

Resolución de 13 de marzo de 2018

En el expediente 17/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de una socia de
«Frutas la Ballena, S.L.»

HECHOS

I

Doña.....presentó un escrito de fecha 11 de diciembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socia de «Frutas la Ballena, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las acciones participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud, y documentación que la acompaña, resulta:

a) Que la sociedad celebró junta general el día 28 de junio de 2017, previa su convocatoria por el administrador único, en cuyo orden del día constaba como punto primero la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2016 y como punto segundo la aplicación del resultado. De acta notarial de junta autorizada en fecha 19 de junio de 2017 por la notario de Novelda doña María del Mar Belchi Vicente resulta, por diligencia de fecha 28 de junio, que se reúne en junta el 100% del capital social. Resulta igualmente que la ahora solicitante comparece debidamente representada, así como que, tras la aprobación del primer punto del orden del día con el voto en contra de la hoy solicitante, y por lo que se refiere al segundo, el administrador único y presidente de la junta general, propone que el beneficio obtenido se destine íntegramente a reservas voluntarias. La propuesta es aprobada con el voto en contra del representante de la ahora solicitante, quien entrega un escrito al notario explicativo de su voto.



De dicho escrito, que consta protocolizado en el acta, resulta que la socia vota en contra de la propuesta de aplicación del resultado y propone que se someta a votación la distribución de la totalidad del beneficio obtenido más la mitad de las reservas voluntarias.

De las cuentas anuales incorporadas al informe de verificación que a su vez se ha unido al acta, resulta, en el punto 10.8 de la memoria, que la propuesta de aplicación del resultado consiste en que el beneficio obtenido en el ejercicio 2016 se destine en cuanto a 1202 euros a reserva legal y el resto a remanente y otras aplicaciones.

b) La socia notificó a la sociedad mediante burofax de fecha 18 de julio de 2017, el ejercicio de su derecho de separación de conformidad con el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, en cuya notificación solicita la convocatoria de junta, de conformidad con el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital, al objeto de proceder a la negociación sobre el valor de las participaciones.

En fecha 6 de noviembre de 2017, la socia reitera la notificación de ejercicio del derecho de separación y hace una propuesta de valoración de sus participaciones en la sociedad, advirtiendo que de no recibir respuesta continuará el procedimiento establecido en la Ley de Sociedades de Capital.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Que no es el momento procesal oportuno para acudir al procedimiento pues la sociedad no se ha pronunciado sobre el valor razonable ni sobre la persona que haya de realizar la valoración. Que la junta solicitada por la socia no ha podido tener lugar porque los últimos meses de año son los más importantes para la actividad que lleva a cabo la empresa. Que, no obstante, será en esa junta donde deberá debatirse la forma y la persona que haya de realizar la valoración. Que la mercantil que representa tiene serias dudas sobre la procedencia del derecho de separación al no cumplirse todos los requisitos legales y porque se ejercita en fraude de Ley y en perjuicio de la subsistencia de la sociedad. Que la solicitud es prematura y no estamos todavía en el supuesto del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

III



El registrador mercantil de Alicante nº 1, don Jaime del Valle Pintos dictó resolución en fecha 5 de enero de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don....., como administrador único de la sociedad, por escrito que tuvo entrada el 12 de febrero de 2018 en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: «Que no es el registrador sino el juez de lo mercantil quien puede decidir sobre la existencia del derecho de separación. Que la empresa no se ha pronunciado al respecto sin que pueda el administrador hacerlo al corresponder a la junta general hacerlo, acuerdo que podrá impugnar la socia. Que dicha junta fue convocada con posterioridad a la solicitud del nombramiento de experto sin que la socia haya recogido el burofax de convocatoria por lo que se ha decidido convocar de nuevo. Que el registrador no puede sustraer el debate y decisión en la junta general sobre el derecho de separación. Que en cualquier caso el experto es para cuando el desacuerdo es en la valoración no sobre el derecho de separación correspondiendo a la socia acreditar ante el juez que ha ejercido el derecho de separación de manera correcta. Que no puede acudir ante el registrador con otras pruebas que no sean documentales y este no puede valorar la carga de la prueba ni cuestiones como el fraude de Ley, lo que además solo puede hacerse tras la junta general al no ser el administrador quién para denegar el derecho de separación o para acordar una valoración determinada. Que a través de una decisión meramente instrumental como es el nombramiento de auditor se estaría privando a las partes del oportuno procedimiento judicial o lo que es más grave, se podría suscitar con posterioridad un procedimiento sobre la materia que llegara a una solución distinta sobre la concurrencia o no del derecho de separación. Que la decisión del registrador no puede tener el efecto de cosa juzgada sobre un oportuno pleito en el que se valore la concurrencia de los requisitos del derecho de separación. Si el Registro Mercantil procede al nombramiento se iniciaría un procedimiento que supone un análisis económico de la sociedad en base a una solicitud que quizás no proceda y con el abono de unos gastos y traslado de información de la sociedad. Que así lo confirma la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia nº 2 de 18 de mayo de 2017.



Que reitera las afirmaciones del escrito de oposición de que la sociedad tiene serias dudas sobre la procedencia del derecho de separación al no cumplirse todos los requisitos legales y dado que se ejercita en fraude de Ley y en perjuicio de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017 y 8 y 16 de enero de 2018.

1. Ejercitado por una socia de una sociedad de responsabilidad limitada el derecho de separación al amparo de lo establecido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y amparada su solicitud por la resolución del registrador mercantil, la sociedad se alza en base a los argumentos, que por extenso se han hecho constar en los hechos, y que pueden agruparse así:

a) Que no corresponde al registrador mercantil sino al juez de lo mercantil decidir sobre la procedencia del derecho de separación. Que la actuación del registrador se limita a los supuestos en que el desacuerdo se limita a la valoración, a la persona que haya de llevarla a cabo o al procedimiento de valoración. Que estando el procedimiento registral limitado por las pruebas que al mismo cabe traer no puede pronunciarse el registrador sobre cuestiones como el fraude de ley. Que de este modo se sustraería a las partes de un procedimiento judicial o se les impondría una solución que podría ser distinta a la posteriormente adoptada en sede judicial. Que el procedimiento registral no puede tener efecto de cosa juzgada en relación a la decisión judicial que posteriormente pudiera adoptarse. Que la decisión del registrador puede suponer un



análisis económico de la sociedad y unos gastos que quizás no procedan. Que así lo entiende la sentencia del Juzgado de lo Mercantil a que se hace referencia.

b) Que la junta general no se ha pronunciado sobre el derecho de separación sin que el administrador pueda hacerlo sin invadir las competencias de aquella. Que por este motivo el registrador no puede sustraer de la competencia de la junta el debate de la cuestión. Que el acuerdo que se adopte podrá ser impugnado por la socia. Que la junta que solicitó la socia no pudo celebrarse cuando lo solicitó y que, convocada ahora, la socia no se ha dado por notificada por lo que se ha reiterado.

c) Que la sociedad tiene serias dudas sobre la procedencia del derecho de separación que ha sido ejercitado en fraude de Ley.

2. Es doctrina de esta Dirección General (vide resoluciones de 2 de noviembre de 2010, de 7 de febrero de 2012 y 14 de mayo de 2015), que la amplitud con que se admite el derecho de separación del socio en las sociedades de responsabilidad limitada se justifica como tutela particularmente necesaria en una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación social (vid. apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, antecedente del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Con este planteamiento, no sólo se determinan las causas legales de separación de los socios, sino que se permiten otras estatutarias (cfr. artículos 346 y 347 de la Ley Sociedades de Capital). De este modo, puede afirmarse que se contempla tal derecho como medida para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad –objeto, plazo de duración, transformación, etc.– bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia –transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc. En último término, se trata de asegurar al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones» (sentencia del Tribunal Supremo 63/2011, de 28 de febrero).

La amplitud con la que el legislador ha regulado el derecho de separación se ha extendido, en parte, al régimen jurídico de las sociedades anónimas como resulta de la simple comparación entre el régimen de la derogada Ley (vide artículos 147, 149 227 y 320 del Real



Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), con el vigente artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital. El fundamento en este caso es la protección de la minoría que aún en sociedades abiertas, como son las sociedades anónimas, precisan de la tutela del ordenamiento cuando las modificaciones impuestas por la mayoría puedan afectar al núcleo de sus derechos individuales.

Como ha afirmado este Centro Directivo (vide resoluciones de 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015), resulta indubitadamente de la regulación legal que el derecho de separación corresponde a los socios cuando concurren las circunstancias previstas en la Ley (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las participaciones o acciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (artículo 353).

3. La doctrina expuesta de este Centro Directivo es plenamente respetuosa con la expresada por nuestro Tribunal Supremo que, en su sentencia 32/2006 de 23 enero (seguida por las que luego se citarán), estableció su posición al respecto afirmando que: a) El derecho de separación es un derecho potestativo o de configuración. b) El derecho del socio que se opone, nace desde que la sociedad adopta el acuerdo social previsto legalmente o en los términos previstos cuando se trate de supuestos estatutarios. c) El ejercicio del derecho debe hacerse dentro del plazo legalmente previsto e implica una declaración recíptica que debe hacerse llegar a la sociedad. d) El ejercicio del derecho no requiere la aceptación de la sociedad quien, una vez ejercitado, no puede dejarlo sin efecto. e) El ejercicio del derecho no depende de la inscripción del acuerdo, en su caso, en el Registro Mercantil.

4. Junto a los supuestos legales o estatutarios, que podrían denominarse tradicionales en nuestro ordenamiento, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo supuesto al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

El precepto, que se transcribe más abajo, entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 25/2011, de 1 de agosto),



y se mantuvo vigente hasta el 23 de junio de 2012. A partir del 24 de junio de 2014 su vigencia fue suspendida, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (por la Ley núm. 1/2012, de 22 de junio), y después hasta el 31 de diciembre de 2016 (por la Ley núm. 9/2015, de 25 de mayo). Dicho precepto, que ciertamente ha sufrido un iter legislativo peculiar, se encuentra plenamente vigente desde el día 1 de enero de 2017.

Dice así el artículo 348 bis: *«1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas.»*

Como pone de relieve la sentencia 84/2014, de 21 de marzo de la Audiencia Provincial de La Coruña (sección 4ª): *«Su fundamento radica en que la Ley atribuye a la Junta General de Accionistas la facultad de decidir sobre la aplicación del resultado, si procede el reparto de dividendos, en el caso de que existan beneficios repartibles, que es el derecho en abstracto de los accionistas a participar, por lo que la denegación sistemática y reiterada a lo largo de los años por la mayoría del capital social en Junta puede generar conflictos entre los socios minoritarios, que precisamente el derecho a dividendo es lo que les llevó a participar en la sociedad, concediendo a éstos de tal forma la ley un derecho de separación, cumpliendo determinados requisitos.»*

La resolución transcrita se hace eco de la afirmaciones contenidas en la sentencia 873/2011 de 7 diciembre de nuestro Tribunal Supremo cuando afirma: *«Tratándose en concreto de acuerdos referidos a la aplicación del resultado, aunque nuestro ordenamiento no regula de forma expresa la impugnación de acuerdos por falta de reparto de beneficios -a diferencia de otros, como el alemán que la admite en el artículo 254.1 de la Aktg-, hemos declarado en la sentencia 418/2005, de 26 de mayo (RJ 2005, 5761) , que "[p]rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna (...) se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría"... En este sentido nos hemos pronunciado en las sentencias 788/1996, de 10 de*



octubre (RJ 1996, 7063) - el derecho abstracto al dividendo (...) se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad solo nace con el acuerdo de tal Junta-, 215/1997, de 19 de marzo - [s]iendo indudable el derecho del accionista de una sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos, hay que distinguir el derecho abstracto del mismo, que es indiscutible, y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la Junta general de accionistas"- , y 60/2002, de 30 de enero, "[e]l accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago.»

De este modo, la norma viene a objetivar lo que no venía siendo reconocido más que como principio del derecho de sociedades, proporcionando una potente herramienta jurídica a los socios minoritarios en defensa de sus intereses cuando el fin de lucro inherente a las sociedades de capital no se traduce en una adecuada participación de los socios en los beneficios obtenidos.

La regulación delimita adecuadamente los límites en que el derecho debe ser ejercitado (vide sentencia 22/2013, de 23 de enero de la Audiencia Provincial de Valencia –sección 9ª-, sentencia 278/2013, de 18 de noviembre de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa –sección 2ª-, sentencia 81/2015 de 26 marzo de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), sentencia 322/2015, de 2 de diciembre de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife –sección 4ª-, y sentencia 97/2015, de 31 de marzo del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián), límites que deben ser contemplados con especial rigor ya que no se escapa a esta Dirección que la facultad atribuida al socio minoritario puede dar a situaciones no deseadas por el legislador y que pueden revestir muy distinta índole.

5. De los tres grupos de motivos de recurso planteados por la sociedad, el primero hace referencia a la competencia del registrador para conocer sobre la procedencia del derecho de separación.

Al respecto, tiene declarado este Centro Directivo (vide las recientes resoluciones de 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, todas en la misma materia a que se refiere la presente), que el expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital aparece desarrollado en Título III del Reglamento del Registro Mercantil destinado a regular



«otras funciones del Registro», funciones distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos. Si ésta aparece presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el registrador de forma unilateral y objetiva, ajena a la idea de contienda u oposición de intereses entre partes, en los expedientes sobre nombramiento de experto independiente a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y que desarrolla el Reglamento del Registro Mercantil para resolver, en el ámbito del procedimiento especial por razón de la materia jurídico privada que el mismo regula, la pretensión del socio minoritario sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

En suma, el registrador tiene atribuida la competencia legal para determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para ejercerla, ya se trate de la designación de un experto para la valoración del crédito de liquidación de un usufructo (artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital), ya de la designación de un experto para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones de un socio separado o excluido (artículo 346 y 347 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (artículos 169 y 171), ya para reducir el capital social (artículos 139 y 141 de la Ley). En estos y otros supuestos la Ley atribuye competencia al registrador para dictar una resolución en la que, estimando la solicitud hecha por quien corresponda y apreciando la concurrencia de los requisitos legales, designar a un experto independiente o adoptar otras medidas sin perjuicio del eventual recurso de alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado o de la oportuna impugnación ante los Tribunales de Justicia, al carecer las resoluciones administrativas del efecto de cosa juzgada (artículo 114 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Precisamente porque el registrador tiene competencia para apreciar la concurrencia



de los requisitos legales, esta Dirección General ha reiterado que no procede la estimación de la solicitud cuando del expediente no resulte aquella concurrencia, aun cuando no hubiera existido oposición de la contraparte (vide por todas, resolución de 26 de septiembre de 2014).

La doctrina expuesta es plenamente coherente con la atribución legal de competencias que a los registradores ha realizado la Ley 15/2015, de 2 julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en cuya disposición final decimocuarta se hace expresa atribución competencial a los registradores mercantiles en cuestiones que hasta dicho momento correspondía a los jueces). Como pone de relieve su Exposición de Motivos: *«La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una Ley de la Jurisdicción Voluntaria forma parte del proceso general de modernización del sistema positivo de tutela del Derecho privado... resulta constitucionalmente admisible que, en virtud de razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales... Buscando dar una respuesta idónea a las cuestiones anteriores, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, conforme con la experiencia de otros países, pero también atendiendo a nuestras concretas necesidades, y en la búsqueda de la optimización de los recursos públicos disponibles, opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento. Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los Jueces. Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados. La solución legal dada es acorde con los postulados de nuestra Carta Magna y, además, oportuna en atención a diferentes factores. El prestigio adquirido a lo largo de los años por estos Cuerpos de funcionarios entre los ciudadanos es un elemento que ayuda a despejar cualquier incógnita sobre su aptitud para intervenir en la tutela administrativa de determinados derechos privados, como protagonistas principales que son de nuestro sistema*



de fe pública y garantes de la seguridad jurídica, sin olvidar el hecho de que muchos de los actos de jurisdicción voluntaria tienen por objeto obtener la certeza sobre el estado o modo de ser de determinados negocios, situaciones o relaciones jurídicas que dichos profesionales están en inmejorable condición para apreciarlos adecuadamente...»

En definitiva, el reconocimiento legal confirma la pertinencia de la atribución competencial, su imbricación en el orden constitucional, la ausencia de violación de principios constitucionales, así como la ausencia de merma de garantías legales.

Como ha reconocido el Tribunal Supremo (sentencias de la sala 3ª, de lo contencioso (Sección 6ª), de 8 de julio de 2002, (RJ\2002\6552) y, Sentencia de 7 julio 2008, (RJ\2008\4401), el procedimiento de nombramiento de auditor a instancia de la minoría culmina en una resolución de Derecho Administrativo dictada por quien tiene la competencia para hacerlo y que, por versar sobre materia mercantil, está sujeta a la revisión de los Tribunales de Justicia, en concreto, a la jurisdicción civil. Del mismo modo el alto Tribunal ha resuelto recientemente (sentencias de la sala de lo Civil, Sección 1ª, número 454/2013 de 28 junio y 674/2013 de 13 noviembre), que el registrador al actuar en el ámbito de su competencia no invade la función jurisdiccional pues ni conoce de procedimiento judicial alguno, ni interfiere en un procedimiento judicial en marcha ni en modo alguno se arroga actuaciones reservadas al poder judicial.

La misma doctrina es aplicable a un supuesto como el presente en el que el registrador se limita a ejercer la competencia atribuida legalmente (vide artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital), por el procedimiento establecido (artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil), y sin perjuicio del régimen de recursos previsto en el ordenamiento. En ningún caso el registrador ha resuelto una contienda entre particulares pues se ha limitado, como autoridad, a verificar si concurren o no los requisitos establecidos legalmente para la designación de persona que deba llevar a cabo la previsión legal de valoración de las participaciones y sin perjuicio del ejercicio de las acciones que los interesados entiendan procedentes en defensa de su derecho (vide resoluciones de 20 de enero de 2011 y 4 de febrero de 2013).

6. Los argumentos que de contrario plantea el escrito de recurso no pueden enervar las conclusiones anteriores. Como resulta de las consideraciones que han sido expuestas por extenso el registrador, al ejercer su competencia no invade las propias de jueces y tribunales, ni prejuzga su decisión ni menos aún, atribuye el carácter de cosa juzgada a la resolución que



dicte, como no lo tiene la presente. La limitación del presente procedimiento en cuanto a su objeto y a sus medios de conocimiento no altera en absoluto las conclusiones anteriores; más bien al contrario, pues la parte que entienda que su posición jurídica no ha sido debidamente contemplada dispone de los medios legales para acudir a los Tribunales de justicia para, en el procedimiento plenario correspondiente, poner de manifiesto lo que a su posición convenga aportando todos los medios probatorios que estime convenientes. Téngase en cuenta que de admitirse la tesis del recurrente, la potestad administrativa de resolver sobre las cuestiones que son de su competencia quedaría laminada por la mera apelación a la oposición de parte sobre la concurrencia de los requisitos en que aquella se fundamenta.

Si como consecuencia del ejercicio de la acción que corresponda ante los Tribunales de Justicia resultase la revocación de la resolución recaída en vía administrativa, resultarán las consecuencias contempladas en el ordenamiento jurídico, pero sin que de ello pueda derivarse, evidentemente, la inexistencia de la competencia.

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017. Al respecto es preciso poner de manifiesto que ni resulta del expediente su firmeza ni, en cualquier caso, constituye doctrina legal. Además existen pronunciamientos contrarios como la sentencia de 26 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla de la que, para un supuesto sustancialmente idéntico, resulta la conclusión contraria.

7. Tampoco puede admitirse el argumento que hace referencia a la falta de pronunciamiento previo de la junta general sobre la concurrencia o consecuencias del ejercicio del derecho de separación o sobre la falta de competencia de la administración para llevar a cabo las consecuencias que de ello se deriven.

Como resulta de la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo sobre el ejercicio del derecho de separación que ha sido expuesta más arriba, el ejercicio depende exclusivamente del socio a quien le atribuye la Ley la posibilidad de ejercitarlo.

No es preciso un pronunciamiento previo ni de la junta general de la sociedad ni de su órgano de administración. Ejercitado el derecho y notificado debidamente a la sociedad, desenvuelve sus efectos en los términos que resultan de los artículos 353 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. Como resulta de los artículos 356.2, 358 y 359 de la propia Ley, corresponde al órgano de administración ejecutar las consecuencias del ejercicio del derecho de separación (sin que la previsión contemplada en el artículo 358.1 de autorización por la junta



general de autorización de adquisición, desvirtúe lo anterior). En suma, el ejercicio del derecho de separación no queda condicionado a una decisión o debate previo de la junta general de la sociedad ni depende en absoluto de lo que la misma acuerde. No cabe hablar de que el procedimiento para la designación de experto independiente hurte competencia alguna de la junta general pues carece de competencia al respecto.

De aquí que sea irrelevante que la socia haya solicitado la convocatoria de junta por la vía del artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital o que la sociedad haya decidido convocar junta general para debatir sobre el derecho de separación. Sin perjuicio de que no constituye el objeto de este expediente resolver sobre aquella solicitud (artículo 170 de la Ley de Sociedades de Capital), resulta acreditado el ejercicio del derecho de separación sin que la posterior reunión de la junta general pueda resolver en contrario o modalizar su ejercicio o consecuencias (vide la citada sentencia de nuestro Tribunal Supremo 32/2006 de 23 enero).

8. Por último la sociedad expresa sus dudas sobre la procedencia del derecho de separación, pero sin dar motivo alguno que justifique su afirmación lo que hace inviable su pretensión de revocación de la decisión del registrador mercantil.

Tampoco la afirmación de que el ejercicio del derecho se ha realizado en fraude de Ley puede ser conocida por esta Dirección. Como ha quedado expuesto de forma reiterada, el objeto del presente expediente se limita a determinar si concurren los requisitos legales para la procedencia de designación de un experto independiente sin que ni el registrador ni esta Dirección en alzada pueda entrar a valorar la conducta de las partes involucradas. Al respecto es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo pues el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (artículo 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en el ámbito de este expediente que se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (artículo 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro en



sede de designación de auditores de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Alicante nº 1, don Jaime del Valle Pintos de fecha 5 de enero de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1. a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 13 de marzo de 2018.-El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo. Sr registrador de Alicante.