

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 26 de setembre del 2018.

Reunida la Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY, i els magistrats M.I. Sr. Vincent ANIÈRE i M.I. Sr. Carles CRUZ MORATONES, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- Per escrit de data 23-10-2014, la representació processal del Sr. F.T.S va presentar davant de la Batllia demanda a tramitar pel procediment ordinari en contra de la Sra. M.S.T.S, demanant que es dictés Sentència :

- que declari el seu dret a exercir el dret preferent d'adquisició en la seva vessant de retracte sobre les accions número 1 a 222 incloses, així com la tercera part indivisa de les accions 668 a 1000, totes incloses, adquirides per donació per part de la Sra. M.S.T.S en sengles escriptures autoritzades pel Notari del Principat, Sr. Joan Carles Rodríguez Miñana, el dia 28 de gener del 2014 sota els números 41 i 42 del seu protocol pel mateix preu i condicions que les va adquirir la donatària, això és, assumint únicament les despeses notariales.

- que es condemni a la part defenent a escripturar les referides accions a favor del Sr. F.T.S pel mateix preu i condicions que les va adquirir la donatària.

- que un cop estimat el dret de retracte, s'ordini lliurar a favor de la defenent l'import corresponent a la consignació fets pel Sr. F.T.S dels costos de la donació.

- que es condemni a la part defenent a assumir les costes del present procediment, inclosos els honoraris d'advocat, procuradors i pèrits que hi puguin intervenir.

II.- La representació processal de la Sra. M.S.T.S es va oposar a la demanda sol·licitant que es dictés una resolució en el sentit que :

- amb caràcter principal i previ, estimar l'excepció de caducitat del dret de retracte exercitat pel Sr. F.T.S sobre les accions donades pel soci Sr. M.T.S;

- subsidiàriament, estimar l'excepció peremptòria de prescripció del dret de retracte i/o de l'acció pel seu exercici,

- amb caràcter subsidiari als anteriors pronunciaments, desestimar íntegrament totes les pretensions adduïdes en la demanda,

- més subsidiàriament, estimar en part la demanda en el sentit de declarar que el dret de retracte de la part agent ho és només a prorrata al nombre d'accions que té la societat D, S.A i que la resta de les accions donades esdevé titularitat de la Sra. M.S.T.S, també a prorrata al nombre d'accions que té a la dita societat,

- en qualsevol cas, condemnar la part agent al pagament de les costes judicials causades, inclosos els honoraris d'advocat i de procurador, així com totes les despeses que es generin per aquells informes pericials o dictàmens comptables, auditòries. de qualsevol mena que es realitzin en el procediment.

Les parts van replicar i duplicar, i després de la pràctica de les proves van degudament presentar els seus escrits de conclusions.

III.- Per Sentència de data 01-09-2017, l'Hble. Tribunal de Batlles, Secció Civil, va decidir :

"Estimar parcialment la demanda presentada per la representació processal del Sr. F.T.S contra la Sra. M.S.T.S, i declarar el dret de l'agent a exercir el dret

preferent adquisició en la seva vessant de retracte sobre les accions número 1 a 222 incloses, adquirides per donació per part de la Sra. M.S.T.S en escriptures autoritzada pel Notari del Principat, Sr. Joan Carles Rodríguez Miñana, el dia 28 de gener del 2014 sota els números 41 del seu protocol per mateix preu i condicions que les va adquirir la donatària, això és, assumint únicament les despeses notariales.

Condemnar a la part defenent a escripturar les referides accions a favor del Sr. F.T.S pel mateix preu i condicions que les va adquirir la donatària.

Lliurar a favor de la defenent l'import corresponent a la consignació feta pel Sr. F.T.S dels costos de la donació.

Fer imposició de les costes judicials ocasionades a la part defenent, incloses aquelles derivades de la intervenció d'advocat i de procuradora, a acreditar en període d'execució de sentència.”.

IV.- Contra aquesta resolució ambdues parts han interposat recurs d'apel·lació.

La representació processal del Sr. F.T.S exposa els greuges que té en contra de la Sentència en relació a la desestimació de la seva pretensió a que es declari el seu dret a exercir el dret de preferent adquisició sobre la tercera part indivisa de les accions 668 a 1000. Si bé no formula cap demanda precisa s'entén que sol·licita la revocació parcial de la sentència sobre aquest punt i que s'estimin íntegrament les seves pretensions inicials.

La representació processal de la Sra. M.S.T.S demana la revocació de la Sentència i que es dictés una amb els següents pronunciaments:

- amb caràcter principal, estimar la pretensió de caducitat del dret de retracte exercitat pel Sr. F.T.S sobre les accions donades pel soci M.T.S a la seva germana,

- amb caràcter subsidiari a l'anterior, revocar íntegrament tots els pronunciaments referents a la procedència del dret de retracte exercit pel Sr. F.T.S,

- més subsidiàriament encara, declarar que el dret de retracte del Sr. F.T.S s'estimi que ho és només a prorrata del nombre d'accions que té subscrites com a soci de D, S.A i que la resta de les accions donades són de titularitat de la Sra. M.S.T.S, també a prorrata al nombre d'accions que té a dita societat. Tanmateix, demana es revoqui l'obligació d'escripturar una donació de la Sra. M.S.T.S a favor del Sr. F.T.S respecte a dita quantitat

d'accions, tot estimant la procedència de pagar un preu establert per un expert independent.

- més subsidiàriament encara, revocar la sentència apel·lada pel que fa a la simple assumpció dels costos notarials, tot obligant al Sr. F.T.S a assumir, com a mínim, les despeses fiscals derivades de la donació en el seu favor

- encara més subsidiàriament, si es confirmés la sentència apel·lada, revocar-la pel que respecte a la imposició de costes a aquesta part, tot obligant a cada part a abonar les causades a instància seva i a pagar per meitat les comunes.

- en cas de revocar la sentència apel·lada tot estimant les pretensions d'aquesta part, condemnar a la part adversa al pagament de les costes processals ocasionades en ambdues instàncies.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Vincent ANIÈRE.

FONAMENTS DE DRET

I.- Ha quedat establert que l'any 1985 fou constituïda la societat mercantil D, SA i que el seu capital fou dividit en 1000 accions.

Dita societat és propietària de l'Hotel X ubicat a LA MASSANA.

En abril del 2002, els germans M, F i M.S.T.S es van veure adjudicar de manera indivisa 333 accions (nº668 a 1000) del seu difunt pare mitjançant escriptura d'ampliació d'acceptació d'herència.

En desembre del 2012 i abril del 2013, i prèvia autorització per part de la junta de socis, la seva mare, la Sra. T.S.G va efectuar una donació pura i simple entre vius al benefici dels tres fills i en virtut de la qual F.T.S. va adquirir 223 accions (Nº223 a 445) mentre que M i M.S. en va adquirir cadascú 222 (respectivament 1 a 222 i 446 a 667).

En data 27-01-2014 va tenir lloc una assemblea general dels tres accionistes al terme de la qual M va dimitir del seu càrrec de president i, després de l'adopció del nou model d'administració de la societat, M.S. va ser nomenada com a administradora única. Es van revocar els poders notariais de representació que s'havien atorgat a M i F en gener del 2013.

**

En data 28-01-2014, en M va cedir a títol gratuït a la Sra. M.S. les seves 222 accions en plena propietat i la seva tercera part de les 333 accions indivises.

El mateix dia, el notari Joan Carles RODRIGUEZ MIÑANA va realitzar dos tràmits diferents :

- a petició de la societat D, SA es va desplaçar a l'Hotel X (l'adreça andorrana que el mateix F havia indicat el full d'assistència a l'assemblea del 27) on va lliurar a la recepció una carta destinada al referit Sr. F.T.S., firmada per la Sra. M.S.T.S com a administradora única entrant i pel Sr. M.T. com a president sortint, i comunicant-li la donació entre vius efectuada entre els seus germans *“als efectes en Dret escaients, especialment quant al dret de preferent adquisició establert a l'article 6.3 dels estatuts socials”*.

- al mateix temps, i a petició dels Srs. M i M.S.T.S, va lliurar a la recepció de l'Hotel una altra carta destinada a la societat D, SA també per comunicar-li la donació als efectes de l'article 6.3.

En data 10-04-2014, el Sr. F.T.S va atorgar davant de Notari un poder per a plets als advocats V, i en data 16-04-2014, l'advocat Y va enviar als Srs. S i M T. i a la societat D, un correu mitjançant el qual manifestava que el seu client li havia confiat els seus interessos al respecte de la carta del 28-01-2014. Invocant d'una part, el fet que el referit article 6.3 establiria una restricció a la transmissió d'accions a tercers atribuint un dret preferent a exercitar en els 90 dies a comptar de la notificació a la societat D,SA i invocant d'altra part que la seva germana s'havia de considerar com un tercer en el sentit de l'article 6.3, va pretendre exercitar el seu dret de preferent adquisició sota la

forma d'un dret de retracte, i que el preu es fixi en les mateixes condicions que les de la seva germana.

Però, per carta del 08-05-2014, l'advocat de la societat D, SA i de M.S. li va comunicar que no donava per exercit el de dret de retracte ja que no s'havia exercit en temps i forma.

És així que va néixer el present litigi a iniciativa del Sr. F.T.S qui endemés pretenia obtenir diverses mesures cautelars en relació a la societat D, S.A fins a que es reconegui el seu dret de retracte sobre la transmissió de les accions del Sr. M.T a la Sra. M.S.T.S.

Per Aute del 17-03-2016, aquesta Sala va decidir estimar parcialment el recurs d'apel·lació interposat per la representació processal del Sr. F.T.S contra l'Aute dictat per l'Hble. Tribunal de Batlles en data 5-12-2014, que vam revocar parcialment en el sentit d'adoptar la mesura cautelar d'anotació preventiva de demanda en el Registre de Societats Mercantils.

Finalment, sobre el fons, el tribunal d'instància ha jutjat per l'essencial :

- que s'havia de considerar que la comunicació de la donació al Sr. F.T.S li havia de proporcionar un coneixement complert de l'acte dispositiu i dels seus pactes essencials, supòsit que no es va donar fins a l'inici del procediment, restant per tant l'acció de retracte supeditada fins a aquell moment i no podent haver transcorregut el termini de caducitat. Per consegüent, va decidir no donar lloc a l'excepció de caducitat de l'acció

- que si bé el dret de retracte s'ha d'interpretar de forma restrictiva per constituir una excepció a la llibertat de transmissió dels béns, tenia cabuda quan la transmissió havia tingut lloc entre socis (pel mateix preu i condicions que les va adquirir la donatària, això és, assumint únicament les despeses notariales), però que, en tot cas, la part d'accions que s'ostenta en coindivís no podia ser objecte de retracte.

II.- Cal examinar separatament els dos recursos, començant pel de la representació processal de la Sra. M.S.T.S ja que en cas de ser admesa

l'excepció de caducitat quedaria sense objecte el recurs de la representació processal del Sr. F.T.S.

EL RECURS DE LA SRA. M.S.T.S

III.- El primer aspecte del recurs de la representació processal de la Sra. M.S.T.S és relatiu a la qüestió de la caducitat de l'exercici del dret de retracte. Exposa que :

1) atès la redacció de l'article 6.3 dels estatuts, no entén perquè el tribunal dona rellevància a la data de notificació de la donació a títol personal al Sr. F.T.S., puix aquest no és un requisit establert al citat article doncs l'única notificació necessària a efectes estatutaris era a la societat D, SA, requisit acomplert el dia 29-01-2014 a recepció de l'Hotel X que és el centre d'administració de dita societat ; 2) el propi Tribunal es contradiu i afegeix un nou requisit, vulnerant així la seguretat jurídica de la Sra. M.S.T.S i els estatuts de la pròpia societat, quan motiva que el Sr. F.T.S. va tenir “notícia” de la donació però que era necessari que tingués coneixement complert de l'acte i dels seus pactes essencials, sense però precisar en que consisteix aquest coneixement exigit tractant-se d'una simple donació ; 3) ella va actuar de bona fe ja que, tot i no ésser necessari a efectes de notificació, va comunicar al Sr. F.T.S la donació que s'havia dut a terme i ho va fer a l'adreça que el propi soci va fer constar al moment de celebrar l'assemblea general del 27-01-2014 ; 4) per consegüent, el termini de caducitat va començar a computar el dia 29 de gener de 2014 i el dia límit per exercitar el suposat dret de retracte era el 29-04-2014 ; 5) però, l'únic que va rebre va ser la carta del dia 16-04-2014 signada per l'advocat del Sr. F.T.S, que no anava acompanyada de cap poder específic de representació que atribuís al lletrat de la part demandant la facultat per a poder exercir un dret com el retracte, en nom i per compte del seu client i això ho va reconèixer l'adversa quan va manifestar que els poders que s'havien incorporat en data 14-05-2014 (quan ja havia caducat el dret a exercir el retracte) per complementar el mandat eren suficients ; 5) els “Poders per a Plets” generalment s'atorguen per a la representació processal del client per part del seu lletrat, per dur a terme actuacions judicials o extrajudicials dins del marc de procediments instats envers institucions judicials/públiques i derivades de conflictes o litigis que es puguin originar en el si de les relacions

interpersonals o patrimonials del seu representat, i si determinats poders per a plets, són més amplis que d'altres no és cas dels d'autes ; per tant el lletrat del Sr. F.T.S. s'atribueix un poder del que no disposa i pel que no ha estat específicament apoderat ; 6) si els advocats poguessin exercir drets patrimonials dels seus clients amb simples poders per a plets, podrien atemptar directament sobre la seva esfera decisòria personal i patrimonial, fet que seria contrari a dret, i per a realitzar actes de dita envergadura, és evident que hagués fet falta un Poder General d'administració de patrimoni que no ha existit mai o bé un poder específic o bé un mandat especial que facultés al seu advocat per a l'exercici del dret de retracte en nom i per compte del seu client i 7) no és comprensible que no hi hagi cap pronunciament en la sentència sobre la suficiència del poder per a plets per tal d'exercir el dret de retracte, tenint en compte la importància que revesteix dit pronunciament, doncs és clau per tal de fer decaure el procediment per mers motius formals sense entrar en el fons.

Escau, per començar, citar *in extenso* l'article 6 dels estatuts de la societat D, SA ja que determina no només la resolució de la qüestió de fons sinó també la qüestió de la caducitat.

Estipula :

“Transmissió de les accions socials.

La transmissió de les accions socials queda subjecta a les normes següents:

1.- el Soci que desitgi transmetre, a títol onerós, part o la totalitat de les seves accions haurà de comunicar-ho per escrit a l'Òrgan d'Administració, el qual ho notificarà als demès socis en el termini màxim de trenta dies. La comunicació haurà d'incloure, al menys, les dades d'identificació personal de l'adquirent, així com el preu ofert i les condicions essencials de la transmissió projectada. Els socis podran optar a la compra dins dels noranta dies següents a la notificació, i si només d'un els que desitgen adquirir l'acció o accions, es distribuirà entre tots ells a prorrata de les seves respectives accions.

En el cas en que cap soci exerciti el dret de tempteig, podrà adquirir la Societat

aquelles accions en el termini d'altres noranta (90) dies comptats des de l'expiració del termini concedit als socis per exercitar el seu dret d'adquisició preferent, per a ser amortitzades, prèvia reducció del capital social, o venudes.

Per a l'exercici del dret de tempteig o retracte, el preu de venda es fixarà tenint en compte el valor comptable de la participació resultant d'un balanç tancat com a màxim sis mesos abans; en cas de discrepància, es sotmetrà al criteri d'un assessor comptable exterior. La transmissió de les accions socials es formalitzarà mitjançant document públic.

2.- En el supòsit d'execució forçosa de les accions d'algun soci, la resta dels socis podran exercitar un dret d'adquisició preferent en el termini de noranta (90) dies comptats des de la notificació a la societat de la rematada i l'adjudicació de les accions. Dintre d'aquest termini, la resta de socis podran subrogar-se en lloc del rematant o adjudicatari mitjançant la consignació del preu de la rematada i totes les despeses que hagi pagat l'adjudicatari, i l'assumpció de totes les condicions de la mateixa.

3.- per excepció, la transmissió d'accions "inter vivos" o "mortis causa", ja sigui a títol onerós o gratuïta, serà lliure sempre que sigui feta a favor del cònjuge o descendents per naturalesa o adopció del soci.

En el supòsit que alguna persona que no sigui cònjuge o descendent per naturalesa o adopció del soci, adquirís per negoci "mortis causa" o per negoci "inter vivos" a títol gratuït alguna acció, la resta de socis gaudiran d'un dret d'adquisició preferent en el termini de noranta dies a comptar des de que la transmissió hagi estat notificada a la societat. El preu d'adquisició es determinarà en la forma establerta en el paràgraf 1r, apartat 2n, de l'article 6 dels presents Estatuts. (...)".

Donat aquest redactat de l'article 6.3, no podem estar d'acord amb la consideració del tribunal que el termini de caducitat hauria començat a córrer només a partir del moment on el demandant hauria tingut un coneixement "complet" de la donació, que seria el moment d'introducció del plet.

En efecte, s'estableix clarament un termini de 90 dies (existeix acord entre les parts que es tracta d'un termini de caducitat i no de prescripció) a partir de la notificació a la societat i no als socis.

Per consegüent, tota la discussió sobre el moment i la forma de la notificació de la donació al tercer soci, Sr. F.T.S., és sense objecte puix els

estatuts preveuen només com a dies *a quo* del termini de 90 dies la notificació a la societat.

I aquesta notificació va tenir lloc amb el correu del 28-01-2014 remès pel Notari a la recepció de l'Hotel X obrant un termini fins al 29-04-2014.

Per tant, els correus de l'advocat del Sr. F.T.S del 15 enviats el 16-04-2014 foren remesos en el termini.

La qüestió que queda per resoldre (que no ha donat lloc a cap pronunciament per part del tribunal puix va considerar que el termini de caducitat no havia començat a córrer fins el moment de la introducció de plet) és si l'advocat era degudament apoderat per vàlidament exercitar el dret de retracte en el nom del Sr. F.T.S o si calia un poder general d'administració de patrimoni atorgat per document públic com ho sosté la part defenent.

Ara bé, és veritat que mandat i representació són dos conceptes diferents, i que, la coexistència de les dues institucions no essent automàtica, un mandat no és necessàriament representatiu. És cert també que certes legislacions veïnes exigeixen que l'advocat justifiqui d'un poder escrit per dur a terme certes operacions de gestió de patrimoni.

No obstant això, és obvi que existeix certa lògica que per, més eficàcia, el mandant confereixi també voluntàriament el poder de representació al mandatari, quan és advocat, per tal que la seva actuació tingui efectes directes en l'esfera jurídica del primer.

Sobretot, en dret andorrà, fins i tot quan és representatiu el mandat no exigeix cap requisit de forma si la llei no ho exigeix o si no s'ha previst contractualment que el mandat havia de respectar una forma particular, supòsits que no es donen en el present cas.

A més a més, la representació voluntària s'atorga mitjançant el contracte de mandat que pot ser exprés o tàcit (verbal) i sempre es pot ratificar. Quan un mandatari actua sense poder de representació, sempre pot el mandant ratificar la seva actuació i la ratificació tindrà efecte al moment on es va celebrar l'acte en qüestió per part del mandatari.

La qüestió cabdal és si l'advocat podia vàlidament exercitar el dret de retracte invocat pel seu client front a la societat i als altres socis sense exhibir cap poder escrit.

En el nostre cas, ni la llei ni els estatuts requereixen una actuació personal del soci. No existeix cap dubte que el demandant havia escollit el Sr. Y com advocat uns dies abans atorgant-li amplis poders per a plets.

Així les coses, els correus que aquest darrer va enviar, invocant la seva qualitat d'advocat del Sr. F.T.S i referint-se al correu del 28-01-2018 que evoca justament el dret de retracte del seu client, es van establir seguint la voluntat i en l'interès personal d'aquell. De totes maneres, el client ha volgut ratificar l'actuació del seu advocat, justament introduint el present plet per l'exercici del seu dret de retracte.

Per consegüent, és de manera vàlida i eficaç que l'advocat del Sr. F.T.S va exercitar el dret de retracte, en representació del mateix.

D'altra banda, tot i el caràcter familiar de la societat D,SA l'exercici per un dels tres socis-germans del seu dret de retracte en relació a accions de la societat no es pot qualificar com un acte personalíssim, com podria existir en matèria de successió o de filiació i de relacions de família, sinó d'un acte de gestió de patrimoni.

En aquestes condicions, s'ha de considerar que l'advocat va exercitar el dret de retracte en nom del seu client en el termini marcat pels estatuts i que no existeix caducitat.

Per consegüent, s'ha d'entrar en el fons de la qüestió litigiosa.

IV.- El segon aspecte del recurs de la representació processal de la Sra. M.S.T.S és relatiu a la procedència del dret retracte reconegut pel Tribunal en base a l'article 6.3 dels estatuts.

Indica en resumit que : 1) El tribunal no va tenir en compte la natura del dret de retracte que és de garantir la continuïtat de la societat familiar i que una donació en favor de la Sra. M.S.T.S no posa en risc aquesta continuïtat ; 2) La decisió d'instància és contrària a l'esperit de la pròpia figura jurídica del retracte i al principi d'interpretació "de forma restrictiva" d'aquest dret reconegut pel tribunal el qual hauria de portar a no poder considerar que

existeix retracte entre aquells que ja són, a més de germans, socis, amb l'afegit que els estatuts no recullen cap previsió pel cas que la donació es realitzi en favor d'un altre soci ; 3) La interpretació restrictiva del dret de retracte es conjuga amb la jurisprudència comparada dels Tribunals espanyols ; 4) el dret de retracte deriva d'un acte lucratiu i en tot cas, com ho diu Borrell i Soler, no és aplicable al Principat d'Andorra el dret de retracte entre comuners; 5) si l'adversa hagués volgut aplicar les condicions del dret de retracte que regeixen les accions de propietat a títol personal a les accions que es posseeixen en coindivís, hagués hagut d'instar en el seu moment la divisió de la cosa comuna, doncs no hi havia cap impediment ni legal ni testamentari per tal de poder realitzar dita operació ; 6) tanmateix, ha quedat evidenciat que el dret de retracte no s'hauria d'aplicar doncs l'alienació no va ser entre "estranyos"; 7) Si aquest tribunal considerés que si que es pot interpretar que existeix dret de retracte a exercir pel Sr. Fernando Torné, en cap cas correspon sobre la totalitat de les 222 accions a títol personal alienades pel Sr. M.T. puix essent la Sra. M.S.T.S sòcia de D, SA, també pot exercir el retracte sobre com a mínim sobre la part respectiva d'accions a prorrata, que són 111 accions ; 8) el que no es pot fer és desposseir-la dels seus drets com a sòcia, tot atribuint al Sr. F.T.S.té el dret d'adquisició preferent sobre la totalitat de les accions transmeses a títol gratuït pel Sr. M.T. ; 9) si bé el Tribunal ja va decidir considerar "estranya" respecte a la societat a la Sra. M.S.T.S, és contrari a dret que no la consideri sòcia, pel que la desproveeix del seu dret a conservar la seva part d'accions a prorrata de les seves accions socials, o com a mínim a exercir el seu dret d'adquisició, òbviament en les condicions volgudes pel ser germà donant, doncs una decisió judicial no pot contradir l'*animus donandi* d'una persona física, i encara menys si cap disposició estatutària ho prohibeix ; 10) el valor d'adquisició de les accions sobre les que s'estimi el retracte s'ha de determinar tenint en compte que la sentència considera només les despeses Notarials assumides per la Sra. M.S.T.S i no pas els 270. 000€ que ha pagat al seu germà en concepte de l'import que aquest haurà de satisfer en el moment de la seva declaració de Renda a Hisenda espanyola per la plusvàlua que li suposarà el fet de transmetre per donació dites accions socials ; 11) També s'ha de determinar d'acord amb l'article 6.1 dels estatuts relatiu a les transmissions oneroses (és a dir sotmetent-se al criteri d'un assessor comptable exterior) ja que no és

possible que ningú es subrogui en la posició d'un donant, puix la donació suposa un acte subjectiu i volitiu intern inalterable i irrevocable sobretot quan el Sr. F.T.S va tenir l'oportunitat de comprar les accions del seu germà però no la va voler aprofitar. La sentència d'instància equival a obligar a la Sra. M.S.T.S a exercir una donació contra la seva voluntat.

El primer aspecte de la problemàtica és de dir si existeix o no aquest dret de retracte que invoca el demandant.

Però, abans de dir si existeix o no el dret de retracte invocat, hem d'efectuar una sèrie de consideracions que determinen la nostra resposta.

En primer lloc, convé recordar abans de tot que el Sr. F.T.S no impugna la donació del 28-01-2014 sinó que la reconeix com a vàlida. El que demana és que, en virtut del seu dret de preferent adquisició, totes les accions donades pel seu germà a la seva germana fossin objecte de transmissió al seu benefici exclusiu per un cost 0, en tot cas només sufragant les despeses notaries.

En segon lloc, els arguments nous i les consideracions noves de la part defenent, com són en particular les sobre la nul·litat de l'article 6.3 i sobre la continuïtat de la societat familiar, no poden ser acollides ja que no les va efectuar al moment processal degut que és el d'al·legacions.

D'altra banda, és cert que la part defenent va acceptar la possibilitat de l'existència del dret de preferent adquisició o retracte, en particular en el correu del 28-01-2018 i fins i tot en l'escrit de contesta a la petició de mesures cautelars com en l'escrit de contesta a la demanda.

No obstant això sempre ho va fer en referència a l'article 6.3 dels estatuts i no hi ha cap dubte que durant el procediment les parts eren d'acord sobre un punt essencial : la donació que va fer en M.S.T.S. correspon al supòsit 6.3 del estatuts modificats.

Per tant i en darrer lloc, si bé hem d'estar-nos a l'aplicació dels estatuts i d'aquest article 6.3 que són l'expressió de l'autonomia de la voluntat de les

parts, la seva interpretació només pertany a la Sala sigui quin sigui la interpretació que les parts en van fer en un moment donat.

V.- Justament, pel que fa a la interpretació de l'article 6 dels referits estatuts del qual ja hem reproduït el contingut, és obvi que el seu punt 2 no és d'aplicació puix cap supòsit d'execució forçosa existeix.

El seu punt 1 tampoc és d'aplicació puix no existeix cap transmissió a títol onerós.

Convé recordar al respecte que, bàsicament, l'agent fonamentava les seves pretensions sobre la consideració que els seus germans, actuant *“de forma obscura i a esquenes del restant soci”* per procedir a una donació simulada quan es tracta en realitat d'una transmissió onerosa, no van respectar els seus drets de soci ni van informar la societat D del projecte de donació, impedit-lo d'exercitar el seu dret de tempteig, i que per consegüent té dret, mitjançant el retracte, de subrogar-se a la seva germana.

Però, cap element de prova estableix l'afirmació de l'agent de que la donació (que ensems reconeix com a vàlida : *“el negoci jurídic celebrat entre els Srs. M i M.S.T.S és vàlid i eficaç, però el meu mandant té dret a subrogar-se en la posició de l'adquirent, pel mateix preu i condicions que aquella”*.) correspondria a una compravenda encoberta.

En particular, res permet contradir l'afirmació feta en l'Acta de protocol·lització del Notari Sr. Joan Carles RODRIGUEZ MIÑANA que el xec de 270.000.-euros remes per la Sra. M.S.T.S correspon a l'import que el Sr. M.T haurà de satisfer a Hisenda a Espanya per la plusvàlua causada per la transmissió per donació de les accions.

Per consegüent, no hi ha dubte que ens trobem en el supòsit excepcional de l'article 6.3 (*En el supòsit que alguna persona que no sigui cònjuge o descendent per naturalesa o adopció del soci, adquirís per negoci “mortis causa” o per negoci “inter vivos” a títol gratuït alguna acció, la resta de socis gaudiran d'un dret d'adquisició preferent en el termini de noranta dies a comptar des de que la transmissió hagi estat notificada a la societat.*).

El mateix comporta dos paràgrafs que defineixen dos supòsits diferents :

* el § 1 és relatiu a la transmissió “inter vivos” o “mortis causa”, onerosa o gratuïta a favor del cònjuge o d'un descendent del soci que transmet. En tal cas, la transmissió és totalment lliure.

* el § 2 és relatiu a l'adquisició a títol gratuït “inter vivos” o “mortis causa” per qualsevol persona que no sigui cònjuge o descendent del soci que transmet.

En tal cas, la transmissió és lliure en el sentit que no requereix cap autorització ni notificació prèvia però queda sotmesa a un dret d'adquisició preferent al benefici dels altre socis.

Ara bé, no ni ha prou amb aquesta constatació tota vegada que ens trobem en el cas d'una societat de tres socis-germans i d'un dret de retracte invocat per un soci després de la donació per un altre a la tercera de la totalitat de les seves accions, una part de les quals és propietat indivisa per parts iguals entre els tres.

L'article 6.3 diu “*alguna persona*” sense més precisió i, per tant, tota la qüestió del plet és de dir si és d'aplicació quan la persona en qüestió és un altre soci.

I la resposta ha de ser negativa, per dos tipus de raons.

En primer lloc, i es tracta de la raó principal, entenem que el propi redactat de l'article 6.3 no permet aplicar el dret de retracte quan la transmissió té lloc entre socis.

En efecte, i no cal perdre de vista que tal consideració té la seva importància en un societat familiar, el fet de referir-se a “*la resta de socis*” implica que el dret en qüestió només existeix quan un soci transmet a títol gratuït a una persona que no és soci i que, aleshores, els altres socis s'hi poden oposar a la transmissió mitjançant l'adquisició de les accions objecte de transmissió.

En segon lloc, aquesta interpretació és la única coherent i conforme amb les disposicions legals vigents.

Com ho diu el tribunal d'instància, el dret de retracte, com a excepció a la llibertat de les parts de disposar dels seus drets mereix una interpretació restrictiva. En efecte, per natura, el dret de retracte només es pot conceptual

en cas de transmissió onerosa. En tal cas, com a conseqüència de subrogar-se a l'adquirent, el seu beneficiari ha de satisfer la contraprestació prevista. Existeix aleshores una lògica jurídica i econòmica. En el nostre cas, el fet de preveure en els estatuts un dret de retracte en cas de transmissió gratuïta *inter vivos* entre socis faria aparèixer una situació anormal i fins i tot absurda.

De fet, la conclusió del Tribunal, conforme a les pretensions de l'agent, va ser que aquest darrer es podia beneficiar d'aquest dret de retracte pel mateix preu i condicions que va adquirir la donatària.

Però, no es pot compartir tal solució quan la seva aplicació comportaria que :

- la Sra. M.S.T.S, de manera més que paradoxal, es veuria privada de la totalitat de les accions objecte de la donació efectuada pel tercer soci i que , pel fet de ser donatària d'unes accions, l'exercici del dret de retracte d'un altre soci faria que d'una part, com a sòcia, tingui menys drets que Fernando, i que d'altra part, com a donatària es vegi privada dels efectes de la donació quan ningú impugna la validesa d'aquesta.

- al ser sòcia, i després de la transmissió de les accions al Sr. F.T. Sen virtut del dret de retracte, la Sra. M.S.T.S també es trobaria en posició de fer valdre el seu dret i s'entraria un cercle viciós.

- es contravindria a la donació efectuada puix el Sr. F.T.S, malgrat no ser beneficiari de la donació es trobaria en posició de beneficiar-se de la mateixa en perjudici de la donatària, contra la voluntat del donant, i per un cost fins i tot inferior al cost assumit per la seva germana qui va pagar, a més de les despeses notariales, l'import de 270.000.-euros en concepte d'impost que el Sr. Marcos haurà de pagar a Espanya, extrem que el tribunal no sembla haver pres en consideració.

En tal condicions, el fet que el Sr. F.T.S no pagues cap preu i es beneficií de les exactes mateixes condicions que la seva germana no es pot acceptar perquè és contrari a dret i fins i tot al sentit comú i a tota justícia.

A més a més, repetim que Les parts no només són socis, sinó que, en relació a una part significativa des les accions són comuners. Quan els estatuts modificats es van adoptar l'any 2010, la comunitat hereditària ja existia des de fa vuit anys entre els tres germans. Díficilment, es pot concebre que no s'ha

tingut en compte en aquest moment la possibilitat jurídica del dret de retracte entre comuners.

Ara bé, podem llegir al respecte en el llibre FONAMENTS DE DRET PRIVAT ANDORRÀ VOL 4 p1041 : *“l'ordenament jurídic andorrà atribueix a cada cohereu un dret d'adquisició preferent en relació amb les alienacions de les quotes dels altres cohereus. Aquest dret abraça la doble modalitat del tempteig i del retracte, i actua quan un dels cohereus projectar alienar o aliena la seva quota hereditària a un estrany (cfr. Codi 4,35,22 a 24)”*.

Aquesta referència a un “estrany”, que exclou la possibilitat de retracte entre els comuners, és de natura a confirmar l'afirmació que els estatuts no han instituït tal dret en el cas que ens ocupa.

En aquestes condicions, i en aplicació dels estatuts no es podia reconèixer un dret de retracte en benefici de l'agent.

VI.- A partir del moment on no es reconeix el dret de retracte, esdevé sense objecte tot l'aspecte del recurs relatiu a la qüestió del preu de les accions.

Així les coses, s'ha de revocar la sentència d'instància en el sentit de desestimar íntegrament les pretensions de la part agent.

EL RECURS DEL SR. F.T.S.

VII.- El recurs de la representació processal del Sr. F.T.S concerneix el seu dret a exercir el dret de preferent adquisició sobre la tercera part indivisa de les accions 668 a 1000, i sosté que ha interposat el recurs per la inexistència al Principat d'Andorra de precedents Jurisprudencials sobre el dret de retracte d'accions que es troben en coindivís entre diverses persones i que sense resolució del Tribunal Superior, la sentència d'instància en els seus actuals termes, provocaria un conflicte entre les normes del dret civil andorrà i les normes del dret mercantil andorrà.

Argumenta en resumit que la voluntat social ha estat sempre la de respectar el dret de preferent adquisició dels accionistes de D, S.A en el cas de que un d'ells volgués transmetre les seves accions i res es va indicar en

dits estatuts revisats sobre la transmissió d'accions en coindivís, hem de concloure, per lògica, que va ser per voler respectar dit dret de preferència tant per les accions de les quals els accionistes eren titulars individuals, com per les accions de les quals eren titulars en copropietat ; que no sembla coherent que estimi parcialment la demanda, doncs si el tribunal reconeix el dret del Sr. F.T.S a la preferent adquisició de les accions números 1 a 222, necessàriament ha de reconèixer que el dret de preferència en l'adquisició d'accions també opera sobre les restants accions malgrat llur particularitat de ser co-titularitat de diverses persones ; que l'argumentació de la sentència segons la qual que el dret de retracte entre comuners no és aplicable al Principat i que la part d'accions que s'ostenta en co-indivís no era objecte de retracte atenent que en la comunitat indivisa els actes de disposició s'acorden per unanimitat, la qual correspon a l'aplicació del supletori (C 3,37; C 3,38 i D 10,3), no és ajustada a dret perquè no hi ha cap llacuna legal puix la voluntat social ha estat sempre la de garantir el dret de preferència dels accionistes en l'adquisició d'accions dels restants accionistes ; que, a més, l'aplicació del dret civil en el present cas ocasiona una distorsió o contradicció amb el dret mercantil, ja que podria donar lloc a frau a la llei mercantil en el si de les societats andorranes en general i en el si de D, S.A en particular puix permetria a un soci defugir el dret de preferent adquisició dels restants transmetent una part ideal de les seves accions a un tercer ; que l'argument de reforç final que calia la unanimitat dels comuners és incoherent tota vegada que arribaríem a la conclusió que la donació de la tercera part de les accions del Sr. M.T. en favor de la Sra. M.S.T.S ser nul·la puix va ser un acte translatiu atorgat sense unanimitat i finalment que s'ha de preservar la limitació estatutària a la lliure transmissió de les accions, tant si dita transmissió és d'accions titularitat d'un sol accionista, com si es fa d'accions en règim de comunitat romana propietat de varies persones.

Així, la qüestió que planteja aquest recurs és de determinar si el seu dret de retracte només concerneix les 222 accions que en M.T tenia en plena propietat o si s'estén a la part indivisa de les 333 accions de les quals els 3 germans són propietaris indivisos.

Però, a partir del moment on acabem de motivar perquè, de conformitat amb els propis estatuts no es pot reconèixer el dret retracte a l'agent, queda sense objecte determinar el seu abast.

Per tant, dit recurs només es pot desestimar.

VIII.- En relació a les costes de primera instància, el pronunciament del tribunal també és objecte de discussió.

Però, donat la revocació de la sentència que porta a desestimar totes les pretensions de la part agent i donat que no considerem cap circumstància particular que justifiqui aplicar la possibilitat que la Novel·la 82,10 atorga als tribunals, escau condemnar a la part agent vençuda a sufragar la totalitat de les costes.

IX.- Pel que fa a les costes d'aquesta alçada, l'estimació del recurs de la representació de la Sra. M.S.T.S determina no efectuar cap imposició de les costes en relació al mateix (arg. Novel·la 82,10).

La desestimació del recurs de la representació processal del Sr. F.T.S implica la seva condemna a pagar les costes provocades per la interposició de dit recurs (arg. Codi 7,51,5.)

Vistos la legislació vigent i els Usos i Costums aplicables al present cas,

La Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

DECIDEIX

Desestimar el recurs interposat per la representació processal del Sr. F.T.S.

Estimar el recurs interposat per la representació processal de la Sra. M.S.T.S contra la Sentència de l'Hble. Tribunal de Batlles de data 01-09-2017 que revoquem en el sentit de desestimar totes les pretensions formulades per la representació processal del Sr. F.T.S en contra de la Sra. M.S.T.S.

Imposar al Sr. F.T.S les costes de primera instància i les costes de segona instància en relació al recurs formulat per la seva representació processal.

No efectuar cap imposició de les costes judicials de segona instància en relació al recurs interposat per la representació processal de la Sra. M.S.T.S ;

Així per aquesta nostra resolució, de la qual en serà tramés testimoni a l'Hble. Presidenta de la Batllia, per al seu coneixement i als efectes escaients, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.-