

EDJ 2014/111193 SAP LA RIOJA DE 16 JUNIO DE 2014

Texto

AP La Rioja, sec. 1º, S 16-06-2014, nº 163/2014, rec. 143/2013

Procedimiento: Recurso de apelación

Sentido del fallo: Desestimación

PTE.: Aramendía Ojer, María del Puy

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

Con fecha 16 de noviembre de 2012 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia num. 6 de Logroño en cuyo fallo se recogía: "Desestimar la demanda formulada por DOÑA Consuelo, DON Iván, DON Norberto y "TOPEL, S.L." frente a FINCA ALLENDE S.L., absolviendo a la misma de todos los pedimentos realizados en su contra, y con imposición a la parte actora de las costas del presente procedimiento.

SEGUNDO.-

Notificada la anterior sentencia a las partes, por la representación procesal de don Norberto, don Iván, Dª Consuelo y la mercantil Topel S.A. se presentó escrito interponiendo recurso de apelación, que fue admitido, con traslado a las demás partes para que en 10 días presentasen escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada, en lo que le resultase desfavorable.

TERCERO.-

Seguido el recurso por todos sus trámites, se señaló para la celebración de la deliberación, votación y fallo el día 27 de marzo de 2014, habiendo sido designada ponente Dª MARÍA DEL PUY ARAMENDIA OJER.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por don Norberto, don Iván, Dª Consuelo y la mercantil Topel S.A frente a la mercantil Finca Allende S.L., reclamando se fijara el valor de reembolso de sus participaciones sociales en 176,58 euros, sustentando su pretensión en un error de valoración por parte del auditor externo designado en su día.

SEGUNDO.-

Frente a tal pronunciamiento desestimatorio de la demanda se alzan los apelantes alegando en síntesis: que no impugnan el método de valoración del auditor pero sí sus resultados porque alteran el estatus jurídico económico de los socios separados al valorar sus participaciones a futuro y no al momento de ejercer su derecho de separación; lo que es totalmente erróneo y no

exigido por el método de valoración dinámico empleado por el auditor, que si bien toma en consideración como fecha de valoración el 29 de enero de 2010, valora la sociedad conforme a una futura ampliación de capital que a aquella fecha no había tenido lugar, sino después del ejercicio del derecho de separación por los socios. Y en todo caso el valor de la sociedad obtenido teniendo en cuenta la ampliación de capital, no debe dividirse entre el número de socios resultante de dicha ampliación, sino entre el número de socios existentes al momento del ejercicio del derecho de separación, 29 de enero de 2010; que no era necesaria la ampliación de capital pues se destinó al pago a los socios que ejercieron su derecho de separación, y obedeció a una estrategia de la empresa para sacar a los socios minoritarios; la sociedad debió valorarse al momento de ejercitar los demandantes el derecho de separación; existen dudas de hecho y derecho por lo que procede la condena en costas. Y suplica a la Sala dicte sentencia que revoque la de instancia declare el derecho de los demandantes a percibir el reembolso del valor de sus participaciones sociales a 176,58 euros cada una resultado de dividir el valor de la sociedad entre 29000 participaciones, condenando a la sociedad demandada a abonar la diferencia entre las cantidades ya abonadas por tal concepto y las debidas: 515989,92 euros, más intereses desde la demanda con imposición de costas a la demandada, y subsidiariamente reconozca la no imposición de costas de la instancia.

TERCERO.-

El [artículo 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada \(EDL 1995/13459\)](#) establecía un procedimiento para la valoración de las participaciones. Con arreglo al mismo, a falta de acuerdo las participaciones han de ser valoradas por un auditor de cuentas, que no sea de la sociedad, designado por el Registrador Mercantil. El cometido del auditor designado ha de ser la determinación del valor real de las participaciones sociales, tal como establece el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil. En los mismos términos, el [art. 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio \(EDL 2010/112805\)](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital dispone: "1. A falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un auditor de cuentas distinto al de la sociedad, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración".

Como razona la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2012 [EDJ 2012/135331](#): "1) Mediante la designación del Auditor por el Registrador Mercantil se da paso, como correctamente califica la sentencia recurrida y hemos declarado en la sentencia 926/2007, de 21 de septiembre, a la figura del arbitrador legal, figura distinta a la del árbitro, ya que, como precisa la sentencia 765/2010, de 30 de noviembre, "este último resulta encargado de dirimir una cuestión entre las partes, mientras que el arbitrador, desempeña una función por encargo de las partes"; y 2) no se cumple el objetivo perseguido por la norma -determinar el valor razonable de las participaciones y a la postre su precio- sólo porque se haya seguido el procedimiento fijado para la designación del Auditor por el Registro Mercantil, ya que con ello se garantiza la independencia del mismo y la titulación adecuada para la función que se le asigna, pero no prejuzga el acierto del informe"... "Condicionado por la finalidad de la norma - determinar el valor razonable-, el arbitrador no tiene libertad para fijar el que considere procedente a su libre albedrío y con independencia de que fuere razonable o no, ya que la Ley excluye el merum arbitrium e impone el deber de estar a lo "razonable" de acuerdo con las reglas de la ciencia exigibles en el desempeño del encargo (en este sentido, sentencia 118/2010, de 22 de marzo) o, como indica la sentencia 87/2010, de 9 de marzo, "queda sujeto a observar un criterio objetivamente adecuado al criterio normal dentro del sector de la comunidad en que se realiza la determinación". Lógica consecuencia de lo expuesto es que la valoración efectuada por el auditor sea susceptible de impugnación ante los Tribunales (en este sentido, sentencia 87/2010, de 9 de marzo, y las en ella citadas). Afirmó la sentencia de 10 de marzo de 1986, con referencia al arbitrador a que se refiere el artículo 1447 del Código Civil, que "a pesar de que ese precepto no regula la posibilidad de impugnación como lo hiciera el derecho histórico (Partida Quinta, título quinto, ley noventa: «... e si éste, en cuya mano lo meten, señalase el precio desaguissadamente, mucho mayor o menor de lo que vale la cosa, entonces deve ser enderecado el precio según alvedrío de omes buenos»), tanto la doctrina científica, que acude por analogía al artículo mil seiscientos noventa del propio Código, como la Jurisprudencial contenida en las sentencias de veintiuno de abril de mil novecientos cincuenta y seis y veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y seis, dan paso a la posibilidad de tal censura". La sentencia 822/2006, de 1 de septiembre, declaró que, "la llamada a la equidad no es autónoma, sino ligada a la desviación de las instrucciones señaladas por las partes a los arbitradores". En resumen, hay que tener en cuenta que -en este caso el mandato legal (que no instrucción de parte) consiste en "valorar" las participaciones, lo que tiene un componente objetivo muy superior al de "fijar el precio" regulado en el artículo 1447 del Código Civil, aunque a la postre la valoración tenga como objetivo fijar este-. Por ello no será admisible un valor que no sea el razonable, sin necesidad de manifiesta iniquitas " (manifiesta iniquidad) o de una actuación de mala fe". Y añade: "La inexistencia de un "valor real" de acciones y participaciones sociales, habida cuenta de los múltiples factores que pueden influir en su determinación, -singularmente en el caso de sociedades cerradas, en las que la dificultad o imposibilidad de desinversión por parte del titular las aleja de la consideración de bienes fungibles intercambiables fácilmente por dinero en un mercado libre,- fue determinante de que en la redacción dada a los artículos 32.2 y 100.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa y por la Ley 44/2002, de 22 noviembre, de Reforma del Sistema Financiero, se hiciese referencia al "valor razonable", y de que pueda afirmarse que no existe una cifra precisa y exacta que, a modo

de simple operación matemática, permita fijar un valor único y cierto -la sentencia 87/2010, de 9 de marzo, indica que "exige una valoración contable compleja, supone, según se dijo, una aproximación a la certeza conforme a reglas de experiencia, lo que, obviamente, no es otra cosa que un juicio razonable para la obtención del valor real".-Por ello el apartado 8 de la Resolución del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de fecha 3 de enero de 1991, por la que se publica la norma técnica de elaboración del informe especial sobre valoración de acciones, en el supuesto de los artículos 64, 147, 149 y 225 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable a las participaciones de las sociedades de responsabilidad limitada -en este sentido apunta la respuesta a la consulta número 2 publicada en el Boletín del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas 32 de diciembre de 1997- afirma que "sólo puede hablarse de aproximaciones o juicios razonables sobre el valor real", lo que permite utilizar, individualmente o combinados entre sí, diversos métodos en función de las circunstancias y contexto en que se trate. Se indica en la indicada resolución como más usuales o generalmente utilizados el valor de cotización en Bolsa, el del activo neto real, el de capitalización de resultados, y el actual de flujos monetarios netos".

Y la [sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 10 de septiembre de 2007](#) dice: ", debe precisarse, con referencia al valor "real" de las participaciones al que se hace reiterada mención (con apoyo en la redacción que, al tiempo de llevarse a cabo la valoración por la compañía tenía el art. 100 L.S.R.L, término sustituido por el de "razonable" en la reforma de dicha norma de 22-11-2.002, realizada por la [Ley 44/02 \(EDL 2002/46672\)](#)), que, como pone de relieve el perito judicial, Sr...., en una valoración de acciones o participaciones sociales "solo puede hablarse de aproximaciones o juicios razonables sobre el valor real, que puede depender en alto grado de evaluaciones subjetivas sobre aspectos muy variados del negocio". En este sentido se pronuncia precisamente la Norma Técnica de 23 de octubre de 1.991 del Instituto de Contabilidad y Auditorías de Cuentas en adelante I. C.A.C.) en su apartado 8, norma indicada por los actores como aplicable al caso y considerada adecuada por la sentencia de instancia por referirse al supuesto de separación de socios más similar al que ha dado lugar a este pleito, el contemplado por la anterior L. S.R.L. en su art. 64 (separación por cambio del objeto social).

Como se dice en el escrito de oposición al recurso, todos los peritos que han intervenido en la litis (hay otros, además de los ya citados) han coincidido, estando a que el concepto de valor "real" del antiguo art. 100 es un concepto jurídico, en que no existe un método científico inequívoco para hallar tal valoración (ni las propias Normas Técnicas como la referida tiene carácter obligatorio ni excluyente, por cuanto tales normas, como viene definidas por el [Real Decreto 1.636/1.990 de 20 de diciembre \(EDL 1990/15628\)](#), que aprueba el desarrollo reglamentario de la Ley de Auditorías de Cuentas ([ley 19/1.988 de 12 de julio \(EDL 1988/12350\)](#)), constituyen "los principios que debe observar necesariamente el auditor de cuentas en el desempeño de su función, lo que no impide ni dificulta la aplicación del juicio profesional del auditor como garantía de los trabajos". Este criterio profesional se forma con los conocimientos teóricos y con la experiencia profesional.

A ello hay que añadir que el empleo de métodos dinámicos como lo utilizados por todos los peritos, en los que se lleva a cabo una valoración de la sociedad mediante la estimación de sus resultados económicos proyectados hacia el futuro, implica una labor eminentemente estimativa, subjetiva, al igual que la variedad de elementos de una empresa conlleva que cada experto valore determinados elementos de acuerdo con su criterio".

CUARTO.-

Teniendo en cuenta los anteriores razonamientos, de aplicación al caso que nos ocupa, debe partirse de las propias alegaciones de la parte apelante, quien sostiene que no impugna el método de valoración del auditor sino sus resultados, alegando lo erróneo de valorar las participaciones de los socios separados a futuro y no al momento de ejercer su derecho de separación, así como lo erróneo de dividir el valor de la sociedad entre el número de socios resultante de la ampliación de capital cuando debió dividirse entre el número de socios existentes a la fecha de ejercicio del derecho de separación, 29 de enero de 2010.

Se debe partir por tanto de la adecuación y razonabilidad del método de valoración utilizado por el auditor, debiendo examinarse si son o no igualmente correctas y razonables las operaciones, parámetros y variables empleados, y el resultado obtenido por el auditor.

El perito designado por el Registrador Mercantil de La Rioja, don Baldomero, informa que entre los distintos métodos de valoración de la sociedad ha utilizado el de flujos libres de tesorería en un periodo de cinco años, al tratarse de una empresa en funcionamiento, tomando como base las cuentas anuales auditadas y aprobadas al cierre del ejercicio 2009, calculando el valor residual de la empresa al final del periodo; obteniendo un valor de 5120860,68 euros. El perito ha considerado el importe neto de la cifra de negocios, aprovisionamientos, gastos de personal, gastos de servicios exteriores, variaciones de activo fijo y activo circulante. El método de flujos de caja descontados es un método dinámico, proyectado a futuro, pero como informa el perito auditor, el valor de la sociedad obtenido a través de dicho método empleado, es el valor a fecha 31 de diciembre de 2009, no como parece entender la parte

apelante, el valor futuro de la empresa. Y precisamente por el empleo de un método de valoración dinámico proyectado a cinco años, es por lo que tiene en cuenta el perito para determinar el valor de la sociedad, y de cada una de las acciones, la ampliación del capital social acordada en la Junta General de Accionistas de 30 de enero de 2010.

El perito don Evaristo, experto contable y Censor Jurado de Cuentas, en informe de fecha 19 de marzo de 2012, no lleva a cabo un informe de valoración de la sociedad Finca Allende S.L., sino un informe sobre el informe del perito don Baldomero. Dicho perito se limita a reproducir diversos apartados del informe de Jab System Auditor,s S.L., para concluir que "el número de participaciones que debe ser considerado para calcular su valor unitario, aplicando el resultado de la valoración efectuada, es de 29000 participaciones que son las que constituían el capital social de la empresa valorada a la fecha implícita y explícitamente derivada del informe de valoración y no la cifra de 45638 participaciones sociales que es la que ha sido considerada en las conclusiones del informe de valoración". No explica el perito cual sea la fecha "implícita y explícitamente derivada del informe de valoración", si el 31 de diciembre de 2009, o el 30 de enero de 2010, o el 29 de enero de 2010, como señala la parte apelante o cual sea. Tampoco explica el error que haya podido cometer el perito señor Baldomero, ni si el método empleado por el señor Baldomero es o no adecuado y razonable, ni "el porqué" de tener que considerarse el número de participaciones señalado por el señor Evaristo en lugar de el número de participaciones considerado por el señor Baldomero. Expresamente indica el perito señor Evaristo que su informe no es una revisión de acuerdo con normas técnicas de auditoría vigentes, ni una opinión de auditoría sobre cuentas anuales, registros contables o documentos de la sociedad Finca Allende S.L.. La falta de rigor de dicho informe impide tenerlo en consideración, y en nada desvirtúa el informe de Jab System Auditor,s S.L.

D. Millán, Auditor Censor Jurado de Cuentas, de Hispania Alfa Capital S.L.P. auditores y asesores, emite informe en fecha 23 de abril de 2013, igualmente sobre el informe del perito don Baldomero, Jab System Auditor,s S.L.; ahora bien, ha de señalarse que a diferencia del informe del señor Evaristo, el emitido por el perito señor Millán sí lleva a cabo un minucioso y razonado estudio de los registros contables de la sociedad Finca Allende S.L. en los ejercicios 2006 a 2009, así como de los cálculos y criterios económicos, financieros y contables del informe emitido por don Baldomero, los distintos métodos estáticos o dinámicos de valoración de empresas, utilizados para determinar bien su valor intrínseco, bien su valor en el mercado, señalando que el método más utilizado para obtener el valor intrínseco de una empresa es el método dinámico de descuentos de flujos de caja, complementado con el método de múltiplos. Lleva a cabo el perito un análisis del coste de capital medio ponderado a aplicar para determinar el valor de la empresa, y concluye que el perito señor Baldomero ha considerado en los cálculos de la estructura de endeudamiento de la empresa Finca Allende S.L. y determinación de la tasa de descuento, el aumento de capital acordado en junta de socios de 30 de enero de 2010, y ha aplicado el método dinámico de flujos de caja futuros partiendo de la ampliación de capital, concluyendo el perito señor Millán que de no haber considerado el perito señor Baldomero tal aumento de capital, los flujos futuros proyectados hubieran sido negativos, e ineficaz el método empleado de valoración de la empresa, siendo razonable la valoración de las 45638 participaciones sociales resultantes del aumento de capital en 5120860,68 euros. El propio perito señor Baldomero aclara en el acto del juicio que ha tenido en cuenta el aumento del capital social para la valoración de la empresa, pues había que partir de tal situación para aplicar el método de flujos de caja proyectados a futuro. No puede acogerse la pretensión de la parte apelante, de considerar el aumento de capital para determinar el valor de la empresa y no considerar el número de participaciones sociales resultantes precisamente de tal aumento de capital.

Ha de concluirse conforme a lo expuesto que la valoración de las participaciones sociales de que son titulares los demandantes según la determinó el auditor de cuentas de la sociedad es correcto y razonable, y no adolece de errores metodológicos, de empleo de variables o parámetros inadecuados que lo invaliden; sin que proceda sustituir el criterio técnico de valoración de dichas participaciones sociales seguido por el auditor señor Baldomero por el interesado por dichos apelantes falta de todo apoyo probatorio, debiendo señalarse que la aplicación de los principios contables ha ido encaminada a determinar el valor de la sociedad como empresa en funcionamiento, y que frente a los alegatos de la parte apelante, faltos de toda prueba, acerca de ser la ampliación de capital una maniobra interesada para excluir a los socios minoritarios, consta en el acuerdo adoptado en Junta de 30 de enero de 2010 la finalidad de la ampliación de capital para fortalecer financieramente a la sociedad, que había tenido pérdidas en el ejercicio 2009 y permitir su continuidad.

QUINTO.-

La regla general en materia de imposición de costas es la del vencimiento objetivo y la excepción es que en aquellos supuestos en que las pretensiones han sido rechazadas totalmente y justificada la imposición de costas, se aprecien dudas de hecho o de derecho, que no es otra cosa que las circunstancias excepcionales que justificaban su no imposición a que se refería el [antiguo art. 523 LEC de 1881 \(EDL 1881/1\)](#). Dentro de tales circunstancias excepcionales se apreciaba con frecuencia la "oscuridad de la causa" como motivo que justificaba suficientemente la no imposición de costas al vencido, y que no es nada distinto a las dudas de hecho del [actual art. 394.1 LEC \(EDL 2000/77463\)](#), es decir, cuestiones complejas existentes en un determinado asunto que impiden determinar con nitidez quién, pese a la desestimación de las pretensiones planteadas, ha sido el causante del proceso.

Por otro lado, del segundo párrafo del [art. 394.1 LEC \(EDL 2000/77463\)](#) cabe concluir que el caso es jurídicamente dudoso cuando existe jurisprudencia contradictoria al respecto.

En cuanto a las "serias dudas de hecho o de derecho" que excluyen la expresa imposición de costas a pesar de producirse el vencimiento previsto en el artículo 394, los requisitos para su apreciación son los dos siguientes: 1º) Que tales dudas sean fundadas, razonables, basadas en una gran dificultad para determinar, precisar o conocer fuera del proceso judicial la realidad de los hechos fundamento de la pretensión deducida, o aun no habiendo dudas sobre los hechos, los efectos jurídicos de los mismos se presenten dudosos por ser la normativa aplicable susceptible de diversas interpretaciones, o bien en el supuesto de las de derecho, porque exista jurisprudencia contradictoria en casos similares. 2º) Ha de concurrir la "seriedad" de la duda, esto es, la importancia de los hechos sobre los que recae la incertidumbre en orden a decidir la razonabilidad de la pretensión, de manera que no todas las pretensiones razonablemente fundadas impedirán la condena en costas en caso de su desestimación, porque la regla de vencimiento objetivo no es sólo una sanción a la conducta arbitraria o caprichosa del que pretende y es vencido, sino también una regla de protección del sujeto contra el que se dirige la pretensión a no padecer perjuicio económico.

De modo que el criterio general es el de imposición de costas al litigante vencido con la excepción de que el caso presente serias dudas de hecho o de derecho, como facultad discrecional limitada que debe ser usada moderadamente, al suponer en definitiva una derogación del principio general, siendo preciso que concurren circunstancias de extraordinaria importancia que han de razonarse en su aplicación.

En el caso que nos ocupa, la Sala no aprecia las serias dudas que señala la parte apelante, de modo que ha de confirmarse la imposición de costas contenida en la sentencia de instancia, en aplicación del principio de vencimiento que establece el [artículo 394-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil \(EDL 2000/77463\)](#).

Por lo razonado, no procede sino confirmar la sentencia de instancia, desestimando el recurso de apelación.

SEXTO.-

Respecto de las costas procesales, y de conformidad con lo establecido en el [art. 394 y 398 LEC](#), procede la imposición de las causadas en esta instancia a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sra. Feriche Ochoa en nombre y representación de don Norberto, don Iván, D^a Consuelo y la mercantil Topel S.A. contra la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. 6 de Logroño en juicio ordinario en el mismo seguido al num. 1212/2011, de que dimana el Rollo de Apelación num. 143/2013, debemos confirmarla y la confirmamos.

Con imposición de las costas causadas en este recurso de apelación a la parte apelante.

Contra la presente resolución puede haber recurso de casación ante el Tribunal Supremo, si se cumplieran los requisitos legales, que serían examinados en cada caso por la Sala.

Cumplase al notificar esta resolución lo dispuesto en el [artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial \(EDL 1985/8754\)](#).

Devuélvase los autos al juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, interesándose acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al rollo de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 26089370012014100326

Conceptos

Imposición de costas procesales por vencimiento

Costas procesales

Sociedad de responsabilidad limitada

- Participaciones y acciones sociales
- Transmisión «mortis causa» de participaciones

Excepción a la imposición de costas por vencimiento