobre el valor real"*, lo que permite utilizar, individualmente o combinados entre sí, diversos métodos en función de las circunstancias y contexto en que se trate. Se indica en la indicada resolución como más usuales o generalmente utilizados el valor de cotización en Bolsa, el del activo neto real, el de capitalización de resultados, y el actual de flujos monetarios netos.

## 2. La prueba del valor de las participaciones

### 2.1. Inexistencia de actos propios.

38. Ante todo coincidimos con la sentencia recurrida en que no suponen actos propios vinculantes sobre el valor de las participaciones: la valoración efectuada por los herederos al liquidar la sociedad de gananciales ni el valor neto contable que resulta de la aprobación por los herederos de las cuentas anuales de la sociedad tres meses después de fallecido el causante; ni el aquietamiento a la designación de Auditor por el Registrador Mercantil; ni el cobro de la cantidad consignada por el socio que ejercitó el derecho de adquisición preferente.

39. Dada la total falta de razonabilidad del alegato, que dio lugar a tal respuesta, no nos extenderemos en argumentar su rechazo y daremos por reproducido lo razonado por la sentencia de la Audiencia en este extremo, ya que es evidente que ninguno de dichos comportamientos reúne los requisitos exigibles para que entre en juego el poder vinculante de los actos propios.

### 2.2. Rechazo de la valoración del Auditor.

40. En estas circunstancias, valorando de nuevo la prueba practicada en autos, tiene razón la sentencia recurrida cuando afirma que no basta cualquier irregularidad en el informe del Auditor para convertirlo en radicalmente nulo; ni siquiera cuando existe un error en la fecha a la que debe efectuarse la valoración.

41. No obstante, el informe emitido por el Auditor designado por el Registrador Mercantil carece de toda fuerza de convicción, ya que en él se limitó a afirmar, que a 31 de diciembre de 2005 el valor de las participaciones era de 555.356,64 euros, sin facilitar ningún dato concreto sobre la cuantía de fondos propios tenidos en cuenta, ni las plusvalías tácitas computadas, ni las específicas operaciones realizadas, de tal forma que no puede constatarse si incurre en error, de modo que, difícilmente podemos valorar si aquel es razonable.

42. Especialmente, el informe no justifica mínimamente la utilización de un método de valoración estático pese a que se trataba de participaciones de una sociedad que explotaba una empresa en funcionamiento, siendo notoriamente insuficiente la simple afirmación a nivel de hipótesis que el valor activo neto real es el más objetivo y certero, pues los restantes métodos son más subjetivos y estimatorios y parten de la creencia de que los flujos monetarios se van a mantener, ya que, como hemos apuntado, no son las ciencias matemáticas, sino el arte de la auditoría -ciertamente cuajado de reglas científicas- el que rige la valoración de las participaciones sociales.

43. Finalmente, la ausencia de los datos y el desconocimiento de las concretas operaciones sobre las que el Auditor ha construido el informe, impiden suplir la deficiencia de la que adolece -la fecha a la que se valoran las participaciones-, sin que sea posible deducir tan solo del resultado cuales han sido las premisas, a fin de reconstruirlo con los datos tenidos en cuenta por una pericial diferente.

### 2.3. Valoración de la pericial.

44. Nuestro sistema, siguiendo una línea jurisprudencial de la que son muestra las sentencias de 6 de diciembre de 1858 y 14 de septiembre de 1864, parte de la regla *iudex peritus peritorum* consagrada en el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a cuyo tenor *"[l]os Jueces y tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos"*, y de forma idéntica a otros ordenamientos próximos -así el artículo 389 del Código Civil portugués dispone 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 "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) -, dispone en el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que "el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica" , de tal forma que, como precisa la sentencia 532/2009, de 22 de julio , "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".

45. De los dos peritajes obrantes autos, uno aportado por la demandante, otro judicial, coincidimos con la sentencia de la primera instancia en que resulta convincente el emitido por el perito judicial, habida cuenta del método utilizado al tratarse de una empresa en funcionamiento, y la ponderada consideración que en el se hace de la plusvalía inmobiliaria y el fondo de comercio, lo que, de hecho- aunque se prescinde del dictamen- no se cuestiona en la sentencia recurrida,

2.4. *Confirmación de la sentencia de primera instancia.*

46. Consecuentemente con lo expuesto, en este extremo debe confirmarse la sentencia de la primera instancia y desestimar la apelación.

#### **CUARTO: TERCER SUBMOTIVO DEL PRIMER MOTIVO DEL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y SEGUNDO SUBMOTIVO DEL SEGUNDO**

47. Como hemos indicado, la sentencia recurrida, por un lado fija el valor de las participaciones y por otro absuelve a dos de los codemandados por falta de legitimación pasiva.

48. A combatir el segundo de los pronunciamientos se dirigen el tercer submotivo del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal y el segundo submotivo del segundo.

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

49. El tercer submotivo del primer motivo del recurso extraordinario por infracción se enuncia en los siguientes términos:

*Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley o hubiera producirse indefensión art. 469.1º.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .*

50. En su desarrollo la recurrente afirma la legitimación pasiva de la compañía Toquero Estructuras Metálicas S.L., porque la sentencia afecta a la valoración al patrimonio social, y la de don Francisco porque se impugna la validez de su informe por inicuo, y de la nulidad podría derivar responsabilidad para el mismo.

51. El segundo submotivo del recurso extraordinario por infracción procesal, carente de enunciado, sostiene escuetamente, sin razonamiento alguno, que la sentencia recurrida ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que no se ha pronunciado sobre las pretensiones ejercitadas en el procedimiento contra Toquero Estructuras Metálicas S.L., y contra don Francisco .

##### **2. Valoración de la Sala**

2.1. *Inexistencia de acción civil popular.*

52. Con carácter previo conviene rechazar de plano la pretendida infracción constitucional, ya que la sentencia se ha pronunciado de forma clara y contundente sobre la pretensiones de la recurrente frente a los dos codemandados, aunque el pronunciamiento consista en la absolución en la instancia.

53. En relación con la tutela de los derechos subjetivos, la sentencia 202/2009, de 24 de marzo , afirma que el artículo 24.1 de la Constitución Española atribuye a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión "lo que excluye la posibilidad de instar la tutela efectiva respecto de derechos e intereses que no se invoquen como propios en cuanto el derecho fundamental viene referido al ejercicio de "sus" derechos legítimos y no a los derechos e intereses de "otros" .

54. Como afirma la sentencia 28/1996, de 29 de enero , en el orden civil no cabe la acción popular que permita la defensa de los ajenos intereses, pues el derecho de acceso a la jurisdicción, en la órbita civil, fuera de los supuestos singulares de protección de intereses difusos, se ciñe a aquel que tiene por objeto la defensa de los propios derechos.



55. Partiendo de lo anterior, la recurrente no está legitimada para asumir la defensa de los intereses disponibles de terceros que fueron parte en el litigio.

## 2.2. Litisconsorcio, vs. interés en el litigio.

56. Cuestión radicalmente diferente a la expuesta es que los expresados demandados estén legitimados o no para soportar, como partes demandadas, el litigio y, en consecuencia, que la antes demandante y ahora recurrente esté legitimada para interesar su condena.

57. En relación con este extremo la norma distingue entre los supuestos de litisconsorcio pasivo necesario regulados en el artículo 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "[c]uando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados", de aquellos en los que el interés legítimo más o menos reflejo o indirecto en su resultado, puede justificar la llamada intervención provocada, regulada en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o la intervención espontánea de sujetos originariamente no demandantes ni demandados, al amparo de lo que dispone el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que quepa identificar "interés" y "legitimación".

58. En el presente caso el eventual interés de los codemandados absueltos, no titulares del derecho litigioso ni obligados a soportar su ejercicio, no justifica su llamada imperativa al pleito y, en consecuencia, la demanda ha sido correctamente desestimada frente a ellos.

## QUINTO: COSTAS

59. No procede imponer las costas causadas en la primera instancia a don Donato, toda vez que en la demanda se interesó como pretensión principal la determinación del valor de cada participación en 718,80 euros, lo supone un incremento que supera en más de un 60% la cantidad -no concretada en la demanda- concedida de 426,127 euros, confirmando en este extremo la sentencia de apelación

60. Procede la condena de don Miguel Ángel, doña Francisca y don Apolonio al pago de las costas causadas en la primera instancia a Toquero Estructuras Metálicas S.L., y a don Francisco, al haberse desestimado íntegramente la demanda contra los mismos, por lo que también en este extremo debe mantenerse la sentencia de apelación.

61. Procede la condena de don Donato al pago de las costas causadas en la apelación, toda vez que su recurso debió desestimarse.

62. No procede la imposición de las costas de la apelación a Toquero Estructuras Metálicas S.L., y a don Francisco cuyos recursos fueron correctamente estimados en pronunciamiento que confirmamos.

63. De conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede la condena en las costas causadas a don Donato por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación,

64. Procede imponer a los indicados recurrentes don Miguel Ángel, doña Francisca y don Apolonio de las costas causadas a Toquero Estructuras Metálicas S.L., y a don Francisco por el recurso extraordinario por infracción procesal que desestimamos.

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

## FALLAMOS

Primero: Estimamos el recurso de casación interpuesto por don Miguel Ángel, doña Francisca y don Apolonio, representados por la Procuradora de los Tribunales doña SUSANA GÓMEZ CASTAÑO, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª), el día veintiocho de abril de dos mil nueve, en el recurso de apelación 332/2008, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Valladolid en los autos 554/2007 de juicio ordinario, y, casándola:

1. Estimamos la pretensión subsidiaria de la demanda interpuesta por doña Socorro, don Miguel Ángel, doña Francisca y don Apolonio, representados por la Procuradora doña Victoria Silió López contra don Donato, y fijamos valor razonable de las participaciones sociales números 1.501 a 3.000 de la compañía Toquero Estructuras Metálicas S.L. en la suma de 639.190,50 euros, a razón de 426,127 E cada una de ellas, sin imposición de las costas causadas por la demanda contra el indicado don Donato.

2. Desestimamos la demanda interpuesta por los expresados demandantes contra Toquero Estructuras Metálicas S.L. y contra don Francisco, con imposición a los demandantes de las costas causadas a los demandados absueltos.

3. Imponemos a don Donato el pago de las costas causadas en la apelación por su recurso que desestimamos.



4. No procede la imposición de las costas causadas en apelación por los recursos interpuestos por Toquero Estructuras Metálicas S.L., y don Francisco .

Segundo: No procede la condena en las costas causadas a don Donato por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación,

Tercero: Procede imponer a don Miguel Ángel , doña Francisca y don Apolonio las costas causadas a Toquero Estructuras Metálicas S.L., y a don Francisco por el recurso extraordinario por infracción procesal que desestimamos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Firmado y Rubricado Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller .- Encarnacion Roca Trias.- Ignacio Sancho Gargallo .-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- PUBLIACIÓN.- 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.

FONDO DOCUMENTAL CEND