

ACUERDO DE SEPARACIÓN VOLUNTARIA,
DIVISIÓN DE TODAS LAS PARTICIPACIONES DE UNA
SOCIEDAD LIMITADA OSTENTADAS PRO INDIVISO Y
REDUCCIÓN DE CAPITAL CON AMORTIZACIÓN DE
PARTICIPACIONES DE QUIEN SE SEPARA. COMENTARIO
A LA STS 44/2014, DE 18 DE FEBRERO (RJ 2014, 921)

VOLUNTARY SEPARATION AGREEMENT, DIVISION
OF THE JOINT PROPERTY OF ALL OF A CLOSED
CORPORATION'S SHARES AND CAPITAL REDUCTION
WITH SHARE'S PAYING OFF. COMMENT ON STS 44/2014,
OF FEBRUARY 18 (RJ 2014, 921)

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 454-467



Miguel
GIMENO
RIBES

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de marzo de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 20 de marzo de 2014

RESUMEN: El trabajo versa sobre el supuesto de una sociedad limitada la totalidad de cuyas participaciones se ostenta pro indiviso por los socios-comuneros, de manera que, en determinados aspectos, las reglas aplicables dejan de ser las del Derecho de Sociedades para entrar en juego las normas generales sobre Derecho de contratos y de cosas. El problema de la valoración de las cuotas del condominio en caso de división del mismo, mal que tiene implicaciones societarias, debe atender a los preceptos en sede de copropiedad.

PALABRAS CLAVE: Sociedad de responsabilidad limitada, comunidad de bienes, valoración por tercero, equidad.

ABSTRACT:The paper deals with a Spanish closed corporation whose shares were jointly held by their shareholders and co-owners. Applicable rules to some legal relations were no longer those of Corporate Law, but the ones of Contract Law and the Law of rights in rem. The problem of valuation of the percentages of the co-owners in case of division has to be solved through the rules on joint property, even if it has implications for the corporation.

KEY WORDS: Cosed corporation, joint property, valuation done by thirds, equity.

SUMARIO: I. Acuerdo de separación, comunidad de bienes y sociedad.- II. Árbitro y arbitrador.- III. Condición de socio y titularidad indirecta de bienes. IV. Relevancia del plazo de cuatro meses.- V. Cuestión de prueba: valoración incorrecta.- VI. La incidencia de la cláusula *rebus sic stantibus*.- VII. A modo de conclusión.

SUPUESTO DE HECHO

Las participaciones en las que estaba dividido el capital social de la sociedad REFIR, S. L. formaban parte de una comunidad de bienes que ostentaban, en su totalidad, cinco comuneros, de entre los cuales, el demandante en el litigio tenía una cuota del 45,15% y la suma de las de los otros cuatro -codemandados- suponía el 54,85% de la indicada copropiedad. El 28 de septiembre de 2007 se celebró un contrato entre los comuneros en el que se estipulaba un acuerdo de separación –voluntaria- de uno de ellos. De esta manera, se liquidaba la cuota correspondiente a su porcentaje, lo que se correspondía con un número determinado de participaciones que se debían amortizar como consecuencia de una reducción de capital. Para determinar la parte de los activos que se correspondían con las mencionadas participaciones se requirió el arbitrio de un tercero, la auditora KPMG. No habiéndose llevado a cabo los diferentes actos jurídicos que debían haberse derivado del contrato, el 29 de octubre de 2008, el comunero que contaba con el 45,15% interpuso demanda ante el JPI de Barcelona por la que interesaba el cumplimiento de lo pactado.

De los demandados, los otros cuatro comuneros y REFIR, S. L., tan sólo contestó y reconvinó uno de los primeros, entendiendo que el acuerdo de separación debía quedar resuelto por no haber sido ejecutado en el plazo de cuatro meses. Subsidiariamente, advertía que, en todo caso, procedía la resolución por no haberse adjudicado a los cuatro comuneros la suma de cuyas cuotas superaba el 50% los activos que, correctamente valorados, eran equivalentes en términos pecuniarios al referido porcentaje. Finalmente, y para el caso de no acogimiento de las dos anteriores pretensiones, indicaba que, en caso de considerarse válido y eficaz el acuerdo, por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, debería modificarse la

• Miguel Gimeno Ribes

Es Becario de investigación FPI del Ministerio de Economía y Competitividad y doctorando en el Departamento de Derecho Mercantil "Manuel Broseta Pont" de la Universidad de Valencia, donde primero se licenció en Derecho, luego en Administración y Dirección de Empresas y, posteriormente, cursó el Máster Universitario en Derecho, Empresa y Justicia, obteniendo el Premio Extraordinario en los tres títulos. Becado por el DAAD y la Sociedad Max Planck, además de por el antedicho Ministerio, ha desarrollado estancias en las Universidades de Múnich, Oxford y Florencia, así como en el Instituto Max Planck para el Derecho Privado internacional y comparado, donde ha profundizado en sus líneas de investigación, que se centran en el Derecho de Sociedades, de la Competencia y de la Contratación Mercantil. En estas materias ha publicado un libro (La protección del comprador en la adquisición de empresa. Estudio comparado de los ordenamientos español y alemán (2013) y diversos capítulos de libro y artículos en revistas de prestigio como la Revista de Derecho Mercantil o la Revista de Derecho de Sociedades, además de haber coordinado la obra colectiva Archivo Commenda de Jurisprudencia Societaria (2014).

valoración habida cuenta de la caída del sector inmobiliario, que indirectamente había supuesto la depreciación de algunos de los activos que la sociedad tenía en su haber:

El JPI estimó la demanda y rebatió los argumentos de la reconvencción, declarando que el contrato había sido incumplido e intimando a las partes a hacer efectivo el acuerdo de separación y realizando las correspondientes adjudicaciones de activos tal y como resultaba de la valoración llevada a cabo por KPMG. En concreto, advertía el órgano judicial que el plazo de ejecución del acuerdo no debía reputarse como elemento esencial, por lo que el hecho de haber sido superado no daba lugar a la resolución. En el mismo sentido, la incorrección de la valoración no suponía un incumplimiento de uno de los comuneros -partes en el contrato-, sino de un tercero al que se le requiere para llevar a cabo tal operación de cálculo, por lo que la pretendida resolución tampoco puede ser derivada por esta vía. Finalmente, entendía que la cláusula *rebus sic stantibus* tan sólo es de aplicación a contratos de tracto sucesivo, por lo que no puede ser invocada en el supuesto litigioso considerado.

Recurrida la sentencia en apelación, la AP de Barcelona confirmó la resolución de instancia en lo esencial, pero admitió que la posible valoración del tercero arbitrador, si contraria a la equidad en el sentido del art. 1690 CC, podía ser objeto de revisión. Sin embargo, entendía que la antedicha seguía unos criterios razonables, máxime cuando a fecha de 17 de abril de 2008 no se había aludido todavía por las partes a la caída del sector inmobiliario como posible elemento que propiciara la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, sino que su consideración no tuvo lugar hasta el 15 de julio de 2008.

La sentencia se recurrió en casación y el TS trajo a colación los argumentos que seguidamente se refieren para terminar desestimando los motivos esgrimidos por la parte demandada.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El demandado, recurrente en casación, adujo la necesidad de que la actividad desarrollada por el tercero arbitrador se desarrollara de conformidad con lo previsto en los arts. 1690 CC respecto a la determinación de las ganancias y de las pérdidas en las sociedades, así como a la determinación del precio en el contrato de compraventa (art. 1447 CC) y, por tanto, debía, tal y como requiere el primero de los preceptos citados, someterse a la equidad. No apreciándose ésta, el referido artículo posibilita la impugnación judicial de la decisión del tercero y su nueva valoración, que debería ser congruente con el "*auténtico valor, el criterio objetivamente adecuado, el criterio normal del sector de la comunidad*". El TS entendió que el tenor literal de la norma exigía, precisamente, lo había argumentado la parte recurrente, pero, al tiempo, advertía de que dicha labor ya fue llevada a cabo por

la AP de Barcelona, de manera que, tratándose de una cuestión de prueba, cuya consideración en casación queda vedada, el motivo debía ser desestimado.

Igual suerte merecieron el segundo y el tercero de los motivos, referido el primero a la posible aplicación de la necesaria sujeción a la proporcionalidad o a la igualdad en la preparación de los lotes para el reparto de los activos por aplicación analógica de los preceptos radicados en sede de comunidad de bienes y herencia, arts. 402 y 1061 CC respectivamente. El Alto Tribunal entendió que el argumento suponía, de un lado, una vulneración de la prohibición procesal de *mutatio libelli*, pues no había sido traído a colación en las instancias previas, y, de otro, y aparte la falta de claridad en su exposición, no se daban las circunstancias requeridas para la aplicación analógica de los preceptos referidos. El recurrente pretendía, en este sentido, una nueva valoración que dejara sin efecto la realizada por el tercero.

El tercer y último de los motivos versaba sobre la presunta vulneración de consagrada doctrina jurisprudencial en materia de enriquecimiento injusto y principio general del derecho de equidad, cuya finalidad, entendió el TS, no era otra que la de los argumentos anteriores. Contra éste excepcionó falta de razonamiento y, nuevamente, prohibición procesal de aducir motivos no considerados en instancias previas.

I. ACUERDO DE SEPARACIÓN, COMUNIDAD DE BIENES Y SOCIEDAD

La resolución judicial cuyo análisis es objeto del presente comentario plantea un supuesto de hecho de particular interés, puesto que requiere de la delimitación previa de la naturaleza exacta de las instituciones en juego que se derivan de los elementos fácticos del asunto litigioso. Así, se hace necesaria una primera valoración de la configuración jurídico-obligacional y jurídico-real de la mencionada realidad, que cubra los elementos generales y determine la regulación que le sea de aplicación. Con inmediata posterioridad, se toman en consideración los diferentes argumentos aducidos en las instancias por las partes y se valora la solución aportada en cada caso por las sucesivas instancias judiciales, evidentemente, partiendo de la determinación realizada de manera originaria.

Así pues, el supuesto considerado es el de una comunidad de bienes que se extiende sobre la totalidad de las participaciones de una sociedad limitada, en la que, los que ostentan la condición de socios lo son como copropietarios de la totalidad de las participaciones. Recuérdese, a estos efectos, que como advierte el art. 90 LSC, la participación social es indivisible. Es por ello que su relación con la compañía no está vinculada a un número concreto del total de los títulos en los que está dividido el capital social de la misma, sino a la cuota correspondiente que le corresponda en razón de la parte proporcional que ostente en la comunidad. Su condición, por tanto, es de socio de la totalidad y de comunero por la parte correspondiente,

lo cual, si a efectos económicos reviste alguna particularidad, quizá no del todo relevante, encuentra especial incidencia a los jurídicos.

En primer lugar porque, habida cuenta de lo anterior, nos encontramos ante un supuesto de derechos reales sobre acciones o participaciones y, en concreto, de copropiedad sobre las anteriores [son de interés los trabajos clásicos de Fernández Ruiz, J. L. "Copropiedad y usufructo de acciones", en Alonso Ureba, A. (coord.). *Derecho de sociedades anónimas: (en homenaje al profesor José Girón Tena)*. Vol. 2, T. II. Madrid (1994): Civitas, 745-772, particularmente 748-759, así como De la Cámara Álvarez, M. "El derecho de suscripción preferente en el caso de acciones de la sociedad conyugal o en caso de copropiedad, usufructo o sustitución fideicomisaria de acciones". *Anales de la Academia Matritense del Notariado* (1996). 35, 425-464, en concreto, 441-445], lo que exige el recurso a las normas que, en sede societaria, regulan tal especialidad. En concreto, el art. 126 LSC otorga la condición de socios a los copropietarios, pero exige que tan sólo uno de ellos sea designado para el ejercicio de los derechos del socio. Por estos entendemos, no sólo los derechos económicos, como pueda ser el de suscripción preferente –los dividendos serán cobrados por uno de los copropietarios contra el que, en razón de su condición de comuneros, podrán repetir su parte proporcional de la ganancia el resto de los copropietarios-, sino también, de manera especial, los políticos. En el caso presente, en el que la copropiedad lo es respecto de la totalidad de las participaciones, es una realidad que a la Junta General tan sólo podrá acudir una persona física, lo que lleva a plantear si, en realidad, no nos encontramos ante un supuesto de sociedad unipersonal, con la consecuencia de que las competencias del órgano que delibera recaigan de manera unívoca en el socio representante en el sentido del art. 15 LSC. La respuesta, sin embargo, se nos debe antojar negativa, toda vez que no es sólo una persona, sea física o jurídica, la que ostenta la condición de socio, sino varias, además de que la persona que acuda a la Junta no deberá ser necesariamente uno de los socios, sino que dicha facultad podrá recaer en un tercero representante. Diferente habría sido la solución en caso de que en vez de una comunidad de bienes, la totalidad de las participaciones hubiese pasado por un ente con personalidad jurídica. La reducción de costes en términos de convocatoria de Junta General no puede, por lo demás, ser ignorada, mal que en una sociedad limitada de las características de la presente, bien por mediación de juntas universales, bien, en su caso, a través de la comunicación directa a los socios, no serían de gran envergadura.

Lo que en cualquier caso parece colegirse es el necesario requerimiento de fórmulas de elaboración de decisiones concernientes a la empresa constituida como sociedad ajenas al propio Derecho corporativo, y ello en razón de la situación de copropiedad que no deja verdadero margen para el desarrollo de las funciones propias de los órganos de las sociedades de capital. En este sentido, parece quizá que son los contratos establecidos entre los comuneros los que están llamados

a regir el funcionamiento de la sociedad y, en concreto, tomar las decisiones que luego se ejecuten a través de sus órganos. Cabe pensar, en este sentido, que dichos contratos puedan ser concebidos e, incluso, sometidos a las reglas de los pactos omnilaterales, esto es, pactos parasociales en los que intervienen la totalidad de los socios [véase al respecto, Sáez Lacave, M. I. "Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces". *Revista de Derecho de Sociedades* (2010). 39, 103-123, como también Pérez Moriones, A. "La necesaria revisión de la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales o de todos los socios". *Estudios de Deusto* (2013). 61-2º, 261-296. Monográficamente, Noval Pato, J. *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad*. Madrid (2012): Civitas]. En cualquier caso, las posibles decisiones, que en el presente supuesto afectan a una reducción de capital por amortización de participaciones, siendo que se instrumentan a través de acuerdos entre copropietarios, deberán estar sujetas a las reglas aplicables al condominio.

En cierto sentido, las particularidades de una posible asignación de los correspondientes activos a uno de los integrantes de la empresa, que decida abandonar la continuación de la actividad económica revestirán características divergentes según se trate de una comunidad de bienes o de una sociedad. En este último caso, el derecho de adquisición preferente se estipula por vía estatutaria o, de manera supletoria, por la Ley, resultando, por tratarse de una sociedad limitada, contrario a Derecho, de conformidad con el art. 108 LSC, el establecimiento de cláusulas que hagan prácticamente libre la transmisibilidad de las participaciones. El derecho real limitado opera, en cualquier caso, mediante un mecanismo que tiene incidencia *ex ante*, ya que suele tratarse de un derecho de tanteo que pueden ejercitar el resto de socios o de la sociedad y que seguramente vendrá marcado por un riguroso procedimiento de comunicaciones que, a falta de indicación estatutaria, se encuentra descrito en el art. 107 LSC. Por el contrario, en un supuesto de copropiedad es de aplicación el derecho de retracto entre comuneros referido en el art. 1522 CC, el cual, por su fisonomía [sobre el particular, de manera especial, Bello Janeiro, D. *El retracto de comuneros y colindantes en el Código Civil*. Cizur Menor (1996): Aranzadi, así como, más recientemente, Bergal Sáinz de Baranda, Y. "Requisitos para la interposición de las demandas de retracto de comuneros: algunos problemas prácticos". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2010). 720, 1681-1720], resulta mucho más permisivo con la posible voluntad de transmisión de un bien a terceros. En primer lugar, por el hecho de operar *ex post*, que evita la necesidad de una autorización por parte del resto de propietarios y, en segundo, por la brevedad del plazo –de nueve días *ex art.* 1524 CC- para el ejercicio de tal derecho.

Pareciera, por tanto, que la elección de unas reglas como las de la comunidad de bienes para una realidad que constituía el ejercicio de una actividad económica a través de una sociedad de responsabilidad limitada tenía en mente, de un lado,

una suerte de reducción de costes y, de otra, una flexibilización de las rigideces de transmisión de las cuotas o participaciones que cada uno de los socios-comuneros tuvieran respecto del total del capital. A esto último puede añadirse que las limitaciones que, bien legal, bien estatutariamente se configuran –ex arts. 107 y 108 LSC– en lo que se refiere a las posibilidades de transmisibilidad de las participaciones, y esencialmente en comparación con el régimen de las sociedades anónimas, favorecedor de lo contrario (art. 123 LSC), no se ve correspondido con un derecho de separación más generoso en la sociedad limitada (art. 346.2 LSC), precisamente por una cuestión de corte tipológico [sobre el particular, especialmente el clásico trabajo de Fernández de la Gándara, L. *La atipicidad en el Derecho de Sociedades*. Zaragoza (1977): Pórtico, así como, de manera específica, Embid Irujo, J. M. y Martínez Sanz, F. “Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital”. *Revista de Derecho de Sociedades* (1996). 7, 11-30], esto es, por la configuración como sociedad cerrada, con un capital poco disperso y con una mayor libertad estatutaria para determinar su régimen.

Es de notar, no obstante, que finalmente, la salida de uno de los socios se instrumentó, no a través de una venta de las participaciones, sino de un acuerdo de separación voluntaria, que exigía el acuerdo de la Junta General (el acuerdo unipersonal) de reducción de capital por amortización de participaciones, con la sustancial reducción de tamaño de la sociedad. Sin embargo, ello no debe llevar a la ignorancia de las normas sobre comunidad de bienes, puesto que, al cabo, la posible problemática de la resolución judicial analizada se encuentra en esta sede y no en aspectos puramente societarios.

II. ÁRBITRO Y ARBITRADOR

Delimitado el problema del objeto de regulación en términos generales, se plantea en primer término la cuestión de la figura y consiguiente función del tercero al que se requiere para realizar la valoración de los activos de la sociedad y, así, poder asignar a cada uno la parte correspondiente a su cuota. Para comenzar, no se trata de un árbitro en sentido de persona llamada a la resolución de conflictos en la vía extrajudicial a través de la emisión de laudos. Por el contrario, nos encontramos ante un arbitrador, que debe decidir el valor de los diferentes elementos y que es designado para ello por las partes, y ello sin perjuicio de que el art. 402 CC hable de “árbitros” y el art. 1447 CC indique que se trata de dejar una decisión al “arbitrio” de un tercero [Alfaro Águila-Real, J. y Campins Vargas, A., “Revisión por los Tribunales de los informes de los auditores que fijan el valor real de las acciones con ocasión de un derecho de preferencia estatutario. (A propósito de la SAP de Madrid, de 23 de diciembre de 2009)”. *Revista de Derecho de Sociedades* (2010). 35, 301-310].

Pero dicho arbitrador, no lo es, como han sugerido las sucesivas instancias, por referencia analógica del art. 1447 CC, sino por aplicación estricta de las normas

sobre comunidad de bienes, pues de ello se trata, y, en particular, en lo que se refiere a la división de la cosa común. Existiendo un precepto en tal sede, art. 402 CC, que regula la posibilidad, pese a que se refiere, de manera imprecisa, a los árbitros, parece más adecuado que tal sea el precepto de adecuada invocación.

El problema que surge, sin embargo, es el de la posible impugnación de la decisión del tercero por alguna razón. No habiendo indicación explícita en sede de compraventa, en la resolución judicial se invocaba el art. 1690 CC por analogía, referido a la determinación de las pérdidas y ganancias en la sociedad civil, que, por lo demás, alude a la equidad como elemento que debe guiar la actuación del tercero arbitrador: De aplicación sería también el precepto en caso de que se recondujera el supuesto, como se ha sostenido, al art. 402 CC, con la única particularidad de que se debe dilucidar si el criterio debe ser la falta de proporcionalidad o, por el contrario, la ausencia de equidad. Y lo cierto es que, hasta cierto punto, se trata de conceptos compatibles, ya que, de un lado, la proporcionalidad tiene que ver con la adecuada distribución de los activos, una vez valorados, con respecto a las cuotas que cada uno de los socios-comuneros tuvieran en la copropiedad. De otro, la equidad responde al cálculo de lo que supone la traslación en términos pecuniarios de los activos, que necesariamente ha de operar de manera previa. No parece que en el presente caso se hubiese vulnerado la proporcionalidad, pese a que así lo indicase la parte demandada en primera instancia, ya que se asignaron los activos en perfecta consonancia con los porcentajes de las cuotas de los comuneros. Al contrario, lo que parece subyacer es un sustancial desacuerdo de la parte demandada en razón de una supuesta contravención del requisito de la equidad.

Nada parece indicar la sentencia, por lo demás, y pese a haber afirmado que el precepto aplicable en el supuesto de hecho analizado era el relativo al contrato de compraventa por analogía (art. 1447 CC), sobre la posible valoración de los activos de la sociedad conforme a un determinado cálculo preestablecido, como pudiera intuirse que se pactó en origen, por tratarse de una empresa auditora la encargada de tal valoración. Y es que el art. 1447 CC no sólo alude al "*arbitrio de persona determinada*", sino también que el precio sea determinado "*con referencia a otra cosa cierta*", siendo tal cosa cierta, por ejemplo, una forma de cálculo comúnmente utilizada [Alfaro Águila-Real, J. y Campins Vargas, A. "Revisión por los Tribunales", cit.]. Presumiendo que no fuera tal la previsión contractual, entendiendo que la valoración de activos aconsejara dejarlo a la equidad, el acuerdo puede ser impugnado en caso de producirse su contravención, con la posibilidad de que sea el órgano judicial el que realice las oportunas valoraciones sobre la adecuación de la valoración en los términos referidos.

III. CONDICIÓN DE SOCIO Y TITULARIDAD INDIRECTA DE BIENES

Llegados a este punto, y con carácter previo a la efectiva consideración de los aspectos verdaderamente controvertidos entre las partes en las sucesivas instancias, conviene hacer referencia a la estructura jurídico-real de la situación fáctica objeto de estudio. Se ha argumentado que es la regulación sobre la comunidad de bienes, sobre el *pro indiviso*, la que debe ser de aplicación. Es por ello que la condición de socio la ostentan todos los comuneros, pero, en cierto modo, con particularidades a la hora del ejercicio de los derechos que son inherentes al estatuto jurídico de quien es titular de una participación.

Al mismo tiempo, a la hora de realizar operaciones que impliquen la valoración patrimonial de los bienes que pertenecen al empresario social, se dice que los socios tienen una suerte de relación indirecta con los bienes que, en caso de ostentar la totalidad de las participaciones en las que se divide el capital, puede asimilarse, por efecto económico, a la propiedad de los bienes. En tal sentido, en operaciones corporativas, como compraventas de empresa (*share deal*), o, en este supuesto, división de la cosa común, la cuota de la copropiedad se corresponde con un número de participaciones calculadas en razón del porcentaje de la cuota ostentada en el condominio, que a su vez tiene su equivalente en los bienes propiedad del empresario social.

IV. RELEVANCIA DEL PLAZO DE CUATRO MESES

La pretensión principal del demandado que reconvino en la primera instancia era la de la resolución por transcurso del plazo de cuatro meses estipulado en el acuerdo de separación voluntaria. La argumentación fue rechazada en la primera de las resoluciones judiciales por considerar que el término estipulado no era esencial en el contrato y, por tanto, no procedía atender a la indicada referencia. La respuesta jurisprudencial, mal que no incorrecta, podría ser matizada, y ello por dos razones. En primer lugar, porque, si tenemos un plazo en el acuerdo, éste podrá dar lugar a la resolución, en su caso, si el transcurso del mismo se configura como condición resolutoria en el sentido advertido por el art. 1117 CC [véase al respecto Díez-Picazo y Ponce de León, L. "El tiempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de *conditio pendens*". *Anuario de Derecho Civil*. (1969). 22-1º, 129-144 y, con posterioridad, Carrión Olmos, S. "La condición suspensiva y sus efectos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1996". *Revista de Derecho Privado* (1999). 83-6º, 449-487]. En segundo lugar por el hecho de que, de no ser así, la resolución, de proceder, derivaría de incumplimiento y éste debería verificarse en la figura del demandante, que es, al fin y al cabo, el socio-comunero que pretende separarse.

Así las cosas, cada una de las matizaciones realizadas se corresponde con posibles faltas de actuación, bien del tercero auditor, bien de una de las partes del acuerdo, siendo la situación diferente en cada supuesto. Si el responsable del transcurso fuera el tercero encargado de llevar a cabo la valoración y establecer los lotes que se corresponden con las diferentes cuotas del condominio -por no haber realizado la valoración en el tiempo convenido-, no nos encontraríamos propiamente ante una condición resolutoria, se trataría de un hecho ajeno a la voluntad de las partes, por lo que, de conformidad con el art. 1115 CC, en principio, podría resultar relevante a efectos de la resolución. Sin embargo, no se colige de las resoluciones judiciales que integran el *iter* procesal que dicho plazo constara explícitamente como condición resolutoria por lo que, realizando una interpretación literal, no procedería entenderla como tal.

Si, por el contrario, el transcurso del plazo sin que se procediera a llevar a cabo el acuerdo de separación fuese imputable a alguna de las partes del contrato, no procedería considerar ni siquiera el plazo como condición resolutoria por encontrarse viciada de nulidad dicha cláusula en razón de lo indicado en el primer apartado del art. 1115 CC, así como, de manera más genérica, en el art. 1256 CC. Por tanto, en su caso, la resolución procedería por incumplimiento del acuerdo. Habida cuenta de que quien demandó fue quien se pretendía separar, se puede intuir que, si hubo incumplimiento del acuerdo por alguna de las partes, ésta sería, necesariamente, la demandada, puesto que otra comprensión de la situación resultaría absurda. Si tal fuera el caso, no tiene sentido que la parte a quien favorece el incumplimiento requiera la resolución en razón del referido.

V. CUESTIÓN DE PRUEBA: VALORACIÓN INCORRECTA

La segunda de las cuestiones que surge en el análisis de los pedimentos de la parte demandada y recurrente en la segunda y tercera instancias es la que, de manera sucesiva, aparece como, probablemente, el problema principal del asunto litigioso, a saber, el desacuerdo con la valoración del tercero. Como se ha referido con anterioridad, el criterio a considerar varía según nos encontremos ante una valoración dejada a la decisión de un tercero o ante un encargo a éste de realizar los cálculos para la asignación de los lotes correspondientes con las diferentes cuotas de la copropiedad siguiendo un modelo preestablecido. En el primer caso, la aplicación analógica del art. 1690 CC permitiría impugnar la valoración realizada por considerarse inequitativa, mientras que en el segundo, la incorrección sería inocua, puesto que el valor, en todo caso, sería determinable conforme a la operación matemática pertinente.

Requerir una resolución en razón de una valoración incorrecta no parece tener sentido, en primer lugar, por lo que la sentencia de la primera instancia hace saber, y es que, en ambos supuestos descritos, el incumplimiento en todo caso lo generaría

el tercero, que no es parte en el contrato. En segundo lugar, porque, además, en el segundo de los supuestos descritos, la incorrección en la que pudiera incurrir el tercero puede ser suplida con facilidad.

En cualquier caso, no existiendo norma concreta, por ejemplo, contable o de auditoría, sobre la materia ni permitiendo la resolución judicial colegir ninguna regla concreta, bien parece que nos encontramos ante un supuesto del primer caso, por lo que la valoración podrá ser contraria a la equidad, pero no reputarse incorrecta. En contra de lo argumentado por el JPI, en apelación se atendió al fondo de la cuestión, considerando la posible valoración inequitativa llegándose a la conclusión de que el tercero había realizado los pertinentes cálculos dentro de los límites de la razonabilidad. Al no haber mayor indicación sobre las características de la operación que debía llevar a cabo el auditor a la hora de preparar los consabidos lotes de activos, el art. 1690 CC no parece dotar de una intervención absoluta al órgano judicial que, por el contrario, deberá limitarse a revisar si la valoración se salió de los límites de la equidad. Habiendo realizado la AP el aludido análisis, no había lugar a volver a traer a colación el pedimento en sede casacional, en primer lugar porque, en el mejor de los casos, la respuesta será la misma, pero, además, porque la norma procesal básica impide la consideración de aspectos probatorios en tal instancia.

VI. LA INCIDENCIA DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Sí que hubiese sido, por el contrario, quizá un aspecto más relevante el de la posible modificación de las circunstancias por efecto de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, desarrollada en la jurisprudencia del TS [con carácter general, véase recientemente, Orduña Moreno, F.J. y Martínez Velencoso, L., *La moderna configuración de la cláusula "rebus sic stantibus"*. Madrid (2013): Civitas] y que, al contrario de otros ordenamientos, como el alemán (§ 313 BGB), no ha sido recogida en la legislación. Dicho principio, consistente en la limitación de los efectos de una previsión contractual en caso de modificación sustancial de los aspectos externos tiene aristas de difícil concreción, que tan sólo permiten aplicar la regla en supuestos muy concretos. Para suplir dicha carencia, en múltiples ocasiones, las partes, en caso de contratos corporativos, deciden aplicar las llamadas cláusulas MAC (*material adverse change*) [así lo explican, para tomas de control, Hopt, K. J., "MAC-Klauseln im Finanz- und Übernahmerecht", en AA.VV. *Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag*. Köln (2009): Otto Schmidt, 681-704, así como, entre nosotros, Gili Saldaña, M. "Las cláusulas de cambios adversos relevantes en las adquisiciones de empresas". *In Dret*, 13 (1)], que permiten delimitar por vía contractual los concretos supuestos en los que se verifica un cambio de condiciones sustanciales y, consecuentemente, activar los mecanismos en el propio negocio jurídico que permiten modular sus efectos.

No parece, sin embargo, que nos encontremos ante un caso en el que lo relevante sea la limitación de los efectos del contrato en razón de una modificación

sustancial de las circunstancias que acompañan al acuerdo de separación. El supuesto, en realidad, es diferente, puesto que lo que se está juzgando es una valoración presuntamente inequitativa. Debe entenderse, en este sentido, que de modificarse las condiciones del mercado habiendo supuesto ello la disminución del valor de determinados activos, sería el tercero quien debía haberlo advertido, lo que nos remite al juicio sobre la valoración, pero en modo alguno debe dar lugar a la aplicación del principio *rebus sic stantibus*.

VII.A MODO DE CONCLUSIÓN

La resolución judicial analizada, así como las vertidas en las instancias previas del *iter* procesal en cuestión, llega a una solución materialmente adecuada, en el sentido de desestimar los sucesivos recursos de la parte que en su día no quiso ejecutar el acuerdo de separación y dividir la cosa común a través de una reducción de capital con amortización de participaciones en la cuota correspondiente al no considerar adecuada la valoración realizada. Sin embargo, no resuelve del todo el problema de la situación de condominio sobre la totalidad de las participaciones, con las consecuencias que ello, en razón de la comunidad, tiene para determinar las normas aplicables. Se produce una cierta huída indirecta del Derecho de Sociedades para entrar en el ámbito del Derecho de contratos y del Derecho de cosas. Es, por el contrario, la problemática de la valoración acaba revistiendo, en cierto sentido de manera inducida, el núcleo del análisis.

