



Trabajo Fin de Máster

DICTAMEN SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE ANTE LA VENTA DE PARTICIPACIONES SOCIALES DE UNA SL: PERFECCIÓN DEL CONTRATO Y PRECIO DE VENTA.

Realizado por:

Ramón Castillo Murciego

Con el objeto de:

Resolver las controversias surgidas a raíz del ejercicio del derecho de adquisición preferente en el marco de una compraventa de participaciones sociales por parte de un socio en el seno de una Sociedad Limitada.

Directora del TFM:

Esther Hernández Sainz

Facultad de Derecho/Máster Universitario de Abogacía

28 de noviembre de 2018

ABREVIATURAS Y SIGLAS

-Abreviaturas

1. art. /arts.: artículo/artículos.
2. *cit.* (latinismo): citada.
3. coord.: coordinador.
4. dir.: director.
5. *et al.* (latinismo): y otros.
6. *ex:* en virtud del.
7. p. /pp.: página/páginas.
8. ss.: siguientes.
9. vol.: volumen.

-Siglas

1. CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
2. CCom: Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
3. DGRN: Dirección General del Registro y del Notariado.
4. IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido.
5. LARB: Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.
6. LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
7. LMC: Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
8. LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
9. LSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
10. RDMC: Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
11. RdS: Revista de Derecho de Sociedades.
12. ReICAZ: Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.
13. RRM: Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES DE HECHO (p. 1).

II. CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS (p.6).

III. NORMATIVA APLICABLE (p.6).

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO (p.7).

- 1. RÉGIMEN JURÍDICO POR EL QUE SE RIGE LA TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE (p.7).**
- 2. PERFECCIÓN DEL CONTRATO DE COMPROVENTA DE PARTICIPACIONES SOCIALES (p.12).**

2.1. Requisitos imprescindibles para la perfección del contrato (p.12).

- A) Análisis del cumplimiento de los elementos esenciales del contrato (p.12).**
- B) Incidencia de la determinación del precio en la perfección del contrato (p.14).**
- C) Identificación de la oferta y la aceptación en el contrato (p.16).**

2.2. Relevancia de la elevación a escritura pública del contrato (p.19).

- 3. PRECIO DE TRANSMISIÓN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES (p.20).**
- 4. VÍAS DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO SURGIDO ENTRE LOS SOCIOS (p.23).**

4.1. Vía extrajudicial: mediación y arbitraje (p.24).

4.2. Vía judicial (p.29).

A) Acciones a ejercitar (p.29).

B) Acumulación de acciones (p.31).

C) Plazo y prescripción (p.31).

- D) Competencia judicial y procedimiento (p.32).**
- E) Legitimación y necesidad de Abogado y Procurador (p.33).**
- F) Demanda, medios de prueba y tasas judiciales (p.34).**
- G) Costas (p.38).**

V. RECOMENDACIONES PARA LA PREVENCIÓN DE ESTE TIPO DE PROBLEMAS: MODIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ESTATUTARIAS (p.39).

VI. CONCLUSIONES (p.43).

VII. REFERENCIAS UTILIZADAS (p.49).

- 1. BIBLIOGRAFÍA (p.49).**
- 2. JURISPRUDENCIA (p.50).**
- 3. DOCTRINA ADMINISTRATIVA (p.53).**
- 4. PÁGINAS WEB (p.53).**

VIII. ANEXO (p.54).

Dictamen que emite Don Ramón Castillo Murciego, a instancia de la Sociedad Limitada X, con CIF B85484251 y domicilio en calle Cortes de Aragón, nº 15, 50005, Zaragoza, en relación al incumplimiento del contrato de compraventa de participaciones sociales suscrito con la Sociedad Limitada Y que había ejercitado su derecho de adquisición preferente al ser socio de la Sociedad Limitada Z.

Para la emisión de este dictamen es necesario tener en consideración los siguientes:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. – La Sociedad Limitada X, con domicilio social en Zaragoza, Calle Cortes de Aragón, nº15, inscrita el 8 de enero de 2003 en el Registro Mercantil de Zaragoza al tomo 2.900, folio 27, hoja Z- 30.001, con CIF B85484251, bajo la administración de Don Faustino Heredia Gil, socio único de la sociedad, y con un capital social de 330.000 €, repartido en 33.000 participaciones sociales de 10 € de valor nominal cada una, se dedicaba a la promoción y edificación de obras públicas y civiles; la gestión de obras y promoción por cuenta de terceros; la compraventa de edificios y su explotación en arriendo o de cualquier otra forma, incluyéndose el arrendamiento de negocios e industrias.

Por otro lado, la Sociedad Limitada Y, con domicilio social en Jaulín (Zaragoza), Calle Collados, nº3, inscrita el 13 de septiembre de 2004 en el Registro Mercantil de Zaragoza al tomo 2.990, folio 30, hoja Z-15.007, con CIF B64779515, bajo la administración de Doña Toribia González Menéndez, socio único de la sociedad, y con un capital social de 300.000 €, repartido en 30.000 participaciones de 10 € de valor nominal, también se dedicaba a la promoción y venta de inmuebles así como el resto de fines sociales que abarca la Sociedad Limitada X.

Segundo. – El 4 de abril de 2008, ambas sociedades constituyeron la Sociedad Limitada Z, con domicilio social en Zaragoza, Calle Escosura, nº 7, 3ºD, inscrita en el Registro Mercantil de Zaragoza al tomo 3.500, folio 10, hoja Z-3.087, con CIF B93670594 y bajo la administración solidaria de Don Faustino y Doña Toribia, con un capital social de 490.000 euros, siendo su objeto social la promoción y edificación de obras públicas y civiles; la gestión de obras y promoción por cuenta de terceros; la compraventa de

edificios y su explotación en arriendo o de cualquier otra forma, incluyéndose el arrendamiento de negocios e industrias.

Cada uno de los socios tenía el 50% de las participaciones sociales, poseyendo la Sociedad Limitada X las primeras 3.500 participaciones (de la 1 a la 3.500) y la Sociedad Limitada Y las restantes participaciones (de la 3.501 a la 7.000). Por tanto, había un total de 7.000 participaciones, siendo su valor de 70 € en el momento de creación de la sociedad.

Asimismo, en aras de mantener el régimen de sociedad cerrada, las Sociedades Limitadas X e Y previeron en los Estatutos Sociales de la Sociedad Limitada Z la atribución a los socios de un derecho de adquisición preferente de las participaciones sociales que otro socio pretendiese transmitir. En concreto se reguló en los arts. 11 y 12 de los Estatutos Sociales que señalaban lo siguiente:

ARTÍCULO 11.

1. Es libre, sin ninguna restricción, la transmisión por cualquier título de las participaciones sociales a favor de otros socios, sus cónyuges, descendientes o ascendientes, tanto entre vivos como por causa de muerte, y también la que se produzca a favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente.

ARTÍCULO 12.

1. El socio que se proponga transmitir voluntariamente entre vivos sus participaciones a personas distintas de las determinadas en el artículo anterior deberá comunicarlo por escrito dirigido al órgano de administración, haciendo constar las participaciones que pretenda transmitir, la identidad del adquirente o adquirentes y el precio y las demás condiciones de la transmisión.

2. El órgano de administración lo notificará a los demás socios dentro del plazo de los quince días siguientes a la transmisión pretendida. Dentro de los quince días siguientes a la recepción de la notificación, los socios podrán optar a su compra.

3. Transcurridos estos plazos, y en cualquier caso el de treinta días desde la comunicación a la sociedad, sin que se hubiera ejercido el derecho de preferente adquisición por parte de ningún socio o renunciado este expresamente por todos ellos, el socio transmitente quedará libre dentro de los dos meses siguientes para transmitir

las participaciones en cuestión a la persona y por el precio y las condiciones comunicadas.

4. Si varios socios pretendieran ejercitar este derecho, en caso de haberlos, las participaciones del transmitente se distribuirán entre ellos a prorrata de las participaciones que posean; y si para guardar la proporción, alguna debiera adjudicarse a varios socios proindiviso, ello se evitará atribuyéndola al que deba resultar con mayor cuota en ella, y en caso de igualdad por sorteo. El socio transmitente no podrá ser obligado a transmitir por este procedimiento un número inferior al de las participaciones que pretendía transmitir.

5. En caso de ejercicio del derecho de adquisición preferente, el precio por el que los socios podrán adquirir las participaciones cuya transmisión se pretende será el comunicado por el socio transmitente a la sociedad. No obstante, aquellos podrán impugnarlo por excesivo, en cuyo caso la adquisición se llevará a cabo por el valor que resulte de las últimas cuentas anuales si es que han sido objeto de auditoría; en su defecto, por el que fije la persona elegida voluntariamente por el socio que pretende transmitir y el que quiere adquirirlas; y a falta de acuerdo por el que determine un auditor designado por el Registrador Mercantil del domicilio social a solicitud de cualquiera de los interesados con relación a la fecha de notificación; la retribución del auditor será satisfecha por la sociedad.

Si el pago de la totalidad o de parte del precio estuviera aplazado en el proyecto de transmisión, para la adquisición de las participaciones será requisito previo que una entidad de crédito garantice el pago del precio aplazado.

6. Para fijar el valor de adquisición de las participaciones en los supuestos de que la transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, se aplicarán las mismas reglas del apartado anterior.

7. En los casos de aportación a sociedad anónima o comanditaria por acciones, se entenderá por valor real el que resulte del informe elaborado por el experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil.

Tercero. – El día 15 de marzo de 2018, la Sociedad Limitada X recibió a través de burofax con acuse de recibo una oferta para la compra del 100% de sus participaciones, esto es, el 50% del capital social de la Sociedad Limitada Z por valor de UN MILLÓN

QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL EUROS (1.555.000 €) por parte de un tercero no socio, que era la Sociedad Limitada V.

Cuarto. – El día 16 de marzo de 2018, la Sociedad Limitada X, en calidad de socio, remitió un burofax con acuse de recibo a la Sociedad Limitada Z, siguiendo lo dispuesto estatutariamente, para informarle sobre la oferta que le había realizado la Sociedad Limitada V y su intención de transmitir las participaciones sociales a cambio de un millón quinientos cincuenta y cinco mil euros (1.555.000 €).

Quinto. – El día 22 de marzo de 2018, la Sociedad Limitada Z notificó mediante carta certificada con acuse de recibo a la Sociedad Limitada Y la intención de la Sociedad Limitada X de vender sus participaciones a la sociedad limitada V, haciéndole constar a su vez su derecho de adquisición preferente sobre esas participaciones.

Sexto. – El día 26 de marzo de 2018, la Sociedad Limitada Y, a través de burofax con acuse de recibo, ejercitó su derecho de adquisición preferente conforme a lo establecido en los Estatutos. Sin embargo, no estaba de acuerdo con el valor de las participaciones sociales. Por ello, al amparo del artículo 12.5 de los Estatutos, impugnó el valor que se les había atribuido y solicitó que se sometiera dicha controversia a un auditor externo elegido por las partes implicadas, al no haberse realizado la auditoría de las cuentas anuales del ejercicio. Aprovechando dicha comunicación, la Sociedad Limitada Y propuso un auditor al otro socio.

Séptimo. – El día 27 de marzo de 2018, la Sociedad Limitada X respondió mediante el mismo cauce comunicativo, rechazando el auditor externo propuesto por la Sociedad Limitada Y y proponiendo a la Sociedad Limitada Profesional K, con la que se había puesto en contacto y que le había facilitado ya una hoja de encargo en la que se detallaba el procedimiento a seguir para la valoración de las participaciones.

Octavo. – El 29 de marzo de 2018, la sociedad limitada Y, a través de carta certificada con acuse de recibo, aceptó como auditor a la sociedad limitada profesional K para la valoración de las participaciones sociales.

Noveno. – El 30 de marzo de 2018, la Sociedad Limitada Y firmó la hoja de encargo que la Sociedad Limitada Profesional K había facilitado a la Sociedad Limitada X.

Décimo. – El 2 de abril de 2018, la Sociedad Limitada X se puso en contacto mediante carta certificada con acuse de recibo con la Sociedad Limitada Y, a efectos de que una vez se dictase informe definitivo por la Sociedad Limitada Profesional K, que estaba pendiente de unos detalles, se formalizase la trasmisión de las participaciones sociales fruto del ejercicio del derecho de adquisición preferente.

Undécimo. – El 4 de abril de 2018, la Sociedad Limitada Profesional K emitió el informe sobre el valor de las participaciones, resultando un valor real superior al valor de la oferta de la Sociedad Limitada V. Concretamente, su valor total ascendía a dos millones cien mil euros (2.100.000 €).

Duodécimo. – El 5 de abril de 2018, la Sociedad Limitada Y remitió un burofax con acuse de recibo a la Sociedad Limitada X haciéndole constar que no ejercía el derecho de adquisición preferente al considerar el precio excesivo y que podía transmitir sus participaciones a la Sociedad Limitada V por el precio estipulado en la oferta inicial.

Décimo tercero. – El 9 de abril de 2018, la Sociedad Limitada X respondió a la notificación de la Sociedad Limitada Y mediante el mismo cauce, emplazándole a formalizar la venta de las 3.500 participaciones por el valor estipulado en el informe del auditor ante la notaría de D. Cayo González Muñoz, el día 16 de abril a las 12 horas de la mañana.

Décimo cuarto. – El 10 de abril de 2018 la Sociedad Limitada Y, mediante carta certificada con acuse de recibo, manifestó que como había señalado previamente, no ejercitaba el derecho de adquisición preferente al considerar el precio excesivo. Por ello, no iba a acudir a la notaría a la formalización de la transmisión de participaciones.

En este punto conviene precisar que la Sociedad Limitada Y, hasta la remisión del burofax del día 5 de abril de 2018, no concretó que si el precio resultante de la valoración era superior al de la oferta de la Sociedad Limitada V, no iba a ejercitar su derecho de adquisición preferente.

Décimo quinto. – El 16 de abril de 2018, el administrador único de la Sociedad Limitada X, D. Faustino, acudió a la notaría al objeto de formalizar la transmisión a pesar de la negativa de la Sociedad Limitada Y. Ante la ausencia de representante de esta última, se formuló por el notario Acta de Requerimiento Notarial en el cual se plasmó la asistencia en fecha y lugar de D. Faustino.

II. CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS

En relación con los antecedentes de hecho expuestos se plantean las siguientes cuestiones jurídicas:

1. Normativa aplicable a los supuestos de transmisión de participaciones sociales de una sociedad limitada, así como al ejercicio del derecho de adquisición preferente por parte de un socio.
2. Análisis de los puntos que generan controversia en el asunto, prestando especial atención:
 - a. a la perfección del contrato y los requisitos que se exigen para ello.
 - b. al precio por el cual debe procederse a la transmisión y los criterios que se han de emplear para determinarlo.
3. Planteamiento de las acciones a ejercitar y las posibles vías para su ejercicio, diferenciando entre:
 - a. vía extrajudicial: mediación y arbitraje.
 - b. vía judicial.
4. Elementos procesales que se han de tener en cuenta en el caso de hacerse uso de la vía judicial.
5. Posibles modificaciones que se pueden introducir en el clausulado de los estatutos de la SL afectada para evitar que se generen este tipo de conflictos en el futuro.

III. NORMATIVA APLICABLE

1. Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
2. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
3. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
4. Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
5. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
6. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

7. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
8. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
9. Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.
10. Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
11. Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
12. Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. RÉGIMEN JURÍDICO POR EL QUE SE RIGE LA TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

Para iniciar el estudio del asunto planteado, hemos de acudir al Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), en concreto, a los arts. 106 a 112 LSC, que están en el título IV, capítulo III, sección 2^a que se denomina “La transmisión de las participaciones”.

En dicha sección se regulan los requisitos que se precisan para que se produzca la válida transmisión de la propiedad de las participaciones que requiere de su entrega al comprador en virtud de un título válido, en nuestro caso, un contrato de compraventa de participaciones sociales.

En este punto, conviene señalar a efectos del art. 609 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante CC), que regula la transmisión

de la propiedad, que el contrato de compraventa sería el título, en el que se plasma lo que va a ser objeto de entrega, y la entrega de participaciones el modo.

En virtud de lo expuesto, se excluye del análisis el art. 104 LSC, referente a la adquisición de la condición de socio, que tiene lugar mediante la inscripción en el libro-registro de socios y que se produce tras la transmisión de la propiedad de las participaciones, con lo que carece de interés a efectos de perfección del contrato.

Dicho esto, es preciso comenzar con el análisis de los preceptos señalados. El art. 106 LSC establece qué formalidades se han de llevar a cabo para que fructifique la transmisión de las participaciones. En su primer apartado, regula la obligatoriedad de plasmar en documento público la transmisión de las participaciones, cuestión crucial en el dictamen, puesto que debemos aclarar si se precisa la elevación a escritura pública para la perfección del contrato de compraventa entre las Sociedades Limitadas X e Y, o si es posible que se produzca *a posteriori* como medio para la transmisión de las participaciones sociales, esto es, como requisito para su entrega.

En su segundo apartado, manifiesta que el nuevo adquirente de las participaciones puede ejercer los derechos que posee el socio desde que la sociedad tiene conocimiento efectivo de la transmisión. Este momento, que no tiene incidencia en el dictamen, queda recogido en el art. 104 LSC, ya mencionado, y se da cuando se produce la inscripción del adquirente en el libro-registro de socios.

Por otro lado, el art. 107 LSC explica el régimen legal existente en materia de transmisión voluntaria de participaciones por actos *inter vivos*. A tenor del apartado primero de dicho precepto, rige la autonomía de la voluntad para determinar cómo y a quién se pueden transmitir las participaciones por actos *inter vivos*, lo cual se traslada a la perfección de los contratos de compraventa de participaciones sociales. En virtud de ello, se puede estipular estatutariamente el régimen a seguir por una sociedad en dicha materia.

Como indica el art. 28 LSC «En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido».

Esto es lo que ocurre en el caso, ya que las Sociedades Limitadas X e Y introdujeron en el art. 12 de los Estatutos de la Sociedad Limitada Z una cláusula en la que se estipulaba cuál iba a ser el régimen a seguir en el supuesto de perfección de un contrato de compraventa de participaciones sociales y la posterior transmisión de participaciones. Subsidiariamente, si existiese falta de regulación estatutaria sobre algún aspecto, se aplicaría lo recogido en el art. 107.2 LSC, pero en este supuesto no es necesario acudir a este precepto.

A la vista de lo expuesto, se pueden diferenciar claramente dos regímenes¹, uno que se basa en la autonomía de la voluntad, y otro que se aplica a falta de regulación estatutaria. Como hemos indicado, al haberse estipulado estatutariamente cómo se van a regir este tipo de situaciones, en el art. 12 de los Estatutos de la Sociedad Limitada Z, será de aplicación lo previsto en los estatutos, que prima sobre lo regulado en la normativa de sociedades, salvo que se concilie lo dispuesto en el art. 108 LSC que es el siguiente precepto que resulta de interés para el asunto.

El art. 108 LSC, constituye otra muestra del régimen imperante en las sociedades limitadas. Recoge la nulidad de determinadas cláusulas, pero matizando algunos supuestos en los que existe una excepción a esta regla general. En el asunto objeto de análisis al encontrarnos ante una compraventa entre socios, no existiendo cláusulas estatutarias que puedan generar dudas en cuanto a su legalidad, no se plantean dudas a este respecto.

A priori no existe en el asunto ninguna causa que genere la nulidad de la cláusula estatutaria, puesto que en el art. 12 de los Estatutos no se hace libre la transmisión de participaciones sociales. Además, tampoco se obliga a perfeccionar contratos por un número concreto de participaciones, teniendo los socios libertad para decidir qué porcentaje de sus participaciones van a vender.

En relación con lo anterior, el art. 188 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, RRM) también regula las cláusulas estatutarias sobre las transmisión de las participaciones sociales. En atención al mismo, se recoge la posibilidad de restringir estatutariamente la transmisión

¹ EMBID IRUJO, J.M., *Derecho de sociedades de capital: Estudio de la ley de sociedades de capital y legislación complementaria*, Marcial Pons, 2016, Madrid, pp. 146 a 148.

de las participaciones siempre y cuando se respete el orden legal, afectando ello a la perfección de futuros contratos de compraventa de participaciones sociales.

Para el supuesto objeto de dictamen, el segundo apartado de este artículo es crucial. Recoge la posibilidad de establecer un derecho de adquisición preferente estatutariamente, para lo cual se exigen una serie de requisitos (quiénes pueden ejercerlo; sobre qué transmisiones pueden ejercerlo; qué condiciones se exigen para ejercerlo; plazo para ejercerlo). Por tanto, es totalmente posible estipular estatutariamente dicha opción, si bien con los requisitos mencionados.

En el supuesto objeto de estudio, el art. 12 de los Estatutos Sociales, en sus apartados tercero y quinto, concreta todos los puntos exigidos por el art. 188.2 RRM. Específicamente indica que:

- Únicamente pueden ejercitar el derecho de adquisición preferente los socios.
- Se ejercitará este derecho en transmisiones *inter vivos*.
- Se tomará el precio de la oferta realizada por tercero, salvo impugnación, en cuyo caso se acudirá al valor de las cuentas anuales si hubiese habido auditoría, y, en su defecto, al valor determinado por un auditor externo escogido por las partes. Si ninguna de estas previsiones se da, la última opción que recogen los Estatutos es acudir al Registro Mercantil para que designe un auditor que fije el valor.
- El coste que pueda suponer el auditor lo asumirá la Sociedad Limitada Z.
- En caso de pago de parte del precio, se precisará que una entidad de crédito garantice el pago.
- Los socios disponen de un plazo de 15 días desde la notificación por la sociedad para ejercitar el derecho de adquisición preferente.

Por tanto, los Estatutos cumplen con lo estipulado legalmente. Además, en este asunto se dan todos los requisitos, pues el derecho es ejercido por la Sociedad Limitada Y, que es socio, dentro del plazo de quince días, no influyendo la impugnación del precio al recogerse dicha situación en los Estatutos Sociales.

Analizados la LSC y el RRM, que regulan la transmisión de participaciones, es necesario acudir a la normativa que regula los concretos negocios jurídicos que la hacen posible. En concreto, resultan de interés el Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el

que se publica el Código de Comercio (en adelante CCom) y el CC, en los cuales se recoge el régimen de la compraventa de participaciones sociales.

La primera norma resulta de aplicación al considerarse la compraventa de participaciones sociales una compraventa mercantil (325 y ss. CCom). Aunque aparentemente la compraventa mercantil abarca bienes muebles corporales, también incluye los bienes muebles incorporales, entre ellos las participaciones, que se caracterizan por no poder estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, tal y como reza el art. 92.2 LSC.

En este sentido existe jurisprudencia² que está reconociendo que los bienes inmateriales son objeto de tráfico mercantil. Como ejemplo de ello, es preciso destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de mayo de 2016, la cual remite a anterior jurisprudencia y analiza los motivos que llevan a introducir dentro de la compraventa mercantil la compraventa de bienes inmateriales, en este caso las participaciones sociales. De acuerdo con dichas sentencias, no solo se considera que existe una compraventa mercantil cuando existe un ánimo de reventa, sino que la compraventa mercantil alcanza los supuestos de consumo por parte de empresarios personas físicas y jurídicas, lo que se denomina “inversión productiva”. Es decir, la compraventa mercantil abarca todos los supuestos en los que tras de sí existe un claro ánimo de lucro.

En el supuesto que nos atañe, se produce una compraventa de participaciones sociales, que si bien no está regulada específicamente en el CCom (arts. 325 y 326), al ser de naturaleza análoga a la compraventa mercantil *ex. Art. 2 CCom* se ha considerado por los tribunales que se ha de regir por el mismo régimen jurídico.

En virtud de dicha aclaración, resulta de aplicación el Código de Comercio, pero al no regular de un modo completo la compraventa de bienes inmateriales, además de los arts. 347 y 348 CCom, es preciso acudir a otra normativa. Concretamente, los arts. 2 y 50 CCom, relativos respectivamente a los actos de comercio y a los contratos mercantiles, señalan que todo aquello que no se encuentre expresamente regulado en este texto legal se regirá en última instancia por el Derecho Común.

² Véase la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de septiembre de 2010 (ECLI: ES: TS: 2010:4535) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de mayo de 2016 (ECLI: ES: APM: 2016:8624).

El Código Civil es de aplicación supletoria y en lo que aquí nos interesa se aplicarán los arts. 1526 y ss. CC, contenidos en el Libro II, Título IV, Capítulo VII, cuya denominación es “De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales”. Como consecuencia de esta remisión normativa se otorga al adquirente una protección menor, precisándose por ello una conducta tendente a evitar cualquier tipo de actuación maliciosa del socio vendedor³.

Por ende, estudiado el marco legal, en los siguientes apartados se va a proceder a resolver y dar opinión sobre las cuestiones objeto de controversia, tanto jurisprudencial como doctrinal, que se plantean en este supuesto de ejercicio del derecho de adquisición preferente sobre unas participaciones que iban a ser objeto de compraventa mercantil a un tercero.

2. PERFECCIÓN DEL CONTRATO DE COMPROVENTA DE PARTICIPACIONES SOCIALES

2.1. Requisitos imprescindibles para la perfección del contrato

A) Análisis del cumplimiento de los elementos esenciales del contrato

Dado que estamos ante un contrato entre las Sociedades Limitadas X e Y, hemos de analizar si en este supuesto se dan los elementos esenciales del contrato para considerarlo válido. A tenor del art. 1261 CC y la propia jurisprudencia, citando entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 1993⁴, todo contrato requiere para su validez de consentimiento, objeto y causa.

En cuanto a la causa, regulada en los arts. 1274 y ss. CC, esta se entiende en el ámbito español desde una perspectiva objetiva. Atendiendo a ello, hemos de tomar las prestaciones, obligaciones o atribuciones derivadas de un contrato⁵. En virtud de dicha concepción y de los hechos objeto de dictamen, al encontrarnos ante una compraventa de participaciones, la entrega de las participaciones viene justificada por el pago de un precio y viceversa, por lo que se da la causa.

³ PERDICES HUETOS, A., «Comentarios arts. 106, 107, 108, 109, 110, 11 y 112 LSC», en Comentario de la ley de sociedades de capital, Rojo (coord.) *et al*, tomo I, Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 880 a 925.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 1993 (RJ\1993\2395).

⁵ LACRUZ MANTECÓN, M. L., *Obligaciones y contratos*, cit., p. 245.

En lo que concierne al objeto, hemos de acudir a los arts. 1271 a 1273 CC. Son las prestaciones que han de cumplir cada una de las partes del contrato⁶. Han de tener una serie de características. En primer lugar, su existencia ha de ser posible. En el supuesto objeto de estudio, tanto la transmisión de las participaciones como el pago del precio son perfectamente posibles. Asimismo, han de poder ser objeto de comercio y lícitas, lo cual se da puesto las participaciones sociales pueden ser sometidas a compraventa, y además las obligaciones estipuladas para el cumplimiento del contrato han de ser conforme las leyes y las buenas costumbres. Por último, el objeto ha de ser determinado. En el supuesto se ha de hacer entrega por parte de la Sociedad Limitada X de todas las participaciones que ostenta de la Sociedad Limitada Z, que suponen un total de 3.500, y la Sociedad Limitada Y ha de proceder al pago de una cuantía, no determinada pero sí determinable, lo que no impide que se considere válido el contrato.

Por último, hay que hacer alusión al último elemento esencial del contrato que es el consentimiento. Como especifica el art. 1262 CC, «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato». En lo referente a la oferta, esta viene definida por CUADRADO PÉREZ⁷, como «una declaración de voluntad con carácter recepticio que emite una de las partes, para proponer a otra u otras la conclusión de un contrato, en la que se contienen los elementos esenciales del mismo». Atendiendo al caso que nos atañe, existe la voluntad de concluir el contrato por parte de la Sociedad Limitada X con la Sociedad Limitada Y.

Por otro lado, en cuanto a la aceptación, esta es definida por este mismo autor⁸ como «una declaración unilateral con carácter recepticio, por la que el destinatario de la oferta se adhiere al contenido de la misma». Concretamente, al ejercitarse el derecho de adquisición preferente, la Sociedad Limitada Y acepta el contrato tal y como se lo presenta la Sociedad Limitada X en la oferta, si bien de acuerdo con las cláusulas estatutarias puede someter la determinación del precio a un tercero en caso de desacuerdo, como se da en este supuesto.

En este punto, es preciso señalar que el consentimiento puede abarcar el precio, pero también el medio para su determinación, con lo cual como analizaremos de un modo

⁶ LACRUZ MANTECÓN, M.L., *Obligaciones y contratos*, cit., p.242.

⁷ CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, cit., p.77.

⁸ CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, cit., p.173.

más pormenorizado en el siguiente apartado, no es necesaria su exacta fijación para la perfección del contrato de compraventa de participaciones.

B) Incidencia de la determinación del precio en la perfección del contrato

La siguiente cuestión que nos planteamos gira en torno a la determinación del precio por el cual se ha de producir la perfección del contrato de compraventa de participaciones sociales. De nuevo, deberemos acudir al Código Civil, pese a encontrarnos ante una compraventa mercantil. Concretamente, en los arts. 1447, 1448 y 1449 CC, relativos a la compraventa civil, se recoge la fijación del precio, que es lo que vamos a analizar.

Según el art. 1447 CC no se precisa la determinación exacta del precio para la perfección de la compraventa, siendo posible que se fije por referencia a cosa cierta o que se deje su señalamiento al arbitrio de una persona determinada. Como indica CUADRADO PÉREZ⁹, en la oferta «pueden estar contenidos los elementos esenciales del contrato de manera determinada, o bien puede haberse fijado un método para su posterior determinación».

En este supuesto, la Sociedad Limitada Y ejercitó su derecho de adquisición preferente a través del burofax enviado el 26 de marzo de 2018. Aunque mostró su negativa a pagar el precio que había ofrecido la Sociedad Limitada V a la Sociedad Limitada X, eso no constituía un obstáculo para la perfección del contrato.

En este sentido se manifiesta CARRASCO PERERA¹⁰ que afirma que «conforme a la doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2000¹¹ el contrato se perfecciona aunque exista un desacuerdo sobre el precio, siempre que en los estatutos sociales esté contemplado un mecanismo de fijación de precio, que sea objetivamente producible por un tercero experto». Asimismo, existe

⁹CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Real Colegio de España, Zaragoza, 2003, p.79.

¹⁰ CARRASCO PERERA, A., «Perfección del contrato en ejercicio de un derecho societario de adquisición preferente y de un derecho de retracto legal», Carrasco (dir.), en Tratado de la compraventa, vol. I, Aranzadi, Madrid, 2013.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, del TS, de 29 noviembre de 2000 (RJ\2000\9245).

numerosa jurisprudencia que apoya dicho posicionamiento en torno a la fijación del precio¹².

Por tanto, basta con que haya una previsión estatutaria que permita establecer el precio *a posteriori*. Concretamente, estatutariamente se había fijado una previsión en virtud de la cual, ante la negativa a pagar un determinado precio por considerado excesivo, se sometía la fijación del precio a una serie de métodos. En este caso, al no poderse determinar el precio conforme al valor resultante de las cuentas anuales, al no haber sido auditadas, se hizo uso del siguiente mecanismo previsto en los Estatutos Sociales, que era el sometimiento de la fijación del precio a un auditor externo escogido por las partes de mutuo acuerdo.

Con lo cual, no se aplica el art. 1448 CC que establece unos criterios objetivos para la fijación del precio. Nos encontramos en esta ocasión ante la aplicación de un criterio subjetivo en el que, como señala LACRUZ BERDEJO,¹³ interviene un arbitrador que conforme a los criterios fijados por las partes, o no, como es el caso, determina el valor de aquello que es objeto de compraventa. Específicamente, el arbitraje al que está sometida la fijación del precio es de equidad, por aplicación analógica del art. 1690 CC relativo a la distribución de pérdidas y ganancias por un tercero.

Por otro lado, el art. 1449 CC señala que «el precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes», lo cual en este asunto se da, ya que a través de los Estatutos Sociales se somete su fijación a un auditor externo elegido de mutuo acuerdo por las Sociedades Limitadas X e Y, como hemos mencionado. En consecuencia, el precio no es determinado por una de las partes, pues en caso contrario, como señala LACRUZ

¹² Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18^a), de 27 mayo de 2004 (AC\2004\1685), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4^a), de 11 julio de 2007 (JUR\2008\2375), la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, de 26 junio de 2009 (JUR\2010\95480), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28^a), de 8 octubre de 2010 (JUR\2010\374113), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1^a), de 29 octubre de 2010 (JUR\2011\42703), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1^a), de 30 junio de 2011 (JUR\2011\414065), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4^a), de 30 mayo de 2012 (JUR\2012\124201) o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección Única), de 5 de junio de 2001 (JUR\2001\227611).

¹³ LACRUZ BERDEJO, J. L. y DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos del contrato civil. Derecho de obligaciones. Contratos y cuasicontatos, delito y cuasidelito*, tomo II, vol. II, 5^a edición, Dykinson, Madrid, 2013, p. 18.

MANTECÓN¹⁴, «si se dejase al arbitrio de uno de los contratantes la fijación del precio esto equivaldría a vulnerar el art. 1256 CC».

En definitiva, podemos concluir que la indeterminación del precio no implica que no se haya perfeccionado el contrato, ya que estatutariamente se han estipulado una serie de criterios para su fijación *a posteriori*, que cumplen con los requisitos legales.

C) Identificación de la oferta y la aceptación en el contrato

Una vez hemos aclarado que se dan todos los elementos esenciales del contrato y que el precio no supone una traba para la perfección, debemos determinar cuál es el momento en que tiene lugar la perfección del contrato de compraventa de participaciones sociales.

Dicho momento se da cuando media el consentimiento de las partes sobre el objeto y la causa del contrato. En concreto, tiene lugar cuando realizada la oferta por la parte vendedora, la parte compradora muestra su aceptación a lo dispuesto en el contrato.

Por tanto, han de mediar dos declaraciones de voluntad, que hemos de localizar a efectos del dictamen. Hay una parte que realiza la oferta, que es la Sociedad Limitada X y otra que ante dicha oferta manifiesta la aceptación, que es la Sociedad Limitada Y.

En cuanto a la oferta, esta se da cuando la Sociedad Limitada X remite el 16 de marzo de 2018 un burofax a la Sociedad Limitada Z, en el que le notifica que la Sociedad Limitada V ha realizado una oferta por el 100 % de sus participaciones y que tiene intención de proceder a la transmisión de las participaciones.

Por otro lado, la aceptación se realiza el 26 de marzo de 2018, cuando la Sociedad Limitada Y manifiesta que ejercita el derecho de adquisición preferente, aunque no está de acuerdo con el precio de la oferta realizada por la Sociedad Limitada V a la Sociedad Limitada X.

En este punto, en relación con el ejercicio del derecho de adquisición preferente y la perfección del contrato de compraventa de participaciones, es preciso analizar qué figuras se asemejan al ejercicio de este derecho.

En primer lugar, se ha de hacer alusión el retracto, en el cual se produce una subrogación en un contrato con posterioridad a la enajenación de un bien. En atención a

¹⁴ LACRUZ MANTECÓN, M. L., *Obligaciones y contratos*, vol. II, Kronos, Zaragoza, 2014, p.322.

lo expuesto, se ha de descartar la asimilación a dicha figura, puesto que en el supuesto objeto de estudio ni la Sociedad Limitada X llega a celebrar un contrato de compraventa con un tercero, en el caso la Sociedad Limitada V; ni la Sociedad Limitada Y ejerce su derecho frente a ese tercero una vez tiene lugar la compraventa.

Dicho razonamiento lo apoya la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de marzo de 2010¹⁵ que dice que «la adquisición preferente no supone la subrogación en un contrato de compraventa o sustitución de un comprador...».

En segundo lugar, cabe señalar que el derecho de adquisición preferente sí es asimilable al tanteo, en tanto en cuanto un sujeto tiene preferencia para la adquisición de un bien antes de que se lleve a cabo la transmisión. Esto es lo que sucede en el caso, pues la Sociedad Limitada X, que ha recibido una oferta de la Sociedad Limitada V, pone en conocimiento de la Sociedad Limitada Z esta situación, y esta a su vez notifica a la Sociedad Limitada Y, que ejercita su derecho de adquisición preferente.

En este sentido se manifiesta la jurisprudencia menor, en concreto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18, de 27 de mayo de 2004¹⁶ afirma que «el denominado derecho de adquisición preferente más que el ejercicio de un derecho de opción pues lo que hoy es una limitación a libre transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales establecido estatutariamente, se constituye como un derecho de tanteo, en el sentido de derecho de adquirir un determinado bien con preferencia a otro adquirente cuando el propietario proyecta su transmisión».

No obstante, hemos de separar el ejercicio del derecho de adquisición preferente del tanteo puro en el caso objeto de estudio. La base de dicha negativa es que mientras en el tanteo puro el beneficiario del derecho de adquisición preferente obtiene las participaciones por el precio que el tercero ofrece, en este supuesto se puede mostrar la negativa al precio ofrecido por un tercero. En este asunto, la Sociedad Limitada Y ejerce su derecho de adquisición preferente, pero muestra su negativa a pagar el precio ofrecido por la Sociedad Limitada V a la Sociedad Limitada X. Por tanto, no posee la obligación en caso de ejercitar su derecho de pagar el precio de la oferta realizada por el tercero ajeno a la Sociedad Limitada Z.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de marzo de 2010 (RJ\2010\3915)

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18^a), de 27 mayo de 2004 (AC\2004\1685).

En apoyo de lo anterior, PERDICES HUETOS¹⁷ señala que tan solo se produciría una asimilación al tanteo puro en caso de falta de regulación estatutaria, aplicándose un régimen de preferencia ilimitada. Sin embargo, en este caso existe una cláusula estatutaria que regula los supuestos en que se ejercita el derecho de adquisición preferente y que estipula que se pagará el precio de la oferta realizada por tercero, salvo impugnación por el socio comprador, en cuyo caso se fijan una serie de criterios sucesivos para la determinación del precio.

Continuando con esta postura contraria al tanteo puro, se ha de destacar de nuevo la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2010, en la que se hace alusión a una transmisión de acciones, pero es perfectamente extensible al ámbito de las participaciones sociales. En virtud de esta sentencia, se equipara el ejercicio del derecho de adquisición preferente al tanteo, con la diferencia de que en caso de ejercicio del derecho de adquisición preferente el precio puede o no coincidir con el *tantum*, hecho que se da en el caso objeto de estudio. En atención a ello, el derecho de adquisición preferente es asimilable al tanteo, pero con la diferencia de que el precio que ha de pagar el que ejercita el derecho, no ha de ser necesariamente el ofrecido por un tercero.

En consecuencia, podemos concluir que la falta de fijación del precio no supone un obstáculo para considerar perfeccionada la compraventa. Basta, como es el caso, con la determinación estatutaria de unos criterios para su fijación *a posteriori*.

2.2. Relevancia de la elevación a escritura pública del contrato

Por último, hemos de analizar si para perfeccionar el contrato de compraventa de participaciones se precisa su elevación a escritura pública o no. A tal fin, hemos de acudir tanto a la jurisprudencia como a la doctrina para dar respuesta a este cuestión. Es esta una cuestión fundamental ya que en caso de no considerarse perfeccionado el contrato, la Sociedad Limitada X deberá continuar siendo socio de la Sociedad Limitada Z, al no poder vender tampoco las participaciones sociales a la Sociedad Limitada V, dado el tiempo que ha transcurrido desde que se formuló y notificó la oferta.

¹⁷PERDICES HUETOS, A., *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, Madrid, 1997 pp. 235 y ss.

En primer lugar, la jurisprudencia ha resultado bastante clara a este respecto. Conviene destacar inicialmente las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 2011¹⁸ y de 5 de enero de 2012¹⁹. Tanto una como otra manifiestan que la exigencia de documento público *ex art. 106.1 LSC* no constituye un requisito *ad substantiam o ad solemnitatem*, esto es, no es un requisito esencial para que tenga lugar la perfección del contrato de compraventa de participaciones sociales.

En atención a dicha doctrina judicial, y descartando la posibilidad de que la plasmación en documento público sea requisito esencial, solo cabe considerar que este acto formal tenga una función *ad probationem y ad exercitum o utilitatem*. Por ende, el traslado a escritura pública de la compraventa de participaciones serviría como medio probatorio por un lado y como medio para oponerse a la transmisión a terceros de las participaciones por otro lado, tal y como hace de un modo similar el art. 1279 CC.

En este sentido, se manifiesta también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1^a, de 12 de abril de 2011²⁰, la cual es anterior a la primera sentencia del Tribunal Supremo, que es la que sentó la base doctrinal a seguir en lo relativo a la perfección en los supuestos de transmisión de participaciones sociales.

En segundo lugar, la doctrina administrativa, concretamente de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN)²¹, y la doctrina científica²² defienden dicha concepción de la escritura pública como requisito *ad probationem y ad exercitum o utilitatem*. Por tanto, se puede afirmar que hay muy pocas voces disidentes respecto a esta cuestión.

Si bien la doctrina jurisprudencial, administrativa y científica otorgan estos dos efectos a la elevación a escritura pública, conviene recordar otra función ya mencionada. Como indicamos, la elevación permite la entrega de las participaciones, constituyendo el modo a efectos del art. 609 CC, pues no se pueden plasmar en título *ex art. 92.2 LSC*.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 2011 (RJ/2011\3591).

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de enero de 2012 (ECLI: ES: TS: 2012:258).

²⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1a), de 12 abril de 2011 (JUR/2011\185943).

²¹ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de marzo de 2015 (JUR/2015/100974).

²² HERNÁNDEZ VELASCO, M., «Compraventa de participaciones sociales, ¿en escritura pública?», *Iuris & lex*, nº 162, 2018.

Además, la elevación a escritura pública es el paso previo para la adquisición de la condición de socio.

En consecuencia, la plasmación en escritura pública del contrato de compraventa no constituye un aspecto esencial para su perfección, siendo solo necesarios los requisitos anteriormente mencionados. Sin embargo, para la ejecución del contrato, sí será necesaria la elevación a escritura pública de las participaciones, puesto que son bienes incorporales que no se pueden representar en títulos de acuerdo con el art. 92.2 LSC, ya mencionado.

3. PRECIO DE TRANSMISIÓN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES

Una vez hemos aclarado la problemática en torno a la perfección del contrato de compraventa de participaciones sociales, que se dio en el momento en que la Sociedad Limitada Y ejercitó el 26 de marzo de 2018 su derecho de adquisición preferente, es preciso analizar la siguiente cuestión controvertida que es la relativa a la determinación del precio por el cual se han de transmitir las participaciones sociales.

Como hemos mencionado, el precio no es imprescindible que esté determinado, pero ha de ser determinable *ex art. 1447 CC* según criterios objetivos o subjetivos, como es el caso. Por tanto, resulta un elemento esencial para que pueda obligarse a la contraparte a transmitir las participaciones sociales, siendo muestra de ello la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2000²³.

Desde luego, a la Sociedad Limitada X le interesa la venta por el precio más alto, esto es, por el precio determinado por el auditor externo elegido de mutuo acuerdo con la Sociedad Limitada Y. No obstante, a esta última le interesa obtener las participaciones por el precio por el cual se realizó la oferta a la Sociedad Limitada X e incluso es muy probable que trate de solicitar que se admita un precio de venta inferior al de la oferta realizada por el tercero ajeno a la sociedad.

A pesar de las posibles pretensiones que se puedan suscitar en torno al precio por la Sociedad Limitada Y, lo cierto es que como hemos señalado, rige la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) en materia de transmisión de participaciones *inter vivos*, al existir un régimen dispositivo. Con lo cual, atendiendo a lo estipulado estatutariamente,

²³ Véase FJ 2º apartado de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2000, (RJ\2000\9245).

ante la negativa a pagar el precio por parte de la Sociedad Limitada Y, se ha de acudir a los mecanismos que se prevén de manera sucesiva en los Estatutos Sociales.

En concreto, en el supuesto que estamos analizando, se hace uso de un auditor externo elegido por las partes, al no haber sido auditadas las cuentas anuales. Para la fijación del precio, el auditor utiliza una serie de criterios con el objetivo de obtener el valor real de las participaciones. Como indica CHEVES AGUILAR²⁴, se ha de entender por valor real «la proyección de la porción que el socio tiene sobre el patrimonial social, es decir, lo que el socio tiene derecho a percibir como reflejo de esa participación cuando por un motivo determinado, va a quedar fuera de la entidad corporativa».

Por ende, como afirma GÜEL FRADERA²⁵, aunque nos encontramos ante una sociedad limitada, que es por naturaleza una sociedad cerrada, eso no implica que se vea afectado el valor razonable de transmisión, esto es, que se produzca la transmisión de las participaciones por un valor que sea notablemente inferior y que, en definitiva, afecte de manera negativa en sus beneficios al socio vendedor. Se trata de establecer un límite a la propia limitación a la transmisión típica de este tipo de sociedades, no viéndose de este modo afectado el precio de transmisión, sentido en el que se manifiesta la DGRN.

En atención a ello, el método empleado por el auditor es acorde para la fijación del precio. Sin embargo, puede plantearse por la Sociedad Limitada Y que el auditor debió determinar el precio conforme al valor contable de las participaciones sociales. En este punto cabe indicar que tanto la DGRN²⁶ como legalmente, *ex art. 188 RRM*, se recoge la posibilidad de tomar el valor contable para fijar el precio. Igualmente la doctrina apoya dicha fijación del precio conforme al valor contable²⁷, incluso extendiendo esta

²⁴ CHEVES AGUILAR, N., *El derecho de adquisición preferente como cláusula restrictiva a la transmisibilidad de las acciones y de las participaciones sociales*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 257 y 258.

²⁵ GÜEL FRADERA, P., «Consideraciones sobre la eficacia y validez del pacto estatutario modificativo del criterio de valor razonable para la adquisición preferente de participaciones sociales», *RdS*, nº 26, 2006, pp. 41 y ss.

²⁶ Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 15 noviembre de 2016 (JUR\2016\6056).

²⁷ MASA SÁNCHEZ-OCAÑA, C., «El ejercicio del derecho de adquisición preferente por el valor contable de las participaciones», *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 928, 2017, p. 9.

posibilidad a la transmisión de acciones siempre que se estipule estatutariamente, tal y como señala DÍAZ MARROQUÍN²⁸.

No obstante, ha de tenerse en cuenta el contexto temporal en que fueron elaborados los Estatutos Sociales. Como hemos indicado en los Antecedentes de Hecho, la Sociedad Limitada Z se creó el 5 de abril de 2008, no registrándose ninguna modificación en los Estatutos Sociales desde entonces. En aquel momento, únicamente se podía fijar el precio conforme al valor real de las participaciones, con lo cual, no tenía cabida la determinación del precio de acuerdo al valor contable, pues hasta 2015 no existía ninguna resolución en este sentido.

En virtud de dicho planteamiento, lo más lógico es considerar que se ha de fijar el precio conforme al valor real de las participaciones, ya que en el momento en que fueron elaborados los Estatutos Sociales, existía solo una vía para fijar el precio, siendo la determinación conforme al valor contable novedosa.

Como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 27 de diciembre de 2011²⁹, «los estatutos deben interpretarse tanto conforme a su sentido literal, como complementado por el sentido lógico y sistemático de sus preceptos, [...].» Por tanto, al aplicar el auditor externo el valor real para determinar el precio ha obrado correctamente, puesto que ha tenido en cuenta el contexto en que se crearon los Estatutos Sociales.

Además, en relación con lo anterior, podría hacerse extensible lo dispuesto por la Sentencia de 2 de noviembre de 2012, analizada por GILI SALDAÑA³⁰ y que sienta un precedente en materia de determinación del valor por un auditor. A este respecto señala que «ante la falta de un criterio claro, se impide impugnar el valor de las acciones».

En conclusión, la Sociedad Limitada Y ha de proceder al pago del precio resultante del informe emitido por el auditor. Se ha de acatar lo dispuesto por los Estatutos Sociales,

²⁸ DÍAZ MARROQUÍN, F., «Sobre la validez de un pacto extraestatutario modificado del criterio del valor real establecido en estatutos para la adquisición preferente de acciones por los socios», *RdS*, nº 17, 2001, pp. 287 a 294.

²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5^a), de 27 de diciembre de 2011 (JUR\2012\64575).

³⁰ GILI SALDAÑA, M. Á., «Sentencia de 2 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10422). Adquisición preferente de acciones: perfección del contrato y precio de transmisión», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 92, 2013, pp. 489 a 524.

pues la elección del auditor ha sido correcta y, por otro lado, el criterio empleado también, pues como hemos señalado se ha de tener en cuenta que en el momento en que se elaboraron los Estatutos no existía la posibilidad de fijar el precio conforme al valor contable.

Cuestión distinta sería entrar a valorar si el auditor ha realizado el cálculo del precio de un modo incorrecto, pero en este supuesto no se plantea³¹ si ha actuado con arbitrariedad o conforme a las reglas del arte exigibles en el desempeño del encargo.

4. VÍAS DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO SURGIDO ENTRE LOS SOCIOS

4.1. Vía extrajudicial: mediación y arbitraje

Antes de poner en marcha la vía judicial es imprescindible llevar a cabo un análisis de otras posibles vías de resolución de controversias. Por ello, en atención a la situación expuesta trataremos de estudiar los métodos alternativos que son usualmente empleados para ver si, en este supuesto, pueden tener eficacia.

Nos centraremos en dos mecanismos extrajudiciales, la mediación y el arbitraje. Tanto uno como otro se caracterizan por la rapidez, la sencillez, la reducción de costes y la minimización de las trabas que pueden surgir a lo largo del procedimiento judicial³². Ambos pueden plasmarse estatutariamente, y así lo ha manifestado la DGRN en la Resolución de 25 de junio de 2013³³.

La mediación viene regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante LMC). Es un sistema de gestión de controversias voluntario en el que las partes en conflicto, con ayuda de un tercero, resuelven sus diferencias alcanzando por sí mismas un acuerdo³⁴. Por tanto, las partes enfrentadas son las que realizan el intercambio de propuestas, siendo un tercero quien las guía para que

³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1ª), de 30 de junio de 2011 (ECLI: ES: APO: 2011:1323).

³² DORADO PICÓN, A., «El arbitraje y la mediación en España», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29, 2013, pp. 1 a 8.

³³ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2013 (RJ 2013\5778).

³⁴ SAN CRISTÓBAL REALES, S., «Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2013, pp. 39 a 62.

logren un futuro pacto³⁵. Esto constituye un punto a favor de este mecanismo, puesto que de llegarse a un acuerdo, es mucho más factible que lo cumplan las partes.

Para llevar a cabo la mediación se precisa el nombramiento del mediador, que ha de cumplir con los requisitos contenidos en los arts. 11 LMC, y 3 y ss. del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante RDMC). Puede determinarse directamente por las partes y también puede hacerse uso de las instituciones de mediación, que se encargarán de disponer quién será el mediador para el asunto concreto, escogiendo entre las personas que integran dicha institución, aquel que posea mayor conocimiento del asunto objeto de controversia.

Dicho esto, en el supuesto objeto de estudio, no existe una cláusula estatutaria que regule esta figura. Por ello, las partes serían las que deberían promover de mutuo acuerdo la asistencia a un mediador. No obstante, resulta complejo que las partes diriman su conflicto haciendo uso de este mecanismo, puesto que la cuantía dineraria es bastante elevada.

En todo caso, únicamente resultaría factible acudir a una institución de mediación, puesto que las partes no parecen proclives a escoger el sujeto que va a guiarles en este proceso extrajudicial. Con ello se eliminaría la traba que supone que las partes en conflicto elijan el mediador. En Zaragoza existen dos instituciones de mediación a destacar. Por un lado, la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación³⁶, y por otro, el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza (en adelante ReICAZ)³⁷. Tanto una como otra poseen profesionales con experiencia en las diversas materias jurídicas que se pueden someter a mediación, por lo que considero que el criterio diferencial a la hora de seleccionar una u otra institución es el coste que pueden suponer.

Analizando lo expuesto, en el ReICAZ el coste resulta inferior. Si bien la tasa de administración que se ha de pagar en la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación es de

³⁵ CONDE CARREÑO, S., LARA NÁJAR, D., y BUSTILLO GUZMÁN, J., «La mediación en el ámbito del conflicto empresarial», *Working Paper IE School*, 2013.

³⁶ <http://www.cortearagonesadearbitraje.com/Documentacion.asp?id=6>. Fecha de acceso: 30 de octubre de 2018.

³⁷ Reglamento del Servicio de Mediación del ReICAZ.

10 €, por los 90 € que se pagan en el ReICAZ, *a posteriori* se ha de pagar bastante más en materia de honorarios al mediador.

Específicamente, en la sesión informativa en el ReICAZ no se cobra nada, mientras que en la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación se cobran 140 €.Después, el ReICAZ en las tres primeras sesiones, cobra 70 €, por los 100€ que cobra la Corte Arbitral; y en las siguientes sesiones el ReICAZ cobra 80 € por sesión, manteniéndose los 100 € por sesión de la Corte Arbitral. Con lo cual, es mucho más rentable acudir al ReICAZ, siendo esta la institución a la que acudiría.

También puede plantearse ante la falta de una cláusula que regule la sumisión a mediación de los conflictos entre socios, la modificación estatutaria para la introducción de esta figura conforme a los arts. 285 y ss. LSC. Sin embargo, carece de sentido llevar a cabo tal procedimiento teniendo en cuenta que una parte va a dejar de formar parte de la sociedad, y que si hay sintonía entre las partes no se requiere esta modificación, basta con la voluntad de acudir a un mediador. Además, supone un coste temporal, puesto que ha de llevarse a cabo la convocatoria de junta, la redacción de la modificación y el sometimiento a aprobación, y un coste económico, al tener que elevar a escritura pública la modificación estatutaria e inscribirla en el Registro Mercantil.

Asimismo, ante dicha posible modificación se plantea un problema, que es si se aplica la cláusula de sumisión a mediación una vez generado el conflicto. Desde nuestro punto de vista, aunque se haya generado el conflicto con anterioridad a la estipulación de la cláusula, consideramos que esta puede tener efectos retroactivos. El motivo es la autonomía de la voluntad que rige a la hora de formular las cláusulas estatutarias. En principio, dicha retroactividad no supondría la introducción de una cláusula contraria a la ley, y por tanto, nula. En consecuencia, se puede introducir una cláusula en la cual de un modo expreso se reconozca efectos retroactivos a la sumisión a mediación.

No obstante, se ha de realizar una matización, puesto que no es lo mismo que el conflicto esté en vía judicial o que el conflicto aún no se haya dirimido por ninguna vía. Si está en sede judicial, la sumisión carece de sentido. Sin embargo, si se ha estipulado la sumisión y *a posteriori* alguna de las partes acude a la vía judicial, la parte contraria ha de poder hacer uso de la declinatoria regulada en el art. 10.2 párrafo tercero LMC en relación con los arts. 63 y ss. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

(en adelante LEC). Del mismo modo, conforme al art. 10.2 párrafo tercero LMC, se deberá actuar si se acude al arbitraje.

Aclarada la anterior cuestión, por último, ha de tenerse en cuenta que de haberse establecido estatutariamente la obligatoriedad de la mediación, lo cual no se da en el supuesto, habría que acudir ante el mediador, pero ello no implica que se deba adoptar acuerdo, pues en la mediación cualquiera de las partes puede darla por finalizada en cualquier momento. En definitiva, ante una situación conflictiva, dicho mecanismo tiene muy pocas posibilidades de prosperar.

El arbitraje es el otro medio alternativo de resolución de controversias que vamos a analizar. También cabe estipular estatutariamente el sometimiento a arbitraje de las controversias entre socios, desde la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de abril de 1998³⁸. Se caracteriza porque un árbitro toma una decisión, denominada laudo arbitral, a la que las partes se han de someter, salvo que se dé alguna de las causas de nulidad recogidas en el art. 41 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LARB), situación en la que la parte afectada puede impugnar.

Uno de los aspectos positivos del arbitraje radica en que las partes han de cumplir obligatoriamente el laudo arbitral, puesto que en caso contrario este constituye título ejecutivo en sede judicial *ex art. 44 LARB* en relación con el art. 517.2.2º LEC, siempre y cuando se eleve a escritura pública. Sin embargo, a diferencia de la mediación, las partes no adoptan el acuerdo, por lo que la posibilidad de cumplimiento quizás sea menor.

Asimismo, el arbitraje supone un equivalente jurisdiccional. Por tanto, no es una figura complementaria de los tribunales. En este sentido, cabe destacar las Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 43/1988, 15/1989 y 62/1991³⁹, que exponen los requisitos que ha de tener el arbitraje para ser equivalente jurisdiccional y de este modo ser un

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de abril de 1998 (RJ\1998\2984).

³⁹ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 16 de marzo de 1998 (ECLI:ES:TC:1988:43), la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de enero de 1989 (ECLI:ES:TC:1989:15) o la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 22 de marzo de 1991 (ECLI:ES:TC:1991:62).

mecanismo garantista para aquellos que hacen uso de él⁴⁰, lo cual es positivo y fomenta la utilización de este medio de solución de controversias.

En cuanto al nombramiento del árbitro o de los árbitros hemos de acudir al título III LARB. En él, se recoge la posibilidad, al igual que en la mediación, de acudir a un árbitro o árbitros concretos, o al arbitraje institucional, en virtud del cual determinadas entidades con potestad nombran árbitros. Tanto en uno como en otro caso, el árbitro ha de aceptar el cargo, debiéndose tener en cuenta que se puede recusar si se considera que no va a ser imparcial, lo que supone una mayor confianza en el laudo arbitral que se va a dictar.

En lo concerniente a la aplicación de este mecanismo, hemos de señalar que al igual que en el supuesto de la mediación, no está estipulada estatutariamente la sumisión, si bien es cierto que existe una mayor posibilidad de hacer uso de este medio, al ser el laudo dictado por un sujeto experimentado y, además, ostentar la consideración de título ejecutivo si se incumple.

También a través de modificación estatutaria⁴¹ se podría introducir la obligación de sumisión a arbitraje, siguiendo los preceptos indicados para la mediación. Para este supuesto, debería tomarse en consideración, además de las previsiones contenidas en la LSC en lo relativo a modificación de estatutos, el art. 11 bis LARB, que regula la mayoría exigida para la introducción de una cláusula estatutaria que incluyese la sumisión a arbitraje, que es de dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.

No obstante, como he señalado, carece de sentido proceder a la modificación estatutaria para someterse al arbitraje. Por tanto, la vía más factible, sería que las partes pactasen directamente resolver su disputa ante un árbitro.

Aunque a la vista de lo expuesto, el arbitraje sería el mecanismo más acorde para las partes, en este supuesto, ha de tenerse en cuenta un factor de vital importancia como es el coste que puede suponer. Atendiendo al art. 10 del Reglamento de la Corte Aragonesa

⁴⁰ MERINO MERCÁN, J.F., «Configuración del arbitraje intrasocietario en la ley 11/2011», *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 29, 2013, pp. 1 a 37.

⁴¹ MARTÍN MORAL, M.F., «El arbitraje estatutario en las sociedades de capital», *RdS*, nº 51, 2017, pp. 255 a 274.

de Arbitraje, se deberá hacer una provisión inicial de fondos para atender las costas del arbitraje, no celebrándose en caso contrario.

Además el art. 43 indica que en caso de laudo desfavorable para una de las partes, esta deberá proceder al pago íntegro de las costas con la provisión de fondos realizada, todo ello sin perjuicio de pacto en contrario entre las partes.

Por ende, a la vista de lo expuesto, tanto la mediación como el arbitraje son sistemas de resolución de controversias que resultan de especial interés sobre todo en temas de menor cuantía y donde el trasfondo del problema es fundamentalmente personal, pudiendo ambos integrarse en una misma cláusula estatutaria, que se conoce med-ab⁴², a través de la cual, las partes acuden a la mediación, y si esta es infructuosa se someten a arbitraje, lo que supone una medida de aseguramiento de un acuerdo o resolución.

En atención a lo expuesto, podemos concluir que es más conveniente hacer uso de la vía judicial. Si bien estos dos mecanismos poseen una serie de ventajas con respecto a la vía judicial, al ser la cuantía objeto de controversia muy elevada y al no haberse estipulado estatutariamente estos mecanismos, resulta difícil que haya sometimiento de las partes a estos.

4.2. Vía judicial

A) Acciones a ejercitar

En el supuesto objeto de estudio consideramos oportuno que se ejercent tres acciones, que se recogen dentro del art. 5.1 LEC, y que se han de resolver en el siguiente orden:

1. Acción declarativa de perfección del contrato.
2. Acción de reclamación de cantidad.
3. Acción solicitando la elevación a escritura pública.

En primer lugar, se ha de interponer la acción declarativa de perfección del contrato, ya que si el juez considera que no se ha perfeccionado, carece de sentido entrar a valorar el precio por el cual se ha producido la compraventa.

⁴² CUÉLLAR TIJERINA, E.S., *La Cláusula med-arb en la actualidad*, Tesis Doctoral, Universidad Pompeu Fabra, 2015.

Desde nuestro punto de vista, como ya hemos expuesto con anterioridad, sí se ha dado la perfección del contrato y, por tanto, se ha de resolver positivamente nuestra pretensión. La base de dicha afirmación es que consideramos que al ejercitarse la Sociedad Limitada Y el derecho de adquisición preferente el 26 de marzo de 2018, entendemos que se ha producido el concurso con la oferta realizada por la Sociedad Limitada X el 16 de marzo de 2018 y, por tanto, ha tenido lugar la perfección del contrato.

Dicho esto, en segundo lugar, si existe resolución favorable, ha de ejercitarse la acción de reclamación de cantidad. El objetivo de esta acción es que se proceda al abono del precio determinado por el auditor externo. Siguiendo lo dispuesto en el dictamen, la Sociedad Limitada Y ha de pagar el precio fijado por la Sociedad Limitada Profesional K, puesto que los Estatutos Sociales así lo disponen en caso de impugnación del precio cuando se ejerce el derecho de adquisición preferente (art. 12.5 Estatutos Sociales).

Junto con el precio por el cual se ha de proceder a vender las participaciones, se han de exigir también los intereses de demora ex art. 1.100 CC en relación con el art. 1.108 CC, tomando como fecha a efectos de cálculo el día 16 de abril de 2018, en el cual se formalizó el Acta Notarial en el que se plasmó la inasistencia de la Sociedad Limitada Y. Al no existir convenio al respecto, se tomará el interés legal atendiendo al mencionado precepto. Por tanto, el interés legal será del 3% en virtud de la Ley de Presupuestos Generales del Estado⁴³.

En tercer lugar, una vez determinado el precio, al objeto de que se produzca la *traditio*, ha de solicitarse que se eleve a escritura pública el contrato de compraventa de participaciones sociales. Sin embargo, tal y como señalamos en la demanda que se anexa, para que esto tenga lugar ha de producirse y acreditarse de un modo previo el pago por parte de la demandada, que es lo que interesa a nuestra representada.

Por último, en relación con el ejercicio de estas acciones, hay que tener en cuenta el principio de justicia rogada, regulado en el art. 216 LEC. Dicho principio supone que el juez que ha de resolver un asunto, ha de tener exclusivamente en cuenta las aportaciones

⁴³ Véase en DA 50 de Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

y las pretensiones expuestas por las partes⁴⁴. Como señala el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 30 de noviembre de 2016, junto con otras sentencias,⁴⁵ «el principio de justicia rogada, solo exige que la resolución de un asunto se efectúe dentro del ámbito fáctico y jurídico en que fue planteado, con respecto a la *causa petendi* [causa de pedir], a la sustancia de lo interesado y sobre los elementos probatorios aportados por las partes...».

En consecuencia, en la redacción de la demanda habrá que prestar especial atención al detallar la cuantía económica que se exige, puesto que la suma dineraria que va a ser objeto de pleito es importante y el juez únicamente va a atender a las pretensiones de las partes, que no pueden ser objeto de modificación.

B) Acumulación de acciones

Si bien las acciones se deberán resolver en el orden señalado en la letra anterior, no se ejercitarán individualmente. El motivo es que puede llevarse a cabo su acumulación objetiva *ex art. 71 LEC*. De acuerdo con este precepto, varias acciones, siempre que no sean incompatibles, pueden ejercitarse conjuntamente si el demandado es el mismo. Por tanto, han de cumplirse dos requisitos para que se dé la acumulación objetiva.

Primeramente, las acciones han de ser compatibles. Como he señalado, están interrelacionadas, puesto que para el ejercicio de la segunda acción, se ha de resolver la primera, y lo mismo ocurre respecto de la tercera y la segunda acción. En consecuencia, al tratar de obtener a través de dichas acciones la perfección y ejecución del contrato de compraventa, existe compatibilidad.

Finalmente, se exige que el demandado sea el mismo, hecho que se da, pues la sociedad limitada Y es la parte demanda en las tres acciones. Por ende, se cumplen los dos elementos propios de la acumulación objetiva y se resolverá dicha controversia en una única resolución judicial.

C) Plazo y prescripción

⁴⁴ <https://www.eljuridistaoposiciones.com/justicia-rogada-civil-el-poder-de-disposicion-de-las-partes/>
Fecha de acceso: 17 de julio.

⁴⁵Véase el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 2016 (RJ\2016\5661), la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, del TS, 30 de marzo de 2009 (RJ\2009\2001) la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, del TS, de 25 de junio de 2009 (RJ\2009\6453) o la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2011 (RJ\2012\1777).

Para el ejercicio de la acción declarativa de perfección del contrato y de la acción de reclamación de cantidad, hemos de tener en cuenta el plazo de prescripción para las acciones personales regulado en el art. 1964.2 CC. De acuerdo con dicho precepto, modificado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil a través de la disposición final primera, el plazo de prescripción es de 5 años, por lo que al haber tenido lugar los hechos en 2018, hasta 2023 se podrán ejercitar ambas acciones.

Concretamente, para el cómputo del plazo, hemos de tener en cuenta el art. 1969 CC que dispone que «El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse». Por tanto, hemos de seleccionar a efectos de cómputo cuándo se pudieron ejercitar las acciones.

Atendiendo al relato fáctico, consideramos que la fecha que se ha de tomar es el día 16 de abril de 2018, puesto que es en este momento es cuando la parte contraria, ante la citación para acudir a formalizar el contrato de compraventa de participaciones sociales, no asiste a la notaría, lo cual supone una negativa a ejecutar el contrato que nosotros considerábamos perfeccionado.

Detallado el plazo para las dos anteriores acciones, hemos de aclarar de qué plazo disponemos para ejercitar la acción de elevación a público del contrato de compraventa de participaciones sociales. A tenor de lo dispuesto en la jurisprudencia, y atendiendo entre otras a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2011⁴⁶, dicha acción es imprescriptible. Como señala la mencionada sentencia:

«[...]la sentencia de 12 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4093), citada por el recurrente, resume dicha doctrina en los siguientes términos:”el comprador, en un contrato de compraventa perfeccionado, **se encuentra legitimado, sin cortapisas de plazo prescriptivo alguno**, para solicitar la total ejecución y consumación de lo convenido, y en torno a la cuestión de elevar a escritura pública un documento privado, es doctrina de la Sala que los contratos constituyen un todo orgánico, supeditadas las cláusulas accesorias a la que forma el núcleo, la obligación principal, causa del concurso de voluntades, y que el pacto de elevar a escritura pública lo convenido en el documento

⁴⁶Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2011 (RJ 2011\6837).

privado es una facultad más que una obligación, aunque no se exprese especialmente, y mientras subsista la vigencia del contrato y el ejercicio de los derechos y obligaciones a que haya dado nacimiento, pervive también el pacto accesorio de poder ser instrumentado públicamente, sin que el no haber hecho uso de ella enerve la acción que corresponda [Sentencias, entre otras, de 30 abril 1955 (RJ 1955, 1558); 9 mayo 1970 (RJ 1970, 2224) ; 12 febrero 1975 y 14 febrero 1986 (RJ 1986, 678)]”».

D) Competencia y procedimiento

De acuerdo con el art. 86 ter 2 a) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ) en relación con el art. 46 LEC poseen competencia objetiva los Juzgados de lo Mercantil, al ser la transmisión de participaciones sociales una materia que se encuadra dentro del Derecho de Sociedades y a su vez dentro del Derecho Mercantil. Como reza este precepto, se conocerán aquellos asuntos que « [...] se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas».

Por otro lado, para determinar en este supuesto la competencia territorial hemos de acudir al art. 51 LEC, puesto que no hay ninguna cláusula estatutaria en la que se regule el pacto de sumisión a un tribunal determinado. En virtud de dicho precepto «salvo que la ley disponga otra cosa, las personas jurídicas serán demandadas en el lugar de su domicilio». En consecuencia, se ha de acudir a los Juzgados de lo Mercantil de Zaragoza, que es el partido judicial en el que esta sito Jaulín, que es donde la sociedad limitada Y, que es persona jurídica, tiene el domicilio social.

El procedimiento a seguir será el juicio ordinario regulado en el art. 248.2.1º LEC, el cual hay que poner en relación con el art. 249.2 LEC que señala que «se decidirán también en juicio ordinario las demandas cuya cuantía excedan de seis mil euros y aquellas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo». En este caso, la cuantía objeto de la demanda, que son 2.100.000 €, resulta perfectamente determinable por la parte demandante *ex art. 253 LEC*, puesto que es el valor total otorgado a las participaciones por el auditor externo.

E) Legitimación. Abogado y procurador

En relación con la legitimación, es preciso hacer alusión al art. 6.1.3º LEC, que indica que las personas jurídicas pueden ser parte en los procesos. Por tanto, tanto el socio

vendedor como el socio comprador son legitimarios. No obstante, al ser ambos litigantes personas jurídicas, es necesario que un sujeto ostente la representación procesal de cada una de ellas *ex art.* 7.4 LEC y comparezca en su nombre en juicio.

A tenor de lo expuesto, un sujeto ha de actuar en nombre de las Sociedades Limitadas X e Y. Concretamente, de acuerdo con el art. 233.2 a) LSC «En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a este». Por tanto, ostentarán la representación de las Sociedades Limitadas X e Y, respectivamente, Don Faustino Heredia Gil y Doña Toribia González Menéndez.

Junto a lo señalado, en lo referente a la legitimación, hay que tener en cuenta el art. 10 LEC, que habla del requisito para ser legitimario, que no es otro que actuar como titular de la relación jurídica en cualquier momento del proceso. En el caso, las Sociedades Limitadas X e Y tienen la condición de legitimarias, ya que fueron las partes que perfeccionaron el contrato de compraventa de participaciones sociales que es objeto de controversia.

Aclarado el anterior extremo, es preciso señalar que la intervención del procurador en este proceso es obligatoria *ex art.* 23.1 LEC. Igualmente es obligatoria la intervención del abogado, en virtud del art. 31.1 LEC, al no ser de aplicación ninguna de las excepciones previstas a este concreto asunto.

F) Demanda, medios de prueba y tasas

La demanda (véase en ANEXO I) que ha de presentar la Sociedad Limitada X ha de seguir los requisitos indicados en el art. 399 LEC. En virtud de dicho artículo, deberán constar los datos y circunstancias de identificación del actor, incluyéndose junto a ellos los de su abogado y su procurador, así como los datos del demandado (Sociedad Limitada Y). A ello se adicionará el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados (en ambos casos el domicilio social) junto con los hechos y Fundamentos de Derecho, que han de estar debidamente separados.

Dentro de la demanda, resulta de especial interés la determinación de la cuantía conforme a los criterios fijados por la LEC. En este punto hemos de acudir al art. 251.1^a LEC que señala que si existe una cuantía determinada que es objeto de controversia se ha de litigar por esa cuantía, debiéndose plasmar en la demanda tal y como reza el art.

253 LEC. En este caso, la cuantía por la que se va a litigar, como hemos mencionado, es de 2.100.000 €.

Dicho esto, conviene señalar que junto a la demanda se deberán presentar una serie de documentos. Concretamente, en virtud del art. 264 LEC se han de adjuntar los poderes del procurador, que se regulan en el art. 24 LEC, y del abogado, así como los documentos o dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa.

A los anteriores documentos se unen otros, *ex art.* 265 LEC, que son los que tratan de probar o demostrar el fondo del asunto y que son muy variados (informes, certificados, dictámenes periciales, documentos en general,...). Por tanto, no son documentos procesales, sino que tratan de probar la veracidad de la demanda formulada.

En cuanto a los medios de prueba, estos vienen regulados en los arts. 299 y ss. LEC. Entre los diversos medios existentes resultan de interés en este supuesto tres. Por un lado, el interrogatorio de la parte contraria (301 y ss. LEC), nos ofrece la declaración del representante de la Sociedad Limitada Y, al cual se le va a preguntar sobre los hechos acontecidos. Desde luego, es muy importante dicho interrogatorio pues posiblemente permitirá fortalecer la postura expuesta, que considera que se ha producido el ejercicio del derecho de adquisición preferente.

Por otro lado, también es importante la prueba documental. En concreto, es preciso destacar la especial relevancia los documentos privados (324 y ss. LEC), sobre todo los burofax y las cartas certificadas con acuse de recibo, intercambiados entre las partes litigantes en el proceso de compra de las participaciones sociales. Por ello, en relación a este tipo de documentos privados, es preciso analizar qué valor probatorio tienen.

En primer lugar, por orden de importancia, hemos de analizar los burofax. A través de ellos se puede probar que un sujeto ha sido notificado, aunque rehúse recibir la notificación⁴⁷. Además, de acuerdo con la jurisprudencia⁴⁸, el burofax permite acreditar que el sujeto ha tenido acceso al contenido, lo cual resulta de gran interés, no pudiendo alegar la parte contraria su desconocimiento. Para ello, existen dos vías, por un lado, el acuse de recibo, que es un justificante de la recepción del envío y es el método

⁴⁷ Véase en la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja (Sección 1^a), de 6 de febrero de 2012 (JUR 2012\92424).

⁴⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17^a), de 3 de febrero de 2011 (AC 2011\360).

empleado en el supuesto y, por otro, el testimonio notarial de certificación de texto, a través del cual el Notario da fe inequívoca del contenido enviado.

En segundo lugar, están las cartas certificadas con acuse de recibo que se caracterizan, al igual que los burofax, por permitir probar su envío y recepción. Sin embargo, mediante carta certificada con acuse de recibo no se puede demostrar que el receptor ha tenido acceso al contenido. En este sentido se manifiesta la jurisprudencia, citando a modo ejemplificativo la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 abril de 2001⁴⁹, que hace alusión a dicho extremo.

Dicho esto, aclarado el valor probatorio del burofax y la carta certificada, es preciso hacer alusión a la correlación de documentos privados que se han de adjuntar a la demanda a efectos probatorios:

- Burofax con acuse de recibo de 15 de marzo de 2018 con la oferta realizada a la Sociedad Limitada X por el tercero ajeno a la sociedad.
- Burofax con acuse de recibo de 16 de marzo de 2018 remitido por la Sociedad Limitada X a la Sociedad Limitada Z, haciéndole constar que ha recibido una oferta, y que tiene intención de vender las participaciones.
- Carta certificada de 22 de marzo de 2018, en que la Sociedad Limitada Z comunica a la Sociedad Limitada Y la intención de la Sociedad Limitada X de vender sus participaciones.
- Burofax con acuse de recibo de 26 de marzo de 2018 remitido por la Sociedad Limitada Y a la Sociedad Limitada X en el que manifiesta su voluntad de ejercitar el derecho de adquisición preferente, pero por un precio distinto y proponiéndole la actuación de un auditor externo conforme a los Estatutos.
- Burofax con acuse de recibo de 27 de marzo de 2018 remitido por la Sociedad Limitada X a la Sociedad Limitada Y en el que el socio vendedor rechaza el auditor de la Sociedad Limitada Y y propone otro auditor.
- Carta certificada con acuse de recibo de 29 de marzo de 2018 remitida por la Sociedad Limitada Y a la Sociedad Limitada X aceptando el auditor propuesto.
- Carta certificada con acuse de recibo de 2 de abril de 2018 remitida por la Sociedad Limitada X a la Sociedad Limitada Y, emplazando a la Sociedad

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2001 (RJ 2001\6644).

Limitada Y para que a la terminación del dictamen del auditor se formalice la transmisión de las participaciones sociales.

- Burofax de 5 de abril de 2018 remitido por la Sociedad Limitada Y a la Sociedad Limitada X manifestando que no ejercita el derecho de adquisición preferente a la vista del valor de las participaciones indicado por el auditor.
- Burofax de 9 de abril de 2018 remitido por la Sociedad Limitada X a la Sociedad Limitada Y en el que se emplaza a esta última sociedad para formalizar ante el notario D. Cayo González Muñoz y en fecha determinada la transmisión de participaciones.
- Carta certificada con acuse de recibo de 10 de abril de 2018 remitido por la Sociedad Limitada Y a la Sociedad Limitada X manifestando que no va a acudir a la notaría y que no va a ejercitar el derecho de adquisición preferente.
- Hoja de encargo del auditor.
- Informe del auditor.
- Copia sellada del libro-registro de socios.
- Certificado del libro-registro de socios donde consta el número de participaciones sociales que ostenta la Sociedad Limitada X *ex art. 105.2 LSC*.

Junto a los documentos privados, se han de adjuntar los documentos públicos (arts. 317 y ss. LEC). Específicamente los documentos públicos empleados para probar la pretensión de la sociedad X son los siguientes:

- Escritura de constitución de la Sociedad Limitada Z.
- Acta notarial haciendo constar que la sociedad Y no ha acudido a la notaría en la fecha de emplazamiento.
- Certificado del Registro Mercantil con los Estatutos Sociales

Por último, en la demanda, en vista de que la otra parte cuestione el dictamen pericial en la contestación a la demanda, se ha de hacer constar a través de otrosí la posibilidad de solicitar *a posteriori* que un perito judicial o de parte realice un dictamen (335 y ss. LEC), en el que se plasme que el procedimiento de auditoría empleado por la Sociedad Limitada Profesional K y el valor otorgado a las participaciones sociales es conforme a lo dispuesto legalmente.

En cuanto a las tasas judiciales, la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses exige su pago para el ejercicio de las correspondientes acciones en vía judicial. En concreto, para este supuesto el momento de devengo será el de interposición de la demanda *ex art. 5.1 a)* de la Ley antes mencionada.

Para el cálculo de las tasas deberemos acudir al art. 7, que diferencia una cuantía fija y una cuantía variable. La primera será de 300 €, al someternos a un litigio donde rige el procedimiento ordinario. La segunda resultará de multiplicar 0,5% por 1.000.000 y 0,25% por la cuantía restante de la base imponible, que al ser 2.100.000, será 1.100.000.

En atención a lo expuesto, la cuantía total a pagar en concepto de tasas judiciales será de 8.050 €, cantidad que hemos de tener en cuenta a la hora de explicar al cliente los gastos que supone litigar en este supuesto.

G) Costas

Se regulan en los arts. 394 y ss. LEC. Se pueden imponer tanto a la Sociedad Limitada Y, como a la Sociedad Limitada X e incluso cabe la posibilidad de que no se impongan a ninguna de las partes. En este supuesto, resulta de vital importancia informar sobre ellas a la Sociedad Limitada X puesto que el coste económico que podría suponer la imposición de las costas sería bastante elevado.

Hay que tener en cuenta que las costas incluyen en caso de resolución negativa los honorarios del abogado y procurador de la parte contraria, así como posibles gastos derivados de peritos y testigos. A lo anterior se ha de sumar, los honorarios del propio abogado así como del procurador y del perito. Por todo ello, vamos a realizar un desglose de los gastos aproximados que podrían derivar de una resolución negativa en costas.

En primer lugar, hemos de tomar los gastos derivados de los abogados. Para el cálculo haremos uso de los Criterios de Honorarios en Tasaciones de Costas, que tan solo

pueden usar los abogados de un modo orientativo como consecuencia de la normativa europea⁵⁰.

Nos encontramos ante un juicio ordinario, con lo cual se ha de aplicar la regla 89. Considerando que se va a dictar sentencia, hemos de aplicar el 100% sobre lo resultante en la escala, que deriva de la base imponible que es la cuantía del litigio, esto es, 2.1000.000 €. En todo caso, la cuantía resultante no podrá ser inferior al módulo de 1.500 € señalado en la mencionada regla. Aplicando lo indicado, obtenemos unos honorarios de 76.080 €, a lo que se ha de adicionar el Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante IVA), resultando 92.056,80 € por cada abogado.

En segundo lugar, hemos de calcular los aranceles de los procuradores. Para ello, hemos de tomar los criterios para el cálculo de la retribución de los procuradores, aplicando sobre la cuantía objeto de litigio la tabla general regulada en el art.1, de lo cual resultan 4.350,39 € que se incrementan en un 10% *ex art. 1.4* del Arancel al encontrarnos en un juicio ordinario, dando 4.785,43 € más el correspondiente IVA.

A todo ello, se han de sumar los posibles gastos por uso de peritos, así como por comparecencia de testigos (gastos de locomoción, gastos derivados de pérdidas generadas por la asistencia al pleito,...) que pueden ser muy variables y que, por tanto, no entramos a analizar pormenorizadamente. Además, se deben tomar en consideración las tasas judiciales anteriormente señaladas. Por tanto, los gastos que para el cliente se pueden derivar de las costas son de gran entidad, con lo cual, ha de exponerse de un modo claro al cliente a cuánto ascenderá la cuantía a satisfacer si la condena en costas no es favorable.

V. RECOMENDACIONES PARA LA PREVENCIÓN DE ESTE TIPO DE PROBLEMAS: MODIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ESTATUTARIAS

A la vista de lo analizado, la cláusula estatutaria que regulaba el ejercicio del derecho de adquisición preferente no era lo suficientemente clara. Por ello, con el objetivo de evitar que se produzca de nuevo esta situación, consideramos apropiado proponer diversas

⁵⁰ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.

modificaciones que podrían ser introducidas en la cláusula estatutaria que regula el derecho de adquisición preferente.

En atención a los arts. 106 y ss. LSC y 188 RRM, dicha modificación es perfectamente posible, puesto que estatutariamente se puede regular el ejercicio del derecho de adquisición preferente, siempre y cuando lo estipulado no resulte contrario a la ley. Concretamente, se ha de destacar lo que dispone el art. 188 RRM, que exige que las cláusulas que regulen el derecho de adquisición preferente expresen con claridad quiénes puede ejercitar este derecho, bajo qué condiciones y en qué plazo.

Por tanto, en virtud de los defectos de los que adolece la cláusula estatutaria, y amparados por el marco legal, vamos a proponer cuatro posibles modificaciones. No obstante, antes de explicar cada una de las variantes, hemos de aclarar un punto que resulta extensible a todas ellas. Al ejercitar el derecho de adquisición preferente, el precio que se debe pagar por las participaciones, si es objeto de impugnación, ha de fijarse conforme al valor real, y no atendiendo al valor contable, eliminándose así todo tipo de duda en torno a esta cuestión.

Dicho esto, vamos a explicar las modificaciones que proponemos para la cláusula que regula el derecho de adquisición preferente. En primer lugar, consideramos que se podría clarificar el momento en que se perfecciona el contrato de compraventa de participaciones. En la propia cláusula podría indicarse que cuando se ejerce el derecho de adquisición preferente se perfecciona el contrato, con independencia de que se impugne el precio. De este modo, el socio comprador no puede rebatir al socio vendedor que se ha perfeccionado el contrato.

En segundo lugar, proponemos de nuevo que se clarifique el momento de perfección del contrato tanto si se está de acuerdo con el precio estipulado como si se impugna, con la salvedad que, en este último caso, la perfección del contrato se somete a condición. Ello implica que, aunque se ejerza el derecho de adquisición preferente, no se considerará perfeccionado el contrato si no se da la condición, que es que el precio sea igual o inferior al precio de la oferta realizado por el tercero ajeno a la sociedad.

En relación con dicha propuesta, consideramos que debería introducirse una indemnización, que ha de pagar el socio que ejerce el derecho de adquisición preferente, para los supuestos en que siendo impugnado el precio, este resulta superior

al de la oferta realizada por el tercero, y ello conlleva que el socio vendedor no puede vender ni al socio que ejercita el derecho ni al tercero ajeno a la sociedad. Además, si finalmente no se perfecciona el contrato y se precisa la intervención de auditor, considero que el socio que ejercita el derecho es el que ha de pagar los servicios prestados por el auditor, y no la sociedad, como se estipula en los Estatutos Sociales.

Otra posible alternativa de redacción que proponemos en tercer lugar, consistiría en prever en los estatutos que la perfección del contrato se produce cuando se ejerce el derecho de adquisición preferente se impugne o no el precio. Sin embargo, en este caso se permite desistir del contrato al socio comprador si tras impugnar el precio, el fijado por el auditor resulta superior al de la oferta realizada por el tercero ajeno a la sociedad. En este sentido se manifiesta la Sentencia 192/2016 del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Palma de Mallorca⁵¹.

Al igual que en la anterior propuesta de posible redacción de la cláusula condicionando la perfección, se debería introducir una indemnización para el vendedor, que debería costear el socio comprador, en caso de que se produjese el desistimiento y no pudiese vender las participaciones al tercero ajeno a la sociedad. Asimismo, si se designase auditor y hubiese desistimiento, el coste de sus honorarios deberá afrontarlo el socio comprador.

Por último, otra alternativa para la redacción de la cláusula consistiría en equiparar el derecho de adquisición preferente al tanteo puro. Con lo cual, si un socio ejercitase su derecho de adquisición preferente debería abonar el precio que el tercero ajeno a la sociedad hubiera ofrecido al socio vendedor. En este caso, como en las otras propuestas de redacción para esta cláusula, se deberá detallar que al ejercitarse este derecho se perfecciona el contrato, evitándose así cualquier controversia. Con esta propuesta, se evitaría acudir a un auditor y el sobrecoste que ello supone. Además, al realizar la oferta un tercero, *a priori* el precio que se pagaría por las participaciones tendría en cuenta el valor de mercado o valor real. No obstante, hemos de descartar esta última opción. El motivo es que se puede hacer un uso malicioso del tanteo puro, ya que se puede utilizar la figura de un tercero ajeno a la sociedad para elevar el precio de las participaciones,

⁵¹ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Palma de Mallorca, de 31 de mayo de 2016 (JUR\2016\193705).

encareciéndose de este modo la operación para el socio que tiene voluntad de ejercitar su derecho de adquisición preferente.

En consecuencia, excluida la anterior modificación del clausulado, hemos de valorar cuál de las restantes opciones es la mejor. En nuestra opinión, ha de introducirse la segunda propuesta, siendo dos motivos los que fundamentan dicha elección. Por un lado, se ha de destacar que, en caso de impugnación del precio, no se entiende perfeccionado el contrato salvo que el precio calculado por el auditor resulte igual o inferior al de la oferta realizada por el tercero ajeno a la sociedad. Con ello se evita que el socio que ejerce el derecho de adquisición preferente deba desistir si la valoración de las participaciones resulta superior al de la oferta, como se expone en la tercera propuesta, o que el socio tenga que acatar lo que disponga el auditor, aunque resulte un precio superior al de la oferta, como en la primera propuesta.

Por otro lado, si al final no tiene lugar la perfección del contrato de compraventa con el socio que ejerce el derecho de adquisición preferente ni con el tercero ajeno a la sociedad, el vendedor recibe una indemnización, lo que constituye una reparación. De este modo, consideramos que se da lugar a una situación más igualitaria entre las partes. El motivo es que con el anterior clausulado, si se impugnaba el precio y este resultaba superior, el comprador debía pagarlo, saliendo claramente beneficiado el vendedor.

Sin embargo, con esta nueva cláusula si el precio resulta igual o inferior, en caso de impugnación, este ha de ser pagado por el comprador. Pero si el precio es superior, este no ha de pagar el precio que estipula el auditor, si bien deberá indemnizar al vendedor en caso de que este no pueda vender las participaciones al tercero, lo cual en cierto modo, como hemos señalado, repara el daño que se haya podido causar. Además, con este método, si la cuantía resulta superior tras la impugnación, se evita que el comprador pague una suma que no estaba dispuesto a sufragar.

Aclarado el motivo de la elección de dicha propuesta, la nueva redacción que se podría dar a la cláusula estatutaria podría ser la siguiente:

...

“5. En caso de ejercicio del derecho de adquisición preferente por los socios, para los supuestos en que no hay impugnación del precio, se entenderá perfeccionado el contrato de compraventa de participaciones sociales desde el momento en que ejercitó

dicho derecho, siendo el precio a pagar por las participaciones, el comunicado por el socio transmitente a la sociedad.

No obstante, los socios podrán impugnar el precio por excesivo, en cuyo caso no se entenderá perfeccionado el contrato de compraventa de participaciones al ejercitar el derecho de adquisición preferente. En dicha situación, la perfección del contrato de compraventa de participaciones únicamente tendrá lugar si, en aplicación de los criterios que se expondrán a continuación, resulta un precio igual o inferior al comunicado por el socio transmitente a la sociedad.

En primer lugar, se tomará el valor real que resulte de las últimas cuentas anuales si es que han sido objeto de auditoría; en su defecto, el valor real que fije la persona elegida de común acuerdo por el socio que pretende transmitir y el que quiere adquirirlas; y a falta de acuerdo el valor real que determine un auditor designado por el Registrador Mercantil del domicilio social a solicitud de cualquiera de los interesados con relación a la fecha de notificación. La retribución del auditor será satisfecha por la sociedad.

Si aplicado uno de los criterios expuestos, resulta un precio superior al comunicado por el socio transmitente, el socio que ejercita el derecho de adquisición preferente deberá indemnizar al socio vendedor si no puede perfeccionar el contrato de compraventa de participaciones con el tercero ajeno a la sociedad que realizó la oferta inicial. La indemnización se calculará aplicando el 5% al precio resultante tras la impugnación.

Además, si se precisase la intervención de auditor y resultase un precio superior al comunicado por el socio transmitente, el socio que ejercita el derecho de adquisición preferente deberá abonar los gastos derivados del cálculo del valor de las participaciones, y no la sociedad.

Dicho esto, si el pago de la totalidad o de parte del precio estuviera aplazado en el proyecto de transmisión, para la adquisición de las participaciones será requisito previo que una entidad de crédito garantice el pago del precio aplazado”.

...

VI. CONCLUSIONES

Tras la exposición de los Fundamentos de Derecho con base en los antecedentes de hecho, es necesario finalizar el dictamen con la elaboración de las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- El contrato de compraventa de participaciones sociales se ha perfeccionado.

El contrato objeto de análisis tiene naturaleza mercantil y se le aplica lo dispuesto en el Código de Comercio y, en lo no previsto por este y en ausencia de usos mercantiles, el Código Civil (art. 2 CCom). También serán de aplicación las disposiciones del Código Civil que regulan cuestiones básicas en materia contractual (requisitos, capacidad, etc...) por expresa disposición del art. 50 CCom.

Para determinar si el contrato es válido hemos tenido que analizar, en primer lugar, si se daban los requisitos esenciales propios de todo contrato, regulados en los arts. 1261 y ss. CC, que son la causa, el objeto y el consentimiento.

Poniendo en relación dichos preceptos con los hechos del supuesto, concurren los tres requisitos y, por tanto, el contrato es válido. En primer lugar, el contrato tiene un objeto posible, determinado y lícito, que son las 3.500 participaciones sociales y el precio. En segundo lugar, en cuanto a la causa de la compraventa, esta es la entrega de las participaciones a cambio del pago de un precio, lo cual es perfectamente lícito.

Por último, media el consentimiento de ambas partes, puesto que concurre la oferta y la aceptación. Concretamente, la oferta la constituye el burofax con acuse de recibo remitido por la Sociedad Limitada X a la Sociedad Limitada Z para informar sobre la oferta realizada por la Sociedad Limitada V y su intención de vender las participaciones. La aceptación consta en el burofax de 26 de marzo de 2018 a través del cual la Sociedad Limitada Y ejerce el derecho de adquisición preferente.

Una vez analizado el cumplimiento de los elementos esenciales del contrato, siguiendo con la perfección, hemos tenido que acudir a los artículos que regulan la compraventa civil (arts. 1445 y ss. CC), destacando el art. 1447 CC, que señala que no es necesario que el precio esté determinado, pero sí ha de ser determinable. Como hemos indicado,

hay criterios objetivos y subjetivos para su fijación, dejándose en este supuesto la determinación a un tercero que es la Sociedad Limitada Profesional K.

En relación con ello, conforme al art. 1450 CC, se ha de tener en cuenta que no se precisa la entrega de las participaciones ni del precio para considerar perfeccionada la compraventa. La entrega del precio y la cosa forman parte de la fase ejecutoria del contrato de compraventa de participaciones sociales ya perfeccionado.

Tras resolver la controversia en torno a la fijación del precio, hemos estudiado las posibles formalidades que podían ser exigibles para la perfección del contrato de compraventa de participaciones. En particular, nuestro interés se ha centrado en aclarar el significado del art. 106 LSC, relativo a la exigencia de elevación a escritura pública de la transmisión de participaciones.

Siguiendo tanto la jurisprudencia como la doctrina científica, la escritura pública es un requisito *ad probationem* o *ad exercitum*, pero no un requisito *ad substantiam*. Con lo cual, la escritura pública constituye un medio probatorio de la existencia del contrato y un instrumento para la transmisión de las participaciones, pero no un requisito para entender perfeccionado el contrato de compraventa.

Por tanto, la primera conclusión a la que hemos llegado es que la perfección del contrato de compraventa de participaciones sociales se ha producido, puesto que se cumplen los elementos esenciales de todo contrato, concurren la oferta y la aceptación, no se precisa que el precio esté determinado y tampoco existen formalidades que impidan entender perfeccionado el contrato.

SEGUNDA.- El precio de venta es el fijado por la sociedad limitada profesional K.

Como ya expusimos, consideramos que el precio por el cual se ha de proceder a la venta de las participaciones sociales es el fijado por la Sociedad Limitada Profesional K, esto es, 2.100.000 €. Existen dos motivos que fundamentan esta conclusión.

Por un lado, la autonomía de la voluntad prima sobre la LSC, por ser el art. 107 LSC una norma de Derecho dispositivo. Por ello, se ha de respetar lo dispuesto en los Estatutos Sociales. Con lo cual, al impugnar la Sociedad Limitada Y el precio de la oferta realizada por la Sociedad Limitada V a la Sociedad Limitada X, se ha de respetar el informe que emite el auditor externo.

Por otro lado, desde una interpretación lógica, hemos de tener en cuenta el momento en el cual fueron redactados los Estatutos Sociales. La Sociedad Limitada Z fue constituida el 5 de abril de 2008. Por tanto, en aquel momento tan solo existía un criterio para fijación del valor de las participaciones que era el valor real. Hasta el año 2015, no se consideró válido para la fijación del precio el valor contable, lo que fundamenta nuestra opinión en torno al criterio para la fijación del precio de venta.

En consecuencia, dados estos dos argumentos, el precio de las participaciones es el fijado por el auditor externo, no pudiendo la parte contraria alegar la aplicación de otros criterios para su determinación.

TERCERA.- Se recomienda el ejercicio de las acciones de declaración de perfección del contrato y de reclamación del precio en vía judicial.

En el dictamen, hemos valorado el ejercicio de las acciones propuestas en vía judicial o extrajudicial. Tanto una como otra tienen sus ventajas y desventajas. Sin embargo, en este supuesto, ha habido un elemento que ha decantado la elección de la vía judicial, que es el montante económico que había en juego.

El uso de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, concretamente el arbitraje y la mediación, resuelven los asuntos con mayor celeridad y, además, intervienen expertos en la materia. No obstante, analizados en detalle no resultan tan económicos como pudiera parecer. A ello se añade que, estos mecanismos son más propios, en mi opinión, de situaciones en las que la suma dineraria en juego no es muy elevada y en las que el trasfondo del problema es fundamentalmente personal.

Asimismo, en el caso analizado no existe una cláusula estatutaria que regule la sumisión a un mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos, lo que dificulta en la práctica recurrir al arbitraje o a la mediación. Una vez surge el conflicto entre las partes, es muy complejo que acepten someterse a mediación o arbitraje.

En todo caso, si tuviésemos que optar por uno u otro medio alternativo, como expusimos en el apartado correspondiente, haríamos uso del arbitraje, puesto que un experto toma una decisión que constituye título ejecutivo. Por tanto, ha de acatarse, pudiendo, en caso contrario, acudir a la vía judicial, lo que otorga mayor seguridad.

Dicho esto, podemos concluir que recomendamos el ejercicio de acciones por vía judicial, dado el elevado montante en juego, y sobre todo la falta de previsión de un mecanismo alternativo en los Estatutos Sociales, que hace prácticamente imposible, en este punto en el que ya ha surgido el conflicto, que las partes lleguen a un acuerdo para el sometimiento de sus controversias a arbitraje o mediación.

CUARTA.-. Se cumplen los requisitos para accionar en vía judicial y quedan claros todos los extremos para interponer la demanda.

A tenor de lo dispuesto en el dictamen, nos encontramos dentro de plazo para ejercitar tres acciones judiciales: la acción declarativa de perfección del contrato (5 años), la acción de reclamación de cantidad (5 años) y la acción de elevación a público (imprescriptible).

Estas acciones han de ser objeto de acumulación objetiva *ex art. 71 LEC*, puesto que concurren los dos requisitos exigidos por la norma para su aplicación. Por un lado, las acciones han de ser compatibles, lo cual es manifiesto, ya que con su ejercicio se pretende que el contrato se entienda perfeccionado y que se proceda a su ejecución, debiendo para ello pagar la sociedad limitada Y el precio estipulado por el auditor externo.

Por otro lado, el sujeto al que habrán de dirigirse las acciones ha de ser la Sociedad Limitada Y. La demanda debe interponerse ante el Juzgado de lo Mercantil de Zaragoza, *ex art. 86 ter 2 a) LOPJ* y arts. 46 y 51 LEC, siendo el procedimiento a seguir el juicio ordinario *ex arts. 248.2.1º y 249.2 LEC*, al ser la cuantía objeto de litigio 2.100.000 € (*art. 253 LEC*).

Asimismo, en virtud de los arts. 23 y 31 LEC, es obligatoria la intervención de abogado y procurador.

En cuanto a los medios de prueba, desde nuestro punto de vista, hemos de apoyar fundamentalmente la demanda en los documentos privados, si bien los documentos públicos, así como el interrogatorio del representante de la Sociedad Limitada Y el informe pericial corroborando lo estipulado por la Sociedad Limitada Profesional K, también nos permiten demostrar otros aspectos que resultan de interés.

Atendiendo a ello, en primer lugar, para demostrar que el contrato se ha perfeccionado, hemos de apoyarnos fundamentalmente en los burofax con acuse de recibo y las cartas certificadas con acuse de recibo, intercambiados entre las partes, pues dan fe de que la notificación ha sido enviada y recibida. En este punto, hemos de tener en cuenta que los burofax con acuse de recibo demuestran que la parte contraria ha tenido acceso al contenido, cosa que las cartas certificadas no. Por tanto, centrándonos en los burofax, podremos demostrar que ha tenido lugar la perfección del contrato, y podemos entrar a debatir en sede judicial el precio de venta de las participaciones.

En esta siguiente fase, relativa a la fijación del precio, hay tres documentos de interés: el documento en el que se acepta el auditor por la Sociedad Limitada Y; el informe del auditor; y los Estatutos Sociales. Dichos documentos permiten probar que la Sociedad Limitada Y ha de pagar el precio determinado por el auditor, que es el fijado en el informe, puesto que han aceptado someterse al precio estipulado por el auditor de acuerdo con los Estatutos Sociales.

Demostrados la perfección del contrato y el precio que se ha de pagar por la adquisición de las participaciones, a efectos del interés de demora hemos de fijar la fecha en la que se inicia su cómputo. Deberemos acudir al Acta notarial de 16 de abril de 2018, momento en el cual se produce la negativa total de la parte contraria a formalizar el contrato.

Por último, siendo esta cuestión de vital relevancia, antes de iniciar la vía judicial, se han de tener en cuenta las tasas judiciales que se han de pagar y las costas que se pueden imputar en caso de que la resolución no sea favorable. Dado el montante que va a ser objeto de litigio, las tasas van a ser elevadas y las costas resultantes pueden serlo también. Por tanto, en cuanto a las últimas, hemos de explicar al cliente que no solo se incluyen las costas del contrario (abogado, procurador, perito,...), sino que se incluyen los honorarios que va a percibir su abogado, su procurador,...

QUINTA.- Alternativas para la redacción de la cláusula estatutaria reguladora de la transmisión de participaciones con el fin de evitar futuras controversias

Ante la evidente controversia que ha generado la cláusula de los Estatutos Sociales que regula el derecho de adquisición preferente, con el objetivo de evitar que vuelva a tener

lugar un conflicto entre socios, hemos planteado cuatro posibles modificaciones del clausulado. Dichas propuestas consisten en lo siguiente:

1^a. Detallar en la cláusula estatutaria el momento en que se perfecciona el contrato de compraventa de participaciones sociales cuando se ejercita el derecho de adquisición preferente. De acuerdo con lo explicado, al ejercitar el derecho de adquisición preferente se entenderá perfeccionado el contrato, con independencia de que se impugne el precio.

2^a. Detallar en la cláusula estatutaria que el contrato de compraventa se perfecciona cuando se ejercita el derecho de adquisición preferente si no hay impugnación del precio (el momento de perfección será el mismo que el de la primera propuesta) e introducir una condición en caso de impugnación del precio, en virtud de la cual, ejercitado el derecho de adquisición preferente, no se entiende perfeccionado el contrato hasta que de la valoración posterior resulte un precio igual o inferior al de la oferta comunicada por el socio transmitente a la sociedad. En caso contrario, de ser el precio superior, el contrato no se perfecciona, pero el socio que ejercita el derecho deberá indemnizar al socio vendedor, si no puede celebrar la compraventa con el tercero que realizó la oferta inicial. Además, si se precisa auditor para fijar el precio, deberá pagar el coste que suponga su intervención.

3^a. Detallar en la cláusula estatutaria que el contrato de compraventa se perfecciona cuando se ejercita el derecho de adquisición preferente (el momento de perfección será el mismo que el de la primera propuesta) e introducir la posibilidad de desistimiento para los supuestos en que, impugnado el precio, resulte *a posteriori* un precio superior al de la oferta comunicada a la sociedad por el socio transmitente. En esta propuesta de redacción, al igual que en la segunda, se deberá incluir una indemnización para el socio vendedor, si producido el desistimiento, no puede vender al tercero. Además, se deberá imponer al socio comprador, en caso de desistir, la obligación de costear los gastos del auditor, si fue necesaria su intervención.

4^a. Considerar como un supuesto de tanteo puro el ejercicio del derecho de adquisición preferente, debiendo el socio comprador abonar el precio recogido en la oferta realizada por un tercero. En este caso se estimará que el contrato de compraventa se perfecciona al ejercitar el derecho de adquisición preferente (el momento es el mismo que el de la primera propuesta).

Entre las propuestas planteadas, finalmente hemos escogido la segunda, siendo doble la motivación de dicha elección. Por un lado, como no se entiende perfeccionado el contrato de compraventa de participaciones cuando se impugna el precio, se evita que, en caso de determinarse posteriormente un valor superior, se deba llevar a cabo el desistimiento o se deba acatar la valoración resultante.

Por otro lado, con esta propuesta si, tras la impugnación, el precio fijado es igual o inferior al de la oferta inicial, se perfecciona el contrato y el socio comprador ha de proceder el pago. Sin embargo, si se fija un precio superior, no se perfecciona el contrato, no pagando de este modo el socio que ejercita el derecho de adquisición preferente un precio superior al que ya consideraba elevado. No obstante, deberá indemnizar al socio vendedor en caso de que no pueda celebrar el contrato con el tercero, lo cual supone una reparación. De este modo, no se beneficia ni se perjudica en exceso a ninguna de las partes si finalmente el precio resulta superior al de la oferta inicial.

VII. REFERENCIAS UTILIZADAS

1. BIBLIOGRAFÍA

A) LIBROS

AA.VV. (dirs. ROJO FERNÁNDEZ DEL RIO Á. J. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M.), *Comentario de la ley de sociedades de capital*, tomo I, Thomson Reuters, Madrid, 2011.

AA.VV. (dir. CARRASCO PERERA, Á.), *Tratado de la compraventa*, vol. I, Aranzadi, Madrid, 2013.

CHEVES AGUILAR, N., *El derecho de adquisición preferente como cláusula restrictiva a la transmisibilidad de las acciones y de las participaciones sociales*, McGRAW-HILL, Madrid, 1999.

CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Real Colegio de España, Zaragoza, 2003.

CUÉLLAR TIJERINA, E.S., *La Cláusula med-arb en la actualidad*, Tesis Doctoral, Universidad Pompeu Fabra, 2015.

EMBID IRUJO, J.M., *Derecho de sociedades de capital: Estudio de la ley de sociedades de capital y legislación complementaria*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

GARCÍA-CRUCES, J.A., *Derecho de sociedades mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

LACRUZ BERDEJO, J.L y DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos del contrato civil. Derecho de obligaciones. Contratos y cuasicontratos, delito y cuasidelito*, tomo II, vol. II, 5^a edición, Dykinson, Madrid, 2013.

LACRUZ MANTECÓN, M.L., *Obligaciones y contratos*, vol. II, Kronos, Zaragoza, 2014.

LARGO GIL, R. y HERNÁNDEZ SAINZ, E., *Derecho Mercantil II: Lecciones y actividades de aprendizaje. Títulos valores y obligaciones y contratos mercantiles*, vol. I, 2^a edición, Kronos, Zaragoza, 2016.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. J., *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 19^a edición, Aranzadi, Madrid, 2015.

PERDICES HUETO, A., *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, Madrid, 1997.

URÍA GONZÁLEZ, R., *Derecho mercantil*, 28^a edición, Marcial Pons, Madrid, 2001.

B) REVISTAS

CONDE CARREÑO, S., LARA NÁJAR, D., y BUSTILLO GUZMÁN, J., «La mediación en el ámbito del conflicto empresarial», *Working Paper IE School*, 2013.

DÍAZ MARROQUÍN, F., «Sobre la validez de un pacto extraestatutario modificado del criterio del valor real establecido en estatutos para la adquisición preferente de acciones por los socios», *RdS*, nº 17, 2001.

DORADO PICÓN, A., «El arbitraje y la mediación en España», *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29, 2013.

GILI SALDAÑA, M. Á., «Sentencia de 2 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10422). Adquisición preferente de acciones: perfección del contrato y precio de transmisión», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 92, 2013.

GÜEL FRADERA, P., «Consideraciones sobre la eficacia y validez del pacto estatutario modificativo del criterio de valor razonable para la adquisición preferente de participaciones sociales», *RdS*, nº 26, 2006.

MARTÍN MORAL, M.F., «El arbitraje estatutario en las sociedades de capital», *RdS*, nº 51, 2017.

MASA SÁNCHEZ-OCAÑA, C., «El ejercicio del derecho de adquisición preferente por el valor contable de las participaciones», *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 928, 2017.

MERINO MERCHÁN, J.F., «Configuración del arbitraje intrasocietario en la ley 11/2011», *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 29, 2013.

SAN CRISTÓBAL REALES, S., «Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2013.

2. JURISPRUDENCIA.

-SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de enero de 1989 (ECLI:ES:TC: 1989:15).

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 22 de marzo de 1991 (ECLI: ES: TC: 1991:62).

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 16 de marzo de 1998 (ECLI: ES: TC: 1988:43).

-SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 1993 (RJ\1993\2395).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de abril de 1998 (RJ\1998\2984).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, del TS, de 29 noviembre de 2000 (RJ\2000\9245).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de febrero de 2001 (RJ 2001\6644).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, del TS, 30 de marzo de 2009 (RJ\2009\2001).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, del TS, de 25 de junio de 2009 (RJ\2009\6453).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de marzo de 2010 (RJ\2010\3915).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de septiembre de 2010 (ECLI: ES: TS: 2010:4535).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2011 (RJ\2012\1777).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 2011 (RJ\2011\3591).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2011 (RJ 2011\6837).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de enero de 2012 (ECLI: ES: TS: 2012:258).

-AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 2016 (RJ\2016\5661).

-SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección Única), de 5 de junio de 2001 (JUR\2001\227611).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18^a), de 27 mayo de 2004 (AC\2004\1685).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4^a), de 11 julio de 2007 (JUR\2008\2375).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28^a), de 8 octubre de 2010 (JUR\2010\374113).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1^a), de 29 octubre de 2010 (JUR\2011\42703).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1a), de 12 abril de 2011 (JUR\2011\185943).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1^a), de 30 junio de 2011 (JUR\2011\414065).

Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja (Sección 1^a), de 6 de febrero de 2012 (JUR 2012\92424).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4^a), de 30 mayo de 2012 (JUR\2012\124201).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de mayo de 2016 (ECLI: ES: APM: 2016:8624).

-AUTOS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1^a) de 8 de julio de 2005 (JUR\2006\121345).

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19^a) de 18 de septiembre de 2012 (JUR\2012\382491).

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17 ^a) de 3 de febrero de 2011 (AC 2011\360).

-SENTENCIAS DE JUZGADOS DE LO MERCANTIL

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº5 de Madrid, de 26 junio de 2009 (JUR\2010\95480).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Palma de Mallorca, de 31 de mayo de 2016 (JUR\2016\193705).

3. DOCTRINA ADMINISTRATIVA

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2013 (RJ 2013\5778).

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de marzo de 2015 (JUR/2015/100974).

Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 15 noviembre de 2016 (JUR\2016\6056).

4. PÁGINAS WEB

<https://doctrina.vlex.com.co/vid/bienes-incorporales-inmateriales-446661370>. Fecha de acceso: 24 de septiembre de 2018.

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA AAEAMtMSbF1jTAAAUNjUyMTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAaTyAWjUAAAAA=WKE Fecha de acceso: 3 de julio de 2018.

<https://www.eljuridistaoposiciones.com/justicia-rogada-civil-el-poder-de-disposicion-de-las-partes/> Fecha de acceso: 17 de julio de 2018.

VIII. ANEXO
AL JUZGADO DE LO MERCANTIL

D. RAFAEL MUÑOZ DÍAZ, Procurador de los Tribunales y de la SOCIEDAD LIMITADA X, con domicilio social en ZARAGOZA, en C/ CORTES DE ARAGÓN N° 15 y CIF B-85484251, según acrecido mediante la Escritura de Poder que acompaña como documento nº 1 y bajo la dirección letrada de D. RAMÓN CASTILLO MURCIEGO, Abogado del R.E.I.C.A.Z. N° 7613, ante el Juzgado de lo Mercantil que por turno corresponda de los de esta Ciudad, comparezco y como mejor proceda en Derecho **DIGO**

Que mediante el presente escrito y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 399 y ss. LEC vengo a interponer, en nombre de mi representada, DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO contra la SOCIEDAD LIMITADA Y, con domicilio social en JAULÍN (ZARAGOZA), en CALLE COLLADOS N° 3 y CIF B-64779515, en solicitud de lo que se especificará y en base a los siguientes

H E C H O S

PRELIMINAR.- Objeto de esta demanda.-

La presente demanda tiene por objeto exigir el cumplimiento de la compraventa de las participaciones de la SOCIEDAD LIMITADA Z, perfeccionada por el ejercicio del derecho de adquisición preferente llevado a cabo por la demandada – SOCIEDAD LIMITADA Y - cuando mi representada – SOCIEDAD LIMITADA X-, siguiendo el procedimiento estatutariamente establecido (artículo 12 de los Estatutos Sociales), comunicó a la SOCIEDAD LIMITADA Z la venta que de sus 3500 participaciones proyectaba realizar a la compañía mercantil SOCIEDAD LIMITADA V.

Se adjunta como documentos nº 2 y 3 copia de la Escritura de constitución de la SOCIEDAD LIMITADA Z y Certificado actualizado del Registro Mercantil con los Estatutos Sociales.

Expuesto lo anterior, procede exponer cronológicamente los hechos que han dado lugar al ejercicio de la presente acción.

PRIMERO.- La SOCIEDAD LIMITADA Z estaba participada al 50% por la mercantil demandada – SOCIEDAD LIMITADA Y – y por mi representada – SOCIEDAD LIMITADA X -. Por tanto, mi clienta era titular de 3500 participaciones (de la 1 a la 3500).

Se adjunta como documento nº 4 certificado con las participaciones que mi representada ostenta en la SOCIEDAD LIMITADA Z y como documento nº 5 copia sellada del Libro Registro de Socios de la SOCIEDAD LIMITADA Z.

SEGUNDO.- En fecha de 15 de marzo de 2018, mi representada recibió una oferta por parte de la SOCIEDAD LIMITADA V para la compra del 100% de las participaciones que tenía de la SOCIEDAD LIMITADA Z.

Se adjunta como documento nº 6 el burofax a través del cual la SOCIEDAD LIMITADA V realiza la oferta a la SOCIEDAD LIMITADA X.

TERCERO.- Siguiendo el procedimiento estatutariamente previsto (artículo 12 de los Estatutos Sociales), mi representada remitió el 16 de marzo de 2018 burofax con acuse de recibo a la SOCIEDAD LIMITADA Z comunicando su intención de enajenar sus 3.500 participaciones a la mercantil SOCIEDAD LIMITADA V por un precio de 1.555.000'00 €, a razón de 444'29 € euros por participación.

Se adjunta como documento nº 7 la comunicación hecha por mi clienta a la SOCIEDAD LIMITADA Z, incluido el acuse de recibo.

CUARTO.- El 22 de marzo de 2018, la SOCIEDAD LIMITADA Z notificó a la SOCIEDAD LIMITADA Y la intención de la SOCIEDAD LIMITADA X de transmitir sus participaciones a la SOCIEDAD LIMITADA V.

Se adjunta como documento nº 8 la carta certificada con acuse de recibo enviada por la SOCIEDAD LIMITADA Z.

QUINTO.- A través de su representante legal, el 26 de marzo de 2018, la parte demandada remitió burofax a mi representada comunicando expresamente que ejercía su derecho de adquisición preferente sobre las participaciones vendidas, impugnando al

mismo tiempo su valoración en aplicación del procedimiento de designación de auditor previsto en el propio artículo 12 de los Estatutos.

Se adjunta como documento nº 9 el burofax remitido por la demandada ejercitando su derecho de adquisición preferente.

SEXTO.- El día 27 de marzo de 2018, mi representada respondió el burofax remitido por la parte demandada, rechazando el auditor externo que le había propuesto y proponiendo a SOCIEDAD LIMITADA PROFESIONAL K, con la que se había puesto en contacto y que le había facilitado ya una hoja de encargo en la que se detallaba el procedimiento a seguir para la valoración de las participaciones.

Se adjunta como documento nº 10 burofax con acuse de recibo en el que se responde a la SOCIEDAD LIMITADA Y.

SÉPTIMO.- Ante la propuesta formulada por mi clienta, la SOCIEDAD LIMITADA Y remitió comunicación el día 29 de marzo de 2018 en la cual aceptaba el auditor propuesto.

Se adjunta como documento nº 11 la carta certificada emitida por la parte demandada.

OCTAVO.- En fecha 30 de marzo de 2018, la parte demandada firmó la hoja de encargo que la sociedad limitada profesional K había facilitado a mi representada.

Se adjunta como documento nº 12 la hoja de encargo firmada por ambos socios.

NOVENO.- *A posteriori*, mi representada, el 2 de abril de 2018, procedió a remitir carta certificada con acuse de recibo a la demandada advirtiéndole que, en cuanto estuviese la valoración, le requeriría para formalizar ante Notario la adquisición de las participaciones transmitidas a su favor.

Se adjunta como documento nº 13 la carta certificada con acuse de recibo enviada a la SOCIEDAD LIMITADA Y.

DÉCIMO.- El auditor nombrado de mutuo acuerdo, SOCIEDAD LIMITADA PROFESIONAL K, emitió informe el 4 de abril de 2018, que se adjunta como documento nº 14, en el que, conforme consta en el anexo, se valoró el total de las participaciones de la SOCIEDAD LIMITADA Z (7.000 participaciones sociales) en

4.200.000'00 €, por lo que la mitad - las 3.500 participaciones objeto de transmisión - quedaban valoradas en la cantidad de 2.100.000'00 €.

UNDÉCIMO.- En fecha 5 de abril de 2018, la demandada contestó mediante burofax afirmando que, como la valoración había sido superior al precio de la oferta realizada por la SOCIEDAD LIMITADA V, la SOCIEDAD LIMITADA X podía proceder a perfeccionar el contrato de compraventa de participaciones sociales con la SOCIEDAD LIMITADA V.

Se adjunta como documento nº 15 el burofax remitido por la SOCIEDAD LIMITADA Y.

DUODÉCIMO.- Ante dicha respuesta, mi representada procedió a remitir nuevo burofax el día 9 de abril de 2018 a la demandada para que compareciera el día 16 de abril de 2018 a las 12 horas de la mañana en la notaría de D. Cayo González Muñoz a fin de formalizar la compraventa de participaciones por el precio que, siguiendo lo dispuesto en los Estatutos Sociales, había sido determinado en el informe emitido por la SOCIEDAD LIMITADA PROFESIONAL K.

Se adjunta como documento nº 16 el burofax remitido por mi representada

DÉCIMO TERCERO.- El 10 de abril de 2018, la SOCIEDAD LIMITADA Y emitió carta certificada manifestando su negativa a acudir al notario al no haberse ejercitado el derecho de adquisición preferente por considerar el precio excesivo.

Se adjunta como documento n º 17, la respuesta de la demandada comunicando que no iba a asistir a la firma.

DÉCIMO CUARTO.- En fecha 16 de abril de 2018 mi representada asistió a la notaría de D. Cayo González Muñoz para formalizar la compraventa de participaciones y, ante la incomparecencia de la demandada, levantó Acta de incomparecencia de la demandada que se adjunta como documento nº 18.

DÉCIMO QUINTO.- Como se expondrá en los Fundamentos de Derecho, la demandada ejerció su derecho de adquisición preferente conforme a lo previsto en los Estatutos, por lo que la compraventa debe entenderse perfeccionada al concurrir los elementos esenciales de todo contrato; procediendo condenar a la demandada a

satisfacer el precio estipulado por el auditor designado de común acuerdo y, acreditado el pago, elevar a público la compraventa.

Y todo ello en base a los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A.- DE ORDEN PROCESAL

I. Jurisdicción y Competencia.-

La jurisdicción para conocer de la presente demanda pertenece a los Tribunales del orden mercantil en base a lo dispuesto en el art. 86 ter. 2, a) LOPJ, que otorga competencia a este orden al versar el asunto sobre sociedades mercantiles.

Concretamente, es competente el Juzgado al que me dirijo en base al art. 46 LEC, que regula la competencia objetiva, y el art. 51 LEC, que otorga la competencia territorial a los juzgados del lugar en el que se encuentre el domicilio social del demandado.

II. Legitimación.-

Las partes están activa y pasivamente legitimadas, respectivamente, al ser las integrantes de la relación jurídica litigiosa *ex arts. 6.1.3º y 10 LEC.*

III. Representación procesal y Asistencia Letrada.-

Siendo preceptiva la intervención de abogado y procurador en base a los arts. 23 y ss. LEC mi clienta se encuentra representada por el Procurador de los Tribunales D. RAFAEL MUÑOZ DÍAZ y asistida por el Abogado del R.E.I.C.A.Z. D. RAMÓN CASTILLO MURCIEGO.

IV. Cuantía de la demanda.-

De conformidad con lo dispuesto en el art. 253 LEC, la cuantía de este procedimiento debe establecerse en la cantidad de 2.100.000'00 €.

V. Clase de Juicio.-

El procedimiento a seguir debe ser el establecido para el Juicio Ordinario en los arts. 399 y ss. LEC.

VI. Costas.-

Las costas del presente procedimiento deberán imponerse a la parte demandada en base a los arts. 394 y ss. LEC.

B.- DE ORDEN SUSTANTIVO

VII. Ante la falta de regulación en el Código de Comercio, que regula la compraventa mercantil, hemos de acudir al Código Civil, *ex arts. 2 y 50 CCom.*

Primeramente, resultan fundamentales los arts. 1261 y ss. CC, que regulan los elementos esenciales de los contratos. Siguiendo dichos preceptos, en el supuesto objeto de demanda se cumplen los elementos para que se considere válido y perfeccionado el contrato de compraventa celebrado.

En concreto, en lo referente al consentimiento, regulado en el art. 1262 CC, se entiende que confluyen la oferta y la aceptación sin ningún género de duda. La oferta la constituye el burofax de 16 de abril de 2018 emitido por la SOCIEDAD LIMITADA X y la aceptación el burofax de 26 de abril de 2018 emitido por la SOCIEDAD LIMITADA Y.

En cuanto al objeto, este es lícito y está perfectamente determinado. Son las 3500 participaciones sociales propiedad de mi representada.

Por último en cuanto a la causa del contrato, esta es el pago del precio a cambio de la entrega de las participaciones sociales por parte de mi clienta. Con lo cual quedan acreditados estos tres elementos.

Aclarado dicho extremo, los siguientes preceptos que se han de tomar, para probar la perfección del contrato son los arts. 1445 y ss. CC, que regulan la compraventa civil.

De acuerdo, con el art. 1447 CC, para la perfección del contrato no es imprescindible que el precio esté determinado, siempre que sea determinable, tal y como ocurre, puesto que estatutariamente se hace remisión a un tercero para que fije el precio *a posteriori* una vez perfeccionado el contrato.

Por ende, conforme al art. 1450 CC no se ha de producir el pago del precio para considerar perfeccionado el contrato. Tampoco será necesaria su elevación a escritura pública, con lo cual el contrato de compraventa de participaciones sociales se ha perfeccionado.

En relación con esta última afirmación, han de tenerse en cuenta los arts. 1278, 1279 y 1280 CC, que regulan la interpretación de los contratos. Según dichos preceptos, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado los contratos, la exigencia de elevación a escritura pública no será un requisito para considerarlos perfeccionados. Por tanto, dicha exigencia formal constituye un mero medio de prueba – *ad probationem* – o de oponibilidad a terceros – *ad exercitum o utilitatem* -, según la más consolidada doctrina del Tribunal Supremo. Véase:

1. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de enero de 2012 (ECLI: ES: TS: 2012:258).
2. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 2011 (RJ\2011\3591).

En el mismo sentido se manifiesta, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1^a) de 12 de abril de 2011 (JUR/2011/185943). Dado lo anterior, ha de considerarse perfeccionada la compraventa.

VIII. Todos estos argumentos en defensa de la perfección del contrato, vienen respaldados por la jurisprudencia existente respecto de la transmisión de participaciones sociales *inter vivos* y el ejercicio del derecho adquisición preferente; pudiendo citar, entre otras, las siguientes Sentencias:

1. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, del TS, de 29 noviembre de 2000 (RJ\2000\9245).
2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección Única), de 5 de junio de 2001 (JUR\2001\227611).
3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18^a), de 27 mayo de 2004 (AC\2004\1685).
4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4^a), de 11 julio de 2007 (JUR\2008\2375).

5. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº5 de Madrid, de 26 junio de 2009 (JUR\2010\95480).
6. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28^a), de 8 octubre de 2010 (JUR\2010\374113).
7. Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1^a), de 29 octubre de 2010 (JUR\2011\42703).
8. Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1^a), de 30 junio de 2011 (JUR\2011\414065).
9. Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4^a), de 30 mayo de 2012 (JUR\2012\124201).

De todas ellas, resulta particularmente reveladora la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2000, que en un supuesto muy similar al que nos ocupa declara en su Fundamento de Derecho Tercero que:

“[...] el contrato de compraventa sí se perfeccionó. [...] hubo oferta y aceptación que produjo el consentimiento, como dice el artículo 1450, dejándose el señalamiento del precio a personas determinadas, como dice el artículo 1447, siempre del Código Civil, que son los arbitradores que deben ser nombrados conforme prevé el artículo 7 de los Estatutos de la sociedad anónima cuyas acciones fueron el objeto –cosa- del contrato de compraventa. [...]”

En base a esta doctrina, *a posteriori* ha surgido numerosa jurisprudencia menor, pudiéndose subrayar las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1^a) de 30 de junio de 2011 y de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28^a) de 8 de octubre de 2010, que señalan lo siguiente:

“[...]La prestación del consentimiento por el socio (al realizar la denuntiatio) y por la sociedad – en nuestro caso el socio ahora demandado - (al manifestar su voluntad de adquirir las acciones por su valor real) perfeccionan el negocio transmisivo de las mismas, y los avatares relativos a la fijación del precio (en este caso, la consideración por el socio de que el precio fijado no responde al valor real de las acciones) es una cuestión que afecta al “cumplimiento” del contrato, no a su “perfección”.

Por tanto, trasladada dicha jurisprudencia al caso objeto de esta demanda, resulta claro que la compraventa de las participaciones se perfeccionó al ejercitarse la demandada su-

derecho de adquisición preferente; resultando, desde ese momento, de obligado cumplimiento las obligaciones inherentes a la misma, independientemente de cuál sea el precio que finalmente se determine.

IX. En cuanto a la fijación del precio, al encontrarnos ante una sociedad limitada, hemos de acudir al Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC).

Concretamente, hemos de acudir a la Sección 2^a del Capítulo III del Título IV LSC, arts. 106 a 112, donde se regula la transmisión de participaciones sociales en las sociedades de responsabilidad limitada.

Conforme al art. 107 LSC, inmerso en dicha sección, la transmisión de participaciones se regirá por “las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos”; con lo cual en dicho supuesto ha de aplicarse el art. 12.5 de los Estatutos Sociales de la SOCIEDAD LIMITADA Z, que es donde se regula el ejercicio del derecho de adquisición preferente de participaciones, la posibilidad de impugnar el precio si se considera excesivo y los métodos para determinar el precio en caso de impugnación.

En atención a lo dispuesto en los Estatutos Sociales, al haberse ejercitado el derecho de adquisición preferente y al haberse impugnado el precio, ante la imposibilidad de determinar el valor de las participaciones conforme a las últimas cuentas anuales auditadas, se tuvo que acudir a un auditor externo escogido de mutuo acuerdo por las partes.

En este supuesto, la SOCIEDAD LIMITADA X y la SOCIEDAD LIMITADA Y, conforme a los Estatutos, dispusieron que la SOCIEDAD LIMITADA PROFESIONAL K fijase el valor de las participaciones. Por tanto, el precio estipulado por el auditor, siguiendo el método fijado por los Estatutos, es el que ha de pagar la parte demandada, para que después se lleve a cabo la formalización del contrato de compraventa de participaciones sociales.

X. Dado el tiempo que ha transcurrido desde que se manifestó la negativa de la SOCIEDAD LIMITADA Y a formalizar la compraventa de participaciones, en fecha de 16 de abril de 2018, se han generado intereses de demora a tenor de lo dispuesto en el art. 1108 CC, que se han de tener en cuenta para calcular la suma que la parte demanda ha de abonar a mi representada.

Por todo lo cual,

SUPlico AL JUZGADO tenga por presentado este escrito junto con los documentos que se acompañan y sus copias, tenerme a mí por parte en la representación que ostento y tener por interpuesta DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO, en nombre de mi representada, contra la SOCIEDAD LIMITADA Y.; y en su virtud, previos los trámites legales pertinentes, incluido el del recibimiento del pleito a prueba que desde este mismo momento intereso, se dicte en su día Sentencia en la que estimándose íntegramente esta demanda se declare perfeccionada la compraventa de las 3.500 participaciones de la SOCIEDAD LIMITADA Z. - de la 1 a la 3500, todas ellas inclusive - a favor de la compradora SOCIEDAD LIMITADA Y por un precio cierto de DOS MILLONES CIEN MIL EUROS (2.100.000`00 €); condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y a pagar a mi representada la cantidad de DOS MILLONES CIEN MIL EUROS (2.100.000`00 €), más los intereses legales desde el día 15 de abril de 2018, tras lo cual se otorgará escritura pública de dicha compraventa; y las costas de este procedimiento.

PRIMER OTROSÍ DIGO que a los efectos oportunos me remito a los protocolos del notario D. Cayo González Muñoz, así como a los archivos del Registro Mercantil de Zaragoza, a los libros y archivos de la SOCIEDAD LIMITADA Z, con especial referencia al Libro Registro de Socios; y a los archivos de la SOCIEDAD LIMITADA PROFESIONAL K.

Por todo lo cual,

SUPlico AL JUZGADO tenga por realizada la anterior manifestación a los efectos oportunos.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO que a los efectos de lo dispuesto en el art. 301 LEC, solicito se admita el interrogatorio del representante de la Sociedad limitada Y, Dña. Toribia González Menéndez.

Por todo lo cual,

SUPlico AL JUZGADO tenga por realizada la anterior manifestación a los efectos oportunos.

TERCER OTROSÍ DIGO que a los efectos de lo dispuesto en el art. 338 LEC, esta parte se reserva el derecho a solicitar la práctica de prueba pericial judicial o de parte a la vista de lo se manifieste de contrario en la contestación a la demanda.

Por todo lo cual,

SUPlico AL JUZGADO tenga por realizada la anterior manifestación a los efectos oportunos.

CUARTO OTROSÍ DIGO que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, se adjunta como documento nº 19 el justificante de pago de la preceptiva tasa judicial.

Por todo lo cual,

SUPlico AL JUZGADO tenga por realizada la anterior manifestación a los efectos oportunos.

QUINTO OTROSÍ DIGO que de conformidad con lo dispuesto en el art. 231 LEC, esta parte se compromete a subsanar aquellos defectos en que puedan incurrir sus actos procesales.

Por todo lo cual,

SUPlico AL JUZGADO tenga por realizada la anterior manifestación a los efectos oportunos.

Es justicia que pido en Zaragoza, a 28/11/2018.

RAMÓN CASTILLO MURCIEGO

Abogado Colegiado nº 7613

RAFAEL MUÑOZ DÍAZ

Procurador Colegiado nº 505