



Roj: **SJM SS 78/2015 - ECLI: ES:JMSS:2015:78**

Id Cendoj: **20069470012015100002**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **1**

Fecha: **30/03/2015**

Nº de Recurso: **187/2014**

Nº de Resolución: **97/2015**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **EDMUNDO RODRIGUEZ ACHUTEGUI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE DONOSTIA DONOSTIAKO 1 ZK.KO MERKATARITZA-ARLOKO EPAITEGIA

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1 3ª Planta - C.P./PK: 20012

TEL.: 943 00 07 29

FAX: 943 00 43 86

NIG PV/ IZO EAE: **20.05.2-14/002369**

NIG CGPJ / IZO BJKN : **20.069.47.1-2014/0002369**

Procedimiento / *Prozedura* : **Proc.ordinario / Prozedura arrunta 187/2014 - E**

Materia: DEMANDA DE REVISION DE LA RESOLUCION DE LA DGRN

Demandante / *Demandatzailea* : Rogelio

Abogado/a / *Abokatua* : IÑIGO MONREAL BACIGALUPE Procurador/a / *Prokuradorea* : ANA ARRIZABALAGA LERCHUNDI

Demandado/a / *Demandatua* : ALMACENES INDUSTRIALES LASARTE S.A. y DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO-SECRETARIA GENERAL TECNICA-DIVISION DE RECURSOS Y RELACIONES CON LOS TRIBUNALES-

Abogado/a / *Abokatua* :

Procurador/a / *Prokuradorea* : FERNANDO MENDAVIA GONZALEZ

SENTENCIA Nº 97/15

En Donostia / San Sebastián, a treinta de marzo de dos mil quince

El Sr. D. **Edmundo Rodríguez Achútegui**, Magistrado-Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia / San Sebastián, ha visto los presentes autos de Juicio Ordinario nº 187/2014, instados por la Procuradora de los Tribunales Dª ANA ARRIZABALAGA LERCHUNDI, en nombre y representación de D. Rogelio , domiciliado en Lasarte (Gipuzkoa), asistida de la letrada D. IÑIGO MONREAL BACIGALUPE, frente a la DIRECCIÓN GENERAL REGISTROS Y NOTARIADO, representada y asistida del Abogado del Estado, y ALMACENES INDUSTRIALES LASARTE S.A., domiciliada en Urnieta (Gipuzkoa), representada por el Procurador de los Tribunales D. FERNANDO MENDAVIA GONZÁLEZ, asistido del letrado Dª JUAN IGNACIO VITORIA, sobre impugnación de resolución de la citada Dirección General de los Registros y el Notariado, y los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La Procuradora de los Tribunales Dª ANA ARRIZABALAGA LERCHUNDI, en nombre y representación de D. Rogelio , interpuso demanda frente a DIRECCIÓN GENERAL REGISTROS Y NOTARIADO



y cautelarmente frente a ALMACENES INDUSTRIALES LASARTE S.A. solicitando se revoque la resolución por silencio administrativo desestimatorio recaída en el Expediente NUM000 , que resuelve la reclamación previa presentada ante la Dirección General de los Registros y el Notariado contra la resolución de la Dirección de los Registros y el Notariado de 8 de julio de 2013, notificada el 20 de julio de 2013, recaída en expediente NUM001 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia del socio de Almacenes Industriales Lasarte S.A., D. Rogelio , confirmatoria de la denegación del nombramiento referido resuelta por el Registrador Mercantil de Gipuzkoa de 26 de marzo de 2013 en su expediente NUM002 , en relación al derecho de separación previsto en el art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital , nombrando en consecuencia auditor a fin de que determine el valor razonable de la participación del socio solicitante Sr. Rogelio , al objeto de liquidar la participación del socio por el ejercicio de derecho de separación de la compañía Almacenes Industriales Lasarte S.A.

Alegaba para justificar su pretensión que el Sr. Rogelio era socio del 33,3 % de ALMACENES INDUSTRIALES LASARTE S.A., que el 18 de octubre de 2011 la junta general de tal sociedad acordó no repartir dividendos pese a existir beneficios, que entonces comunicó a la sociedad su voluntad de separarse conforme a lo previsto en el art. 348 bis LSC remitiendo a tal efecto notificación por burofax de 17 de noviembre de 2011 a la sociedad en el mes siguiente a la junta, que ante la falta de acuerdo volvió a remitir otro burofax el 31 de mayo de 2012 solicitando la inclusión en el orden del día de la cuestión del derecho de separación, y que igualmente reclamó al auditor de la sociedad que incluyera la contingencia de la separación, que el 27 de julio de 2012 se celebra junta general rechazándose cualquier acuerdo.

En consecuencia, el actor decidió solicitar la designación de auditor por el Registrador Mercantil de Gipuzkoa, petición que fue rechazada y recurrida ante la Dirección General del Registro y Notariados que igualmente entiende que no es aplicable el art. 348 bis LSC por estar suspendido al tiempo de celebrarse la junta, decisión que es la impugnada en el presente procedimiento.

SEGUNDO .- La demanda fue admitida como juicio verbal y tras subsanar omisión de tasa, se interpuso recurso de reposición por la Procuradora de los Tribunales D^a ANA ARRIZABALAGA LERCHUNDI, en nombre y representación de D. Rogelio , al considerar que era procedente disponer el trámite del juicio ordinario.

TERCERO .- No habiendo en ese momento otra parte personada, mediante Decreto de 20 de marzo de 2014 se estima el recurso, se admite la demanda como juicio ordinario y se acuerda emplazar a las partes demandadas para que comparecieran y contestaran en el término de veinte días.

CUARTO .- En dicho plazo comparece compareció el Abogado del Estado en nombre y representación de la DIRECCIÓN GENERAL REGISTROS Y NOTARIADO, que se opone a la demanda, alegando que aunque consta que la Junta General de Almacenes Industriales Lasarte S.A. acordó no repartir dividendos en Junta de 18 octubre 2011, no hay constancia del burofax en el que el actor sostiene haber ejercitado su derecho de separación. Respecto a los vicisitudes posteriores, se opone que la solicitud de designación de auditor se plantea al Registrador Mercantil el 22 de marzo 2103, es decir, cuando ya operaba la suspensión del art. 348 bis LSC, refiriendo igualmente que la junta anterior en que se deniega tal derecho también se verifica vigente tal suspensión.

Argumenta entonces que dada la suspensión del precepto y las previsiones del art. 353 LSC respecto al modo en que se valoran las acciones en caso de separación del socio, era improcedente la designación de auditor como sostuvo el Registrador Mercantil de Gipuzkoa y ha ratificado la Dirección General de Registros y Notariado que está siendo objeto de impugnación con la demanda del actor. No concurren por hecho los presupuestos legales para que se hubiera obrado de otro modo, lo que justifica que en su opinión la demanda deba ser desestimada.

QUINTO .- En el mismo plazo comparece el Procurador de los Tribunales D. FERNANDO MENDEAVIA GONZÁLEZ, en nombre y representación de ALMACENES INDUSTRIALES LASARTE S.A. admitiendo que la junta de 18 de octubre de 2012 había acordado no repartir beneficios y que el socio demandante se dirigió a la sociedad para manifestar su decisión de separarse de la sociedad. Opone no obstante que se le hizo saber la precaria situación económica de la sociedad y la necesidad de una aportación de capital por parte de los socios.

Además señala la sociedad que una vez se le hizo saber su voluntad de separarse se recibe el 17 de noviembre de 2012 un burofax del actor en donde reclama se incluya como punto del orden del día de la siguiente junta general lo siguiente: "Derecho de separación solicitada por el socio suscribiente". Entiende por ello que aunque anunció su voluntad de separarse luego no ha instado el ejercicio de su derecho. Por ello considera la sociedad que el art. 355 LSC obligaba a un acuerdo sobre el valor, y si no lo hubiera, a la designación de auditor para determinarlo.



Considera que por actos propios el actor no ejercita hasta el 31 de mayo 2012 el derecho de separación, al reclamar la inclusión de tal cuestión en el orden del día de la subsiguiente Junta General de Almacenes Industriales Lasarte S.A. De ahí concluye la parte demandada que el Registrado Mercantil operó correctamente al rechazar la petición de designación de auditor con la finalidad de determinar el valor aproximado de las acciones. Añade que en un nuevo burofax de 27 de marzo de 2012 se indicó que aguardaría a que se audite correctamente la sociedad para la valoración de la sociedad. De todo ello concluye que la negativa de la DGRyN estuvo fundada y que era innecesaria la designación de auditor por no ser derecho ejercitable tras la suspensión de la eficacia del art. 348 bis LSC, por lo que reclama la desestimación de la demanda.

SEXTO .- En diligencia de 5 de mayo de 2014 se tuvo por personados y partes a ambos demandados y se citó a las partes a audiencia previa, recibándose entretanto el expediente seguido ante la Dirección General de Registros y el Notariado.

SÉPTIMO .- En la audiencia previa comparecieron las partes, ratificaron sus pretensiones sin alcanzar acuerdo, verificaron todos los trámites previstos para la audiencia y propusieron prueba, proponiéndose y admitiéndose exclusivamente documental, por lo que los autos quedaron conclusos y vistos para sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- D. Rogelio era en el año 2011 accionista del 33,3 % de la sociedad Almacenes Industriales Lasarte S.A., constituida el 9 de octubre de 1986.

SEGUNDO .- El 18 de octubre de 2011 la sociedad Almacenes Industriales Lasarte S.A. celebró junta general en la que se acordó que, pese a aprobarse cuentas anuales que arrojan unos beneficios propios de la explotación del objeto social en el ejercicio anterior de 63.830,13 €, no se repartieran dividendos entre los socios, con el voto en contra de D. Rogelio .

TERCERO .- El 17 de noviembre de 2011 D. Rogelio dirige comunicación a la sociedad Almacenes Industriales Lasarte S.A. manifestando que ejerce su derecho a separación ante el no reparto de dividendos pese a existir beneficios propios de la explotación del objeto social en el ejercicio anterior.

CUARTO .- El 31 de mayo de 2012 D. Rogelio dirige burofax a Almacenes Industriales Lasarte solicitando se incluya en el orden del día de la convocatoria de junta general de ese ejercicio un del tenor literal siguiente: "*Derecho de separación solicitada por el socio suscribiente*".

QUINTO .- La Junta General de 27 de julio de 2012 de Almacenes Industriales Lasarte S.A. decidió no admitir la separación del socio.

SEXTO .- El 22 de marzo de 2013 D. Rogelio solicitó del Registrador Mercantil de Gipuzkoa la designación de un auditor para la valoración de su participación en la sociedad Almacenes Industriales Lasarte S.A.

SÉPTIMO .- El Registrador Mercantil de Gipuzkoa acordó el 26 de marzo de 2013 no tramitar la solicitud de nombramiento de auditor por estar suspendido el art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital .

OCTAVO .- El 16 de abril de 2013 D. Rogelio presenta recurso frente a tal decisión del Registrador Mercantil de Gipuzkoa ante la Dirección General de Registros y Notariado.

NOVENO .- La Dirección General de los Registros y del Notariado resuelve el 8 de julio de 2013 desestimar el recurso de alzada por haberse denegado el derecho de separación en junta de 27 de julio de 2012, vigente la suspensión del art. 384 bis de la Ley de Sociedades de Capital .

DÉCIMO .- Contra dicha desestimación se formuló reclamación previa a la presentación de demanda ante la jurisdicción civil, que no ha sido resuelta de modo expreso por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- De los hechos probados

El art. 217 de la ley 1/2000 , de Enjuiciamiento Civil (LEC) dispone las reglas sobre la carga de la prueba. A la conclusión de los hechos probados que antes se han referido se ha llegado, conforme a los arts. 209.3 y 218 de la LEC , tras analizar conjuntamente el resultado de la prueba practicada.

El **primer hecho probado** se desprende del doc. nº 1 de la demanda, folios 19 y ss de los autos, en cuanto a la condición de socio. Respecto al porcentaje, no es discutido por la representación procesal de Almacenes Industriales Lasarte S.A. al contestar la demanda, cuyo hecho primero admite expresamente lo planteado por



la actora. Además aparece en el reverso del folio 34, doc. nº 6 de la demanda, que en junta de 27 de junio de 2012 recoge ese porcentaje. No hay, por otro lado, discusión sobre la cuestión por parte del Abogado del Estado. En cuanto a la fecha de constitución de la sociedad, aparece en la reseña del Sr. Notario para levantar acta de la junta de 27 de julio de 2012, doc. nº 6 de la demanda, folios 32 y reverso.

El **segundo hecho probado** se aprecia en el acta de la junta aportada como doc. nº 1 de la demanda, constando el acuerdo de no repartir dividendos de los beneficios por importe de 63.830,13 € en el punto cuarto, folio 21 de los autos. Además no ha sido discutido por los demandados.

El **tercer hecho probado** se constata del doc. nº 2 de la demanda, folio 23, que la sociedad admite como recibido. Aunque el Abogado del Estado sostenga que no hay prueba al respecto consta la carta, se dice remitida por el actor y en el hecho cuarto de la contestación se admite recibida por la sociedad.

El **cuarto hecho probado** lo evidencia el doc. nº 3 de la demanda, folios 24 y ss de los autos, que es un burofax donde consta el requerimiento para incluir en el orden del día un punto relativo a "*Derecho de separación solicitada por el socio suscribiente*".

El **quinto hecho probado** aparece en el acta notarial de la junta presentada como doc. nº 6 de la demanda, reverso folio 35.

El **sexto hecho probado** se constata del doc. nº 7 de la demanda, folios 81 y ss de los autos, que es la solicitud dirigida por el actor al Sr. Registrador Mercantil de Gipuzkoa.

El **séptimo hecho probado** aparece en la resolución del Sr. Registrador Mercantil de Gipuzkoa que se incluye en el doc. nº 7 de la demanda, folio 84 de los autos.

El **octavo hecho probado** se aprecia en el recurso presentado que se aporta como doc. nº 8 de la demanda, folios 85 y ss de los autos.

El **noveno hecho probado** se puede apreciar con la copia de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que se presenta como doc. nº 8 de la demanda folios 94 y ss de los autos.

El **décimo hecho probado** aparece de la reclamación previa que se acompaña como doc. nº 9 de la demanda, folios 97 y ss.

Lo demás se desprende del resto de la prueba practicada, valorada conjunta y críticamente.

SEGUNDO.- Sobre los requisitos para ejercitar el derecho de separación

El actor impugna la decisión denegatoria de la Dirección General de los Registros y del Notariado frente a la pretensión de designación de auditor para la valoración de su participación social en Almacenes Industriales Lasarte S.A., denegación que se sustenta esencialmente en que tal derecho se rechaza en Junta General de 27 de julio de 2012, vigente la suspensión del art. 348 bis del RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

El mencionado art. 348 bis introdujo la posibilidad de separación de socios en caso de no reparto de dividendo, aunque fue suspendido hasta el 31 de diciembre de 2014 por la DT de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de capital. Tal suspensión se ha extendido hasta el 31 de diciembre de 2016, por acordarlo la DF 1ª del RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

En este litigio se discute si la norma estaba suspendida en el momento en que se ejercita el derecho de separación por el socio demandante. Pero para analizar dicha cuestión nuclear son presupuestos para su ejercicio los que señala la norma, que por ello debe ser analizada ya que sin presupuesto para ejercitarlo no puede entrarse al debate de si se hizo en plazo.

En primer lugar es preciso que no se ejercite por socio de una sociedad cotizada pues tal posibilidad está excluida en el art. 348 bis 3 LSC. Este es el caso de la sociedad Almacenes Industriales Lasarte S.A., que no se alegado ni consta que sea sociedad cotizada, por lo que el precepto puede aplicarse al no quedar comprendida esta persona jurídica en el ámbito de exclusión del precepto.

A continuación el apartado 1 del art. 348 bis LSC dispone un requisito temporal. Sólo podrá ejercitarse tal pretensión si se ejercita a "*partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad*". El derecho de separación en caso de no reparto de dividendo pese a la existencia de beneficios ha sido puesto en cuestión por el propio legislador, que sin derogar el art. 348 bis LSC, ha aplazado ya en dos ocasiones su vigencia. Pero al margen de tal circunstancia, la norma supedita la posibilidad del derecho a que la sociedad alcance alguna duración, puesto que los comienzos de cualquier proyecto societario no suelen ser de éxito inmediato, de modo que por elementales razones de prudencia somete el ejercicio de dicha facultad



a esa limitación temporal. Esta exigencia temporal se satisface, porque la sociedad Almacenes Industriales Lasarte S.A. se constituyó el 9 de octubre de 1986.

También dispone el art. 348 bis 1 LSC la exigencia de que el socio " *hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales* ", circunstancia sobre la que tampoco hay discusión porque en junta de 18 de octubre de 2011 sucede, como revela el acta acompañada como doc. nº 1 de la demanda. En tal acta aparece el asunto del reparto de dividendos que se debate como cuarto del orden del día, recogiendo que D. Rogelio vota en contra de la decisión de no distribuir dividendo (folio 21).

Finalmente se concede el 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* ". No hay tampoco cuestión sobre el particular, puesto que la sociedad aprobó en la Junta General de 18 de octubre de 2011 las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010 en el segundo asunto tratado, por mayoría de dos tercios y la oposición del demandante. Dichas cuentas recogían beneficios por importe de 63.830,13 €, como evidencia el apartado cuarto del acta (folio 21).

En definitiva, los requisitos para poder ejercitar el derecho de separación concurren, porque el art. 348 bis LSC estaba vigente al tiempo de celebrarse la junta de 18 de octubre de 2011. La cuestión, entonces, es si se ejercitó en plazo y conforme a las exigencias legales, o la ulterior suspensión del precepto afectó al derecho del actor.

TERCERO .- Sobre el iter del ejercicio del derecho de separación

El art. 348 bis 2 permite ejercitar el derecho de separación en caso de no reparto de dividendos, concurriendo los requisitos legales antes señalados, en el plazo de un mes. Dice la norma que " *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* ". La *ratio decidendi* de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que se cuestiona en este litigio es que, sin embargo, el ejercicio del derecho no consta hasta la Junta General de Almacenes Industriales Lasarte S.A. de 27 de julio de 2012, una vez suspendida la efectividad de las previsiones del art. 348 bis LSC en virtud de la suspensión dispuesta por la DT 1ª de la mencionada Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.

Conviene situar el debate en sus términos temporales, superponiendo los hitos legales y societarios, para contrastar qué ha sucedido realmente. Para comenzar, la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital acontece por RDL 1/2010, de 2 de julio, en el que se dedica su título IX a la " *separación y exclusión de los socios* ". En tal título se regulan dos formas de que el socio abandone la sociedad, distintas de la transmisión de su participación: la separación voluntaria y la exclusión obligada. En el caso de la separación, Capítulo I de dicho título, el abandono es voluntario porque concurren las causas legales previstas en el art. 346 LSC (STS 30 junio 2010, rec. 1835/2006), o las que estatutariamente se autoricen conforme al art. 347 LSC, habiendo admitido la jurisprudencia (STS 15 noviembre 2011, rec. 1433/2007, 14 marzo 2013, rec. 1053/2010), que cabe una previsión que autorice a separarse en cualquier momento a los socios de forma unilateral. El capítulo añade una garantía de publicidad, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORM), de las causas que facultan el ejercicio de tal derecho por el socio en el art. 348 LSC.

Posteriormente se introduce el art. 348 bis, al disponerlo así el número 18 del art. 1º de 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, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. Su DF 6ª dispuso que la norma entrase en vigor a los dos meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE), que tuvo lugar el 2 de agosto de 2011. El art. 348 bis está vigente a partir del 2 de octubre de 2011, aunque se suspenda posteriormente.

Con la norma vigente tiene lugar la Junta General de 18 de octubre de 2011 de Almacenes Industriales Lasarte S.A. En dicha junta se decide, pese a existir beneficios, no repartir dividendos. El socio aquí demandante vota en contra. Dentro del plazo de los treinta días siguientes a que hace referencia el art. 348 bis 2 LSC, el 17 de noviembre de 2011, el socio comunica por escrito a la sociedad su decisión de separarse de la sociedad por no repartirse dividendo pese a haberse aprobado las cuentas anuales que arrojan unos beneficios propios de la explotación del objeto social en el ejercicio anterior que alcanzan los 63.830,13 €.

Hay que insistir en este particular porque el Abogado del Estado afirma que no hubo tal comunicación. Como ya se dijo en el Fundamento Jurídico 1º, al explicar la convicción alcanzada en el tercer hecho probado, la comunicación escrita en la que el socio manifiesta ejercitar tal derecho de separación por la razón expuesta se aporta como doc. nº 2 de la demanda, folio 23 de los autos. Es cierto que no se trata de un burofax ni se produce por un conducto que deje constancia de la fecha de remisión o recepción. Pero la sociedad Almacenes



Industriales Lasarte S.A. admite al contestar la demanda, en el hecho cuarto, que la carta fue remitida y recibida en tal fecha. Conforme al art. 281.1 LEC, tal dato no precisa de más prueba, puesto que existe plena conformidad de las partes, sin que esta materia esté fuera del poder de disposición de los litigantes.

Formalmente la Dirección General de los Registros y Notariados cuya decisión se impugna es parte, por defender la negativa del Registrador Mercantil de no designar auditor para valorar la participación social del Sr. Rogelio. Pero tal condición de parte procesal no puede impedir apreciar como cierto lo que socio y sociedad reconocen como tal, cuando además tiene base documental suficiente porque la comunicación escrita se aporta en los autos.

En definitiva, vigente el art. 348 bis LSC, D. Rogelio remite por escrito comunicación a la sociedad, que ésta confiesa recibida en el plazo de un mes desde la celebración de la junta general de 18 de octubre de 2011, junta que acordó no repartir dividendo pese a existir beneficios, con el voto en contra del citado socio.

No hubo acuerdo sobre la valoración de la participación del socio entre éste y la sociedad. El socio decide entonces reclamar el 31 de mayo de 2012 que se incluya en el orden del día de la siguiente Junta General un punto para debate relativo a su derecho de separación, como evidencia el doc. nº 3 de la demanda, que en este caso sí se remite por burofax y consta recibido el 1 de junio de 2012 (folio 27).

El 24 de junio de 2012 queda suspendida la vigencia del art. 348 bis hasta el 31 de diciembre de 2014, por disponerlo el apartado 4 del art. 1 de la Ley 1/2012, que entra en vigor en dicha fecha.

El 11 de julio de 2012 se celebra Junta General de Almacenes Industriales Lasarte S.A. y se decide rechazar la petición del socio de ejercitar su derecho de separación. El 22 de marzo de 2013 el socio reclama al Registro Mercantil de Gipuzkoa la designación de un auditor para la valoración de su participación social.

CUARTO .- Sobre la validez del ejercicio del derecho de separación

Superpuestas temporalmente las circunstancias de hecho sobre la procelosa evolución normativa, queda de manifiesto que el ejercicio del derecho se lleva a cabo en la forma que dispone la ley, atendiendo sus presupuestos legales, en el plazo que señala y con plenos efectos para que sea efectivo.

Pese a la interpretación que se hace por el Registrador Mercantil y la Dirección General, el ejercicio del derecho de separación no se hace efectivo en la Junta de 11 de julio de 2012, una vez suspendida la eficacia del art. 348 bis LSC. Tal ejercicio no requiere, en absoluto, aprobación de la junta. Lo expresó la STS 23 enero 2006, rec. 1949/2003 al explicar que *"... el derecho de separación que es, en efecto, un derecho potestativo o de configuración jurídica, nace del acuerdo de modificación (artículo 95.c) LSRL), que es su causa legal (caben otras, establecidas estatutariamente; artículo 96 LSRL), sin que, a este concreto efecto, tenga relevancia que se trate o no de una regulación imperativa (otro sería el caso si, por ejemplo, se estuviera discutiendo si cabe la renuncia anticipada). Nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta (artículo 54.3 LSRL), que no es necesaria cuando sea notarial (art. 55.1 y 2 de la misma Ley) y no requiere que la sociedad lo acepte, ya que lo que la ley previene en orden al ejercicio del derecho, que fundamentalmente consiste en dar publicidad (artículo 97, que permite sustituir la publicación en el Boletín por una comunicación a los socios), valorar las participaciones (artículo 100), reembolsarlas al socio (artículo 101) y reducir el capital (artículo 192) constituye un conjunto de obligaciones de la sociedad, que en ocasiones requieren la cooperación del socio (vgr., valoración, que puede obtenerse por acuerdo o por intervención de Auditor si no hay acuerdo) "*.

La misma sentencia explica que no puede entenderse *" el derecho de separación del socio como un derecho in fieri, hasta el punto de negar que pueda exigir el valor de reembolso. No lo primero, que carece del mínimo apoyo en los textos legales aplicables, puesto que los artículos 97, 100, 101 y 102 contienen la exposición de auténticos deberes para la sociedad, sin la dependencia de un suceso exterior (artículo 1113 CC) ni menos de la voluntad de la compañía o de sus administradores (lo que generaría un derecho ilusorio por parte del socio, en una suerte de dependencia de la mera potestad de la compañía, que repugna a la idea de vinculación por razón del contrato social y del legítimo ejercicio de los derechos que de él derivan : arts. 1256, 1115, inciso primero del Código Civil, Sentencias de 27 de febrero de 1997, 9 de enero de 1995) y, por tanto, "exigibles desde luego", como dice el mencionado precepto del artículo 1113CC "*.

Aclarado que no depende de la sociedad el ejercicio del derecho de separación, lo que ha hecho el socio es ejercitarlo en el modo que dispone la norma cuando está vigente. Es decir, antes de la suspensión del art. 348 bis LSC, y tras concurrir el supuesto legal, comunica a la sociedad su voluntad de separarse, lo que verifica por escrito en el plazo de caducidad (STS 3 febrero 2006, rec. 2049/1999) que dispone el art. 348 bis 2 LSC.

El 17 de noviembre de 2011 se remite comunicación participando la voluntad de ejercitar el derecho de separación. Ese momento es anterior a la suspensión del precepto, que opera desde el 24 de junio de 2012.



Es entonces cuando se ejercita el derecho de separación y tal declaración de voluntad se recibe, como exige la citada STS 23 enero 2006, rec. 1949/2003, por la sociedad, que expresamente lo reconoce. Se hace con los presupuestos legales no cuestionados de que se decidió no distribuir dividendo pese a existir beneficios propios de la explotación del objeto social en el ejercicio anterior. Se hace en el plazo legal de un mes. Y se hace por escrito que se comunica a la sociedad en dicho término.

El momento que pretende la Dirección General de los Registros y del Notariado no es admisible. No lo es porque la norma -por entonces vigente- explica con claridad cuándo debe ejercitarse y sus requerimientos fueron atendidos. Y no lo es tampoco porque el pretendido momento en que se dice en la resolución que fue ejercitado no concurre, como procede explicar a continuación.

QUINTO .- Ejercicio del derecho de separación versus consecuencias de tal ejercicio

Cuando un socio abandona la sociedad, bien voluntariamente porque ejerce el derecho de separación por las causas que legal o estatutariamente sean procedentes, bien de forma involuntaria porque sea excluido de manera forzosa en el modo que dispone el Capítulo II del Título IX LSC, arts. 350 y ss, surgen ciertas consecuencias que no pueden confundirse, como hace la resolución impugnada, con el ejercicio de un derecho del socio.

La norma sigue al respecto una reveladora sistemática. El Título IX disciplina la separación y exclusión de los socios. Su capítulo I versa sobre la separación, el capítulo II sobre la exclusión, y el capítulo III se denomina y disciplina " *normas comunes a la separación y la exclusión de los socios* ".

En este último capítulo la ley establece cómo proceder si no hay acuerdo entre sociedad y socios respecto a la valoración de la participación de este último. Al ejercitarse el derecho de separación, o al excluir la sociedad al socio, éste deja de formar parte de la sociedad. La pérdida de la condición de socio opera cuando se ejercita voluntariamente tal derecho, en el momento que se expone en el anterior Fundamento Jurídico, o cuando es expulsado.

En ambas situaciones, y por lo tanto con regulación común, el efecto subsiguiente es que ha de reintegrarse al socio el valor de su participación social, bien reduciendo capital en tal proporción, bien con adquisición de la sociedad de sus acciones o participaciones, que es lo que disciplinan los arts. 358 y 359 LSC.

La norma prevé que no sea fácil el acuerdo entre quien ha perdido la condición de socio y la sociedad. No obstante, apuesta con claridad por que la valoración de la participación social se haga de común acuerdo. El art. 353.1 LSC, que se esgrime para justificar la tesis de la Dirección General, comienza indicando " *A falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración...* ". Esa norma pone de manifiesto que se quiere convenir sobre el valor de las acciones o participaciones, o al menos, sobre los encargados de realizar tal valoración y el método para concretarlo.

Si no hay acuerdo, el remedio legal es que el socio acuda a una valoración externa. Dispone el art. 353.1 LSC que entonces habrá de determinarlo " *un auditor de cuentas distinto del de la sociedad* ", precisión necesaria porque la sociedad se escuda en que más tarde se nombra uno por la sociedad, que no puede ser el que la norma menciona. Dicho precepto establece para su designación que sea " *designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración* ". En el mismo sentido el art. 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

Llegamos por lo tanto al punto central de la disputa entre las partes. El socio ejercitó su derecho en plazo, y acude al Registro Mercantil para que se designe auditor. Cierto es que entretanto se enreda con una innecesaria petición de que se incluya la cuestión en el orden del día de la siguiente junta general. Tal pretensión enturbia la decisión a adoptar, puesto que retrasa la solicitud hasta el 22 de marzo de 2013, momento en que ya está suspendido el art. 348 bis LSC. Además conduce al Registro, y luego a la Dirección General a la que se acude enalzada, a considerar que fue en la junta general en que tal punto es tratado, cuando se ejercita el derecho.

Pero tal derecho se había ejercitado correctamente en plazo con anterioridad, vigente la norma. No hay actos propios, como sostiene la sociedad al mencionar un burofax de 18 junio 2012, por solicitar la inclusión del asunto en otra junta, ya que el derecho había sido ejercitado correctamente y lo discutido era la valoración de su parte en la sociedad. Son las consecuencias de la pérdida de la condición de socio del actor las que se discuten, pero éstas son comunes a cualquier separación o exclusión de socio. Dichas consecuencias, que obligaban a un acuerdo entre sociedad y socio que no se alcanzó, suponen que ha de valorarse en el modo que dispone la Ley de Sociedades de Capital la participación social del socio que abandonó cumpliendo con todos los requisitos legales la sociedad.



El único precepto suspendido por la Ley 1/2012 es el art. 348 bis LSC. No se suspende la regulación común contenida en el Capítulo III de su Título IX, en particular su art. 353.1 LSC que disciplina que a falta de acuerdo se ha de nombrar un auditor que no sea el de la sociedad. Esa regulación sigue vigente, y es aplicable porque el derecho se ejerció cuando estaba en vigor una norma que habilitaba la separación del socio ante la decisión, contra la que votó, de no repartir dividendos pese a que existían beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior.

En definitiva, las objeciones que se plantean por la resolución impugnada no pueden acogerse. Nada tiene que ver la doctrina de la *retroactividad débil* con lo que aquí se dilucida, porque el derecho del socio se ejerció correctamente y en plazo. Son las consecuencias de la pérdida de la condición de socio lo que está en cuestión, y ante la imposibilidad de acuerdo entre socio y sociedad, la norma legal dispone como proceder. No cabe negar a un socio que ejerce su derecho de manera acorde a la norma la valoración, conforme al sistema legal, de su parte en la sociedad de la que ha dejado de ser socio.

Por dicha razón se estimará la impugnación y la demanda.

SEXTO .- Costas

Conforme al art. 394.1 de la Ley 1/2000 , de Enjuiciamiento Civil (LEC), no se hará condena al pago de las costas en tanto que se trata de una materia en la que no existe jurisprudencia o doctrina de Audiencias y por lo tanto discutible doctrinalmente, lo que genera serias dudas de derecho que justifican tal pronunciamiento.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de

S.M. el Rey pronuncio el siguiente

FALLO

1.- ESTIMAR íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a ANA ARRIZABALAGA LERCHUNDI, en nombre y representación de D. Rogelio frente a la DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO y ALMACENES INDUSTRIALES LASARTE S.A.

2.- REVOCAR la resolución desestimatoria por silencio administrativo recaída en el expediente NUM000 , que resuelve la reclamación previa presentada ante la Dirección General de los Registros y el Notariado contra la resolución de la Dirección de los Registros y el Notariado de 8 de julio de 2013, notificada el 20 de julio de 2013, recaída en expediente NUM001 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia del socio de Almacenes Industriales Lasarte S.A., D. Rogelio , confirmatoria de la denegación del nombramiento referido resuelta por el Registrador Mercantil de Gipuzkoa de 26 de marzo de 2013 en su expediente NUM002 , en relación al derecho de separación, por lo que procederá que el citado Sr. Registrador Mercantil proceda al nombramiento de auditor a fin de que determine el valor razonable de la participación del socio solicitante Sr. Rogelio , al objeto de liquidar la participación del socio por el ejercicio de derecho de separación de la compañía Almacenes Industriales Lasarte S.A.

3.- NO HACER CONDENA al pago de las costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Por medio de recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA, que puede interponer cualquiera de los administradores y las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso (artículo 455.1 LEC).

El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número -, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15^a de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por ésta mi sentencia, que se notificará las partes en legal forma, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION .- La sentencia transcrita fue leída y publicada por SS^a en audiencia de hoy. Doy fe.