

DERECHO DE SEPARACIÓN EN EL CASO DE FALTA DE DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS REGULADO EN EL ART. 348 BIS DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL.

CARMEN GAY CANO
Abogado

GAY CANO
&
PALACIN RAMOS
Abogados

1.- El derecho de separación en nuestro Ordenamiento.

- No se contempla como tal ni en el Código Civil (arts. 1.665 y ss.) ni en el Código de Comercio (arts. 116 y ss.), no obstante ser sociedades personalistas y esencialmente cerradas.
- Sólo se regula la **rescisión parcial**, en supuestos de incumplimiento de un socio, es decir, como institución más próxima a la expulsión (arts. 218 y ss. CCom) o bien la **disolución total** de sociedades civiles, (art. 1.705 y 1.706 CC).

- En la normativa de **sociedades mercantiles** capitalistas se incorpora para **supuestos excepcionales** ante determinados cambios estatutarios o acuerdos que suponen una **modificación sustancial del contrato social** según las reglas reflejadas en los Estatutos al que prestó su consentimiento el socio, de modo que se considera que debe tener derecho a abandonar la sociedad si no está de acuerdo, **con el reembolso de su cuota, sin disolución de la sociedad.**

- En el caso de **sociedades profesionales** se prevé para los socios profesionales ya que su participación es intransmisible, salvo consentimiento de todos los socios profesionales (arts. 12 y 13 LSP).
- **Regulación derecho separación**: Los arts. 346 y ss. LSC establecen supuestos comunes para SA y SL reconociendo el derecho de separación a los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo y también a los socios sin voto, en los siguientes casos:

- Sustitución o modificación sustancial del objeto social.
- Prórroga de la sociedad, si se constituyó por plazo determinado.
- Reactivación de la sociedad disuelta.
- Creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria de los Estatutos.

- Sólo para las SL, modificación del régimen de transmisión de participaciones.
- Los arts. 15, 62 y 99 de la Ley 3/2009, de 3 de abril de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles lo contemplan en los supuestos de transformación, fusión transfronteriza intracomunitaria y traslado del domicilio al extranjero.
- Cabe la **incorporación de otras causas en los Estatutos**, bien en la constitución o, posteriormente, con el acuerdo unánime de todos los socios (arts. 347 LSC).

Mecanismo muy **útil para evitar situaciones de conflicto societario**. Incorporación de causas de separación específicas en función de la concreta sociedad, (pérdida de participación de determinado Grupo, sobreendeudamiento, venta de determinados activos, discrepancia reiterada debidamente acreditada en la adopción de acuerdos etc.).

- **Efectos: No provoca la disolución** de la sociedad, salvo que el capital quede por debajo del mínimo legal en el caso de reducción y no se subsane. Es una suerte de disolución/liquidación parcial.

2.- Análisis jurídico del supuesto especial del art. 348 bis LSC.

2.1. Antecedentes del texto vigente.

- Se contemplaba en el Proyecto de Código de Sociedades Mercantiles del 2010 (art. 150).
- Se incorpora por el art. 1.18 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.

- Ante la grave situación de crisis económica, se **suspende su aplicación hasta el 31/12/14** por la Ley 1/2012, de 22 de junio de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital que se publica el **24 de junio, es decir, en plena vorágine de juntas de aprobación de cuentas**, produciéndose situaciones dispares en función de la fecha de la junta.
- ¿Qué fecha debe tomarse en consideración en los periodos de vigencia y suspensión: la publicación de la convocatoria o la de adopción del acuerdo? Fecha **del acuerdo**. (Entre otras, sentencias AP de La Coruña de 21/3/2014 y 1/2/2018 y SAP Barcelona 26/3/2015).

- Se **prorroga la suspensión hasta el 31/12/2016** por la DT 1ª LSC, modificada por la DF 1ª del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre de medidas urgentes en materia concursal.
- Está **vigente desde el 1/1/2017**.

- **¿Por qué no se incluyó en el art. 346 LSC?**

- Su configuración difiere de las demás causas previstas en el art. 346 LSC ya que no son modificaciones transcendentales del pacto social, sino una respuesta o medida de protección ante una posible conducta abusiva de los mayoritarios.
- En los casos del art. 346 LSC el derecho nace ex ante y en el 348 bis LSC ex post o sobrevenidamente en cada junta de aprobación de cuentas en la que se decide sobre la aplicación del resultado.

- El supuesto del art. 348 bis LSC nace de la no adopción del acuerdo de reparto de, al menos, un tercio de los beneficios y en los casos del 346 LSC, de la adopción de determinados acuerdos.

- Configuración del derecho de separación:

- Es un **derecho potestativo** o de configuración cuyo ejercicio y reivindicación, concurriendo los presupuestos legales, depende exclusivamente del socio, (STS 32/2006 de 23 enero).
- Es un derecho esencialmente **voluntario**, que es lo que le diferencia de la expulsión o exclusión de socios.

- Nace cuando la sociedad adopta el acuerdo que permite la separación y se aprueba el acta adquiriendo efectos ejecutivos (art. 202 LSC), salvo que sea acta notarial que no requiere aprobación (art. 203.2 LSC). STS 32/2006 de 23 enero.
- Se configura como un mecanismo de protección del socio minoritario frente a la imposición de acuerdos abusivos por los mayoritarios. Incorporación del art. 204.1 LSC sobre acuerdos que no producen daño patrimonial pero se imponen por la mayoría.

- **No requiere aprobación y/o aceptación por la sociedad**, ni por el resto de socios que, una vez ejercitado, no pueden dejarlo sin efecto.
- Se entiende que, una vez ejercitado, es **irrevocable**, si bien considero que cabría siempre el **desistimiento** en vía negociada. Es una cuestión que plantea problemas prácticos de seguridad jurídica.
- Sí se requiere su notificación a la sociedad por ser una **declaración de voluntad recepticia**.

- **No** se establecen **límites económico-financieros**: posible riesgo de infracapitalización, desprotección de acreedores y trabajadores etc. Remisión a la ponencia del Profesor Labatut.

2.2. Ámbito de aplicación.

Exclusión de las sociedades cotizadas.

- Se aplica a las **SA y SL inscritas**, (el precepto habla del “quinto ejercicio desde la inscripción”), luego se excluyen las **sociedades irregulares** (arts. 39 y 40 LSC) y también las **sociedades cotizadas** porque el socio tiene capacidad de vender su participación en el mercado. Nada se dice sobre sociedades en concurso o insolvencia.

2.3. Presupuestos: existencia de beneficios del ejercicio anterior y no distribución.

- La intención de obtener “**lucro**” forma parte de la esencia del contrato de sociedad (arts. 116 CCom y 1.665 CC y SAP Zaragoza nº 380 17/5/2018).
- El dividendo es un **derecho abstracto** (art. 93 LSC) que se concreta con el acuerdo de la junta como órgano competente (art. 273 LSC).

- El primer y fundamental presupuesto que determinada la legitimación del socio es la **existencia de beneficios** y que la **junta** como órgano competente (arts. 160 a), 164 y 272 LSC), acuerde un **reparto por importe inferior a un tercio**.
- ¿Cómo se interpreta “**ejercicio anterior**”?
Distintas tesis.
 - Sólo puede solicitarse respecto de beneficios del ejercicio inmediatamente anterior al de celebración de la junta.

- No deben ser necesariamente los beneficios del ejercicio anterior al de celebración de la junta si no se convocó en el plazo legal. El art. 164.2 LSC permite la celebración fuera de plazo. Otra cosa, daría lugar a posibles manipulaciones por los socios mayoritarios/administradores no convocando la junta en plazo si hay beneficios para eludir este precepto.
- Supuesto especial aprobación de cuentas de varios ejercicios en la misma junta. SAP Zaragoza nº 380 17/5/2018: revoca la SJM nº 1 de Zaragoza 24/1/2018 considerando que sólo puede aplicarse a los beneficios del ejercicio anterior, no otros en los que ni siquiera estaba vigente el derecho. Reprocha al socio no haber instado la convocatoria de junta ex 169 LSC.

- **El dividendo a cuenta** (art. 277 LSC), no genera derecho de separación por ser provisional.
- Deben ser “**beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente repartibles**”. Remisión a la intervención del Profesor Gregorio Labatut. Ello supone:
 - Deben ser beneficios **del ejercicio**, no pudiendo ejercitarse respecto beneficios de ejercicios previos ya aplicados a reservas.
 - Necesariamente debe referirse a **ejercicios cerrados** (SJM 9 Barcelona nº 77 de 1/3/2018).

- Obtenidos en la **actividad empresarial ordinaria**, no beneficios atípicos o extraordinarios. Cuestión muy problemática. Los Tribunales utilizan argumentos contables. Entre otras, RDGRN de 07/02/18, SAP Barcelona nº 81 de 26/3/2015 y SJM 9 nº704 25/9/2013 (que hace un análisis contable muy detallado).
- Beneficios susceptibles de ser “**legalmente repartidos**”. Art. 273.2 LSC:
 - Debe ser beneficio **excedente atendidas las reservas legales y estatutarias**, (fondo de liquidez, para inversiones u otras).

- El valor del patrimonio neto no debe ser o quedar después del reparto, por debajo del capital social.
- Los beneficios imputados directamente a patrimonio neto no pueden ser objeto de distribución directa o indirecta.
- Si existen pérdidas que sitúan el patrimonio neto por debajo del capital social el beneficio debe destinarse a la compensación de pérdidas.

- Se **prohíbe la distribución** de beneficios a menos que las reservas disponibles sean, como mínimo, iguales al importe de los gastos de investigación y desarrollo que consten en el balance.
- **Dividendos indebidos** (art. 278 LSC): Obligación de restitución con el interés legal de los dividendos repartidos en caso de contravención de la Ley, (también en los Estatutos), si bien la Sociedad debe probar que los perceptores conocían la irregularidad del reparto o que en atención de las circunstancias no podían ignorarla. (Dificultades prácticas).

- No es un derecho a un **dividendo mínimo** en sentido jurídico estricto que, vía estatutaria, **impone a la sociedad la obligación de repartir** determinado porcentaje de los beneficios, cuyo incumplimiento hace devenir nulo el acuerdo por contrario a los Estatutos.

La junta es soberana para decidir si reparte y cuánto, pero si reparte menos de un tercio, se genera el derecho de separación del socio (concurriendo los requisitos legales).

2.4. Límites cuantitativos y temporales.

- **Presupuesto temporal:** Sólo puede ejercitarse a partir del **quinto ejercicio** a contar desde la inscripción en el Registro mercantil de la sociedad.
 - No son años completos, sino **ejercicios**. Se cuenta el primer ejercicio parcial correspondiente a la constitución.
 - La inscripción es el hito para el cómputo del plazo, no la fecha de escritura o publicación.

- El Legislador supone que son necesarios los cinco primeros años para la consolidación del proyecto empresarial, pero no tiene en cuenta ningún otro parámetro económico o financiero (infracapitalización, posible crisis de la empresa o económica del sector o generalizada, necesidad de inversiones, pérdidas por alguna causa atípica u otros motivos económicos). Remisión a la intervención del Profesor Labatut.
- **Plazo de ejercicio:** Un mes a contar desde la fecha de celebración de la junta. Es un plazo **preclusivo**. El ejercicio extemporáneo no produce efectos y hace decaer el derecho.

- **Límite cuantitativo:** El acuerdo de la junta no reconoce el reparto de, al menos, un tercio del beneficio.

2.5.- El concepto jurídico de “explotación del objeto social”.

Remisión a ponencia del Profesor Gregorio Labatut.

- **Precisiones jurídicas:**

- El **objeto social** es mención obligatoria en los Estatutos y debe redactarse con claridad y precisión (arts. 21 y ss. LSC y 117 RRM).

En la práctica, se suelen incluir actividades complementarias o relacionadas (administración, gestión, negocios jurídicos sobre bienes muebles e inmuebles, actividades de promoción, enseñanza, intermediación etc.), así como la fórmula de desarrollo indirecto del objeto social a través de sociedades participadas.

¿Se incluyen los resultados de todas las actividades del objeto social o sólo las que constituyen la actividad empresarial habitual? Cuestión problemática que se ha discutido en tribunales sin que haya criterio unánime.

- El concepto jurídico de beneficio ordinario y extraordinario debería venir claramente definido por el **Plan General de Contabilidad** como norma marco.

- La RDGRN de 26/3/2018 analiza la cuestión concluyendo que debe ser un beneficio dimanante de una **actividad normal y recurrente** de la sociedad, no por un acto atípico. Considera que no lo es en una sociedad de compraventa de inmuebles la dación en pago en el curso de una transacción para saldar deudas. (También SJM 9 nº704 25/9/2013).
- Analogías con el art. 128 LSC sobre el **usufructo**.
- Se elimina esta distinción en el proyecto de reforma.

3.- Procedimiento para el válido ejercicio del derecho de separación.

- Procedimiento reglado, sea en los Estatutos y, en su defecto, en la LSC y formal.

3.1. Asistencia a la junta y voto.

Supuestos excluidos.

- Es necesaria una **conducta activa del socio** por ser un derecho de ejercicio voluntario.
 - ¿Se exige solicitar **complemento del orden del día** de la convocatoria en SA (art. 172 LSC)? Las resoluciones judiciales y DGRN entienden que no ya que se estaría estableciendo diferentes requisitos para las SA y las SL en las que no existe esta opción.

Puede ser recomendable para que no haya duda de la voluntad del socio.

- Es ineludible **asistir a la junta**, presente o debidamente representado como establezcan los Estatutos (arts. 183 y ss. LSC) o, en su defecto, la Ley.

El art. 179 LSC regula el derecho de asistencia sin limitación alguna en el caso de SL y con posibles limitaciones estatutarias en las SA, (titularidad de un número mínimo de acciones no superior al uno por mil del capital social y legitimación anticipada).

Opción de **asistencia telemática** en las SA si lo prevén los Estatutos (art. 182 LSC).

- **No** se reconoce este derecho a los **socios ausentes**, cualquiera que sea la causa. Tampoco a los **socios morosos** por dividendos pasivos con el derecho de voto suspendido (art. 83.1 LSC), a los que se **abstienen o vota en blanco**, ni a los **titulares de acciones o participaciones sin voto**, (regulación especial de los arts. 99.3 y 100.2 LSC).

Sí se debe reconocer derecho de separación a los **socios ilegítimamente privados del derecho de voto**.

- Exige ejercitar el derecho de **voto, pero ¿cómo?**. Técnicamente, **votar a favor de repartir al menos un tercio de los beneficios**. Ello supone:

- Debe hacerse la **propuesta de votación** de reparto de un tercio del beneficio ordinario en la junta.

Conveniencia de dejar constancia de ello al tener conocimiento de la convocatoria y conocer la propuesta de reparto que hacen los administradores.

- ¿Es necesario el **voto en contra de las demás propuestas** de otros repartos inferiores?. ¿Cabe en este caso la **abstención**? No lo exige la literalidad del precepto, (ni SAP La Coruña 34/2018 de 1 de febrero), pero a mi juicio es necesario por coherencia en la posición en cuanto al reparto y porque se entiende por los Tribunales como prueba del ejercicio del derecho.

La SJM nº 1 de Zaragoza nº 18 de 24/1/2018 entiende que **votar en contra del destino a reservas voluntarias equivale a instar el reparto**. Inseguridad jurídica.

- **Dejar constancia expresa en el acta de la junta.** Conveniencia del acta notarial. Supuestos prácticos: prueba mediante grabación de la junta de manifestaciones no reflejadas en acta. SAP La Coruña nº 34 de 1/2/2018.

3.2. Ejercicio del derecho en plazo. Formalidades.

- Carácter **preclusivo** del plazo. No puede ejercitarse tardíamente.

Cómputo del plazo de fecha a fecha, no por días (arts. 5 CC y 60 CCom).

- Se debe **notificar a la sociedad al domicilio social**. Aconsejable que sea por un medio que acredite la recepción del contenido del documento notificado y deje constancia de la fecha (entrega personal con firma de recibí, conducto notarial o buro fax, aunque se remita copia por mail). Puede dejarse constancia en la propia acta de la junta, en especial, si es notarial.

El art. 235 LSC establece que las notificaciones deben dirigirse **al Presidente** en caso de Consejo de Administración. Como cautela, conviene notificar a ambos si son domicilios distintos.

En principio, no cabe notificar a la **sede efectiva** de los negocios, salvo que se mande a las dos direcciones, porque el socio no es un tercero (art. 10 LSC).

- Se requiere **recepción por la Sociedad** porque es una declaración de voluntad recepticia, aunque no requiere consentimiento o aceptación del receptor, sólo mero conocimiento.

3.3. El art. 349 LSC.

- Como requisito para la **inscripción** de cualquier acuerdo que dé lugar al derecho de separación establece que, en la propia escritura o en acta posterior de manifestaciones, los administradores deben declarar que ningún socio lo ha ejercitado el derecho de separación o que se ha producido la compra en autocartera o la reducción de capital.

- No se aplica en el caso del art. 348 bis LSC porque **la aprobación de cuentas no es un acto inscribible, aunque sí sujeto a depósito.**

En una próxima reforma podría incluirse que se tiene que hacer constar en la certificación que se acompaña al depósito de cuentas.

4.- Formalización de la separación:

Se aplican las normas comunes previstas en los arts. 353 y ss. LSC.

4.1. Alternativas: compra en autocartera o reducción de capital.

- La LSC canaliza la instrumentación del acuerdo de separación mediante la compra en **autocartera** (arts. 140 y ss. LSC) o vía **reducción de capital** con restitución de aportaciones (arts. 329 y ss LSC). En ambos casos, cumpliendo todos los requisitos legales establecidos en la LSC para ambos actos societarios.

- **¿En qué momento se deja de ser socio?** La Ley no lo aclara. Afecta a la posibilidad de desistimiento y la posibilidad de un segundo acuerdo que deje sin efecto el adoptado. Tesis contradictorias.

- La separación se desencadena mediante la **declaración unilateral de ejercicio del derecho por el socio**, una vez recibida la notificación por la sociedad, luego desde entonces debe considerarse que se pierde la condición de socio, se haya o no satisfecho el precio/reembolso o, incluso, si se impugna la valoración. Problemas prácticos si se impaga.

- Es necesario el **pago o consignación** del reembolso o precio para que se produzca la desvinculación SJM Barcelona nº 9, nº 77 de 1/3/2018. Más razonable.
- Se produce con la formalización de la escritura pública sea de venta o reducción. Certeza de fecha.
- Ejercitado el derecho de separación, cabe el supuesto, bastante común en la práctica, de que se llegue a un **acuerdo de compra**, simplemente desistiendo del procedimiento de separación reglado.

4.2. ¿Otras opciones estatutarias y/o en pacto parasocietario?

- **El dividendo mínimo estatutario.** Ventajas prácticas en determinadas estructuras societarias. Múltiples opciones de regulación incluyendo matices económicos, financieros etc.
- **Derecho de separación:** Es posible la regulación en **Estatutos y en pactos parasociales** al amparo del principio de **autonomía de la voluntad y libertad de pacto** (art. 1255 CC y en el ámbito societario en los art. 28 y 29 LSC).

- Argumento: **no son normas imperativas y el derecho de separación no es tampoco un principio configurador ni de la SA ni de la SL.**
- El art. 353 LSC remite al procedimiento de valoración sólo “a falta de acuerdo entre la sociedad y el socio (...)”.
- Se puede modificar el régimen legal adecuándolo a la concreta sociedad en cuanto a sistema de valoración, designación de peritos, ampliación del plazo, procedimiento etc. siempre que no empeore la regulación. Pueden incluirse alternativas como por ejemplo, la compra por lo socios o la presentación de un tercero que compre en las mismas condiciones, pagos aplazados, garantías etc.

4.3 Regulación legal del procedimiento.

- Otorgamiento de **facultades a los administradores para la formalización sin intervención de la junta.**
- **Reducción de capital:** (art. 358 LSC): Pagado o consignado el reembolso, **los administradores, sin necesidad de acuerdo de la junta, otorgarán escritura de reducción del capital** (y acuerdos complementarios, como la modificación de Estatutos), haciendo constar las participaciones o acciones amortizadas, la identidad del socio, causa de la amortización, la fecha de reembolso o de la consignación y la cifra de reducción de capital

Si como consecuencia de ello, la sociedad queda incurso en causa de disolución por reducción del capital por debajo del mínimo legal, remite a la normativa sobre disolución y liquidación (art. 360 y ss. LSC).

- **Compra en autocartera:** (art. 359 LSC): Pagado o consignado el precio, los administradores, sin necesidad de acuerdo de la junta, otorgarán escritura de adquisición de las acciones o participaciones sin necesidad de concurrencia del socio transmitente, haciendo constar las participaciones o acciones transmitidas, la identidad del socio, causa de la separación, la fecha de pago o de la consignación.
- Atípico en un negocio jurídico esencialmente bilateral como es la compraventa, pero evita la dependencia del socio en cuanto a la formalización.

- **Reembolso y pago del precio:** Art. 356 LSC. Derecho a percibir el valor razonable dentro del plazo de los **dos meses** siguientes a que se emita el informe de valoración.

Pasado el plazo de dos meses: se produce el pago liberatorio mediante **consignación** en entidad de crédito del domicilio social a disposición del socio que ejercitó el derecho.

Excepción: Si los acreedores gozan de derecho de oposición sólo puede retirarse transcurridos tres meses desde la publicación en BORME y en un diario de circulación en la localidad del domicilio social o de la notificación personal a los acreedores.

- En caso de **oposición de los acreedores** se aplican los arts. 331 y ss. LSC.
 - **En SL** (art. 357 LSC) se aplica el régimen de responsabilidad solidaria con la sociedad de las deudas sociales contraídas antes de que la reducción fuera oponible a terceros, hasta el límite de la restitución percibida (art. 331 LSC), salvo constitución de la reserva prevista en el art. 332 LSC con cargo a beneficios o reservas libres por un importe igual al percibido y durante cinco años.
 - **En SA:** derecho de oposición del art. 334 LSC hasta que se garanticen los créditos.

5.- Oposición de la Sociedad.

- Dos vías: registral y judicial.
- En vía **registral** ante la solicitud de intervención del Registro para la designación de experto independiente por el socio para la valoración de su participación.

La **causa** de oposición sólo puede ser la **inexistencia del derecho** por no concurrir los presupuestos jurídicos establecidos en el art. 348 bis LSC que, prima facie, sin valor de cosa juzgada, puede valorar el Registrador en el ámbito de la competencia legal atribuida.

- En sede **judicial**: procedimiento plenario con plenas facultades probatorias.
- **¿Es necesario instar el procedimiento registral como paso previo al judicial? NO.**
- SJM nº 9 Barcelona 77/2018 de 1 de marzo: el socio puede desistir del procedimiento administrativo de nombramiento de experto ante el no reconocimiento por la sociedad del derecho de separación e instar el procedimiento judicial.
- El objetivo es distinto. El procedimiento registral sólo pretende la valoración, sin profundizar en más cuestiones.

- * **Efectos de la convocatoria de nueva junta** para dejar sin efecto el acuerdo de no distribución de dividendos adoptado en junta anterior y acordar repartir al menos un tercio (art. 204.2 LSC) sobre el derecho de separación ya ejercitado.

La SJM nº 1 Bilbao nº 97, 147/3/2018 aplica el 204 LSC y no reconoce el derecho de separación. Abuso de derecho art. 7 CC y valoración del posible concurso liquidativo de reconocerse.

El art. 204.2 LSC prevé la posible exigencia de reparación de los daños y perjuicios.

- Solicitud de **convocatoria de nueva junta por el socio para que se reconozca el derecho** cuando ya no estaba vigente. Carece de efecto, según SJM nº San Sebastián nº 187, 30/3/2015.

6.- Intervención del Registro.

- Regulación: Título III RRM “Otras funciones del Registro”. Arts. 350 y ss.
- Es una **intervención subsidiaria**: art. 353 LSC: “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 (...)**”.
- También, salvo que haya regulación estatutaria o en pacto parasocietario.

- Objetivo: valoración por **experto designado por el Registro**, salvo si son acciones cotizadas en cuyo caso valor de reembolso será el del precio medio de cotización del último trimestre.
- En caso de procedimiento judicial sobre reconocimiento del derecho, si no hay acuerdo entre las partes sobre la valoración en fase de ejecución voluntaria, debe **designarse perito por el juzgado, no por el Registro**. (SAP Barcelona, sección 15ª, 27 de julio y SJM9 77/2018, 1 de marzo. **En contra** la SJM nº 1 de Zaragoza 18/2018 de 24 de enero establece que sea designado por le Registro).

6.1. Competencia y facultades.

- Registro Mercantil del **domicilio social**. No puede utilizarse en este caso la sede efectiva porque el socio no es un tercero (art. 10 LSC).
- El art. 353 LSC hace la **atribución competencial** al Registrador para decidir por si procede o no el nombramiento de experto, distinta a la actuación calificadora, coherente con la atribución legal de competencias que a los registradores ha realizado la Ley 15/2015, de 2 julio (LJV) que decide confiar a otros operadores jurídicos cualificados (LAJ, notarios y registradores), la tutela de determinados derechos no fundamentales.

- Doctrina de la reciente RDGRN de 4 de mayo de 2018. **Atribución competencial.**
- No es función jurisdiccional y la resolución **no produce efecto de cosa juzgada** (art. 114 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Al Registrador no le corresponde valorar la buena o mala fe en el ejercicio, sólo la concurrencia de los requisitos legales.

- El Registrador debe **suspender su intervención** si hay contienda judicial cuya resolución pueda afectar (arts. 6.3 LJV y 43 LEC), siempre que se acredite oportunamente la existencia del pleito.
- Su decisión puede ser objeto de revisión de la decisión vía **recurso ante la DGRN o ante los Tribunales civiles.**

6.2. Cuestiones jurídicas del informe de experto.

- **Acceso a toda la documentación** y hacer las verificaciones que considere (art. 354 LSC). Problemas prácticos.
- **Plazo emisión del informe dos meses** desde el nombramiento. ¿Aceptación?.
- **Notificación** del Informe por conducto notarial a la sociedad y a los socios afectados y depósito de una copia en el Registro Mercantil.
- **Retribución** (art. 355 LSC) corresponde a la sociedad. No se aplica la deducción de estos gastos del importe que le corresponde al socio como en los casos de exclusión.

7.- Virtualidad de los pactos parasocietarios.

- **Naturaleza contractual y son vinculantes para los firmantes** (1.091 CC y 1.254 y ss.CC).
- Utilidad práctica en determinadas estructuras societarias como medio de evitar conflictos futuros.
- Debe hacerse un “traje a medida” de la concreta sociedad.
- Antes de la incorporación del derecho de separación, utilizábamos la fórmula de la opción irrevocable de venta como alternativa eficaz. Sigue siéndolo en determinadas casos por su automatismo.

- **Límites:** ley imperativa y principios configuradores del tipo social.
- Reconocimiento expreso en el art. **28 LSC**. Evolución respecto de la normativa anterior.
- **Efectos jurídicos en el ámbito externo societario.** Doctrina jurisprudencial reciente: posible invocación en procesos de impugnación si los firmantes y los socios coinciden.
- Posible **inscripción** de los protocolos y pactos parasociales: arts. 114 y 175 RRM.

8.- Derecho de separación y concurso.

- Ejercitado el derecho de separación surge el **crédito por el reembolso o precio** (art. 356 LSC).
- **¿Cuál es la naturaleza de este derecho de crédito?** Es una suerte de liquidación anticipada (arts. 93 a) y 371 y ss. LSC).
 - En el **ámbito societario** la cuota de liquidación es esencialmente subordinada, sólo puede percibirse satisfechas o consignadas todas las deudas, pero este es un supuesto de liquidación anticipada.

- En el **ámbito concursal** se considera subordinado aunque no esté expresamente previsto en la normativa concursal (arts. 92 y 93 LC). Sólo es abonable una vez satisfechos los demás acreedores con sumisión a las normas concursales y, en su caso, a lo pactado en el convenio.

Posible ejercicio de **acciones de reintegración por la administración concursal** (arts. 71 y ss. LC).

- **SAP La Coruña de 15/1/2018** (Ref. 28220).
Supuesto: emitido informe de valoración por el experto designado por el Registro Mercantil se dicta el auto declarando el concurso voluntario. No se consigna el importe correspondiente al importe fijado por el experto ya que la sociedad disconforme ejercita acciones judiciales.

El crédito es calificado por la AC como contingente ex art. 87.3 LC (al estar discutiéndose judicialmente la valoración) y subordinado por su similitud con la cuota de liquidación. Se impugna y la Audiencia le reconoce el carácter de **ordinario**.

9.- Aspectos jurídicos de la propuesta de Reforma.

- El 4/4/2017 se presenta Proposición no de Ley por ERC para suspender la aplicación y redacción de nuevo precepto.
- El 17/12/2017 se presenta Proposición de Ley del Grupo Popular para modificar su redacción. Incertidumbre en cuanto a su tramitación en la actual situación política.
- Mejora, pero no resuelve todos los problemas.

- **Principales modificaciones:** Remisión intervención Profesor Labatut.

- Se debe hacer constar en el acta “**protesta**” por insuficiencia del beneficio repartido o su ausencia de reparto. No se hace ya referencia al voto.

- Carácter claramente **dispositivo**, modificable en Estatutos, si bien se exige unanimidad o derecho de separación.

- Se incluyen **todos los beneficios**, ordinarios y extraordinarios.

- Se requiere la obtención de **tres años consecutivos de beneficios**, reiniciándose el cómputo del plazo si hay pérdidas.

- **Media ponderada**: los beneficios repartidos en los últimos cinco años deben ser inferiores al 25%.

- Dividendo mínimo del **25%**, no del 33,3%.

- Se amplían los **supuestos de no aplicación** a sociedades cuyas acciones se admitan a negociación en un sistema multilateral, sociedades en concurso, precurso y aquéllas que hayan alcanzado un acuerdo de refinanciación sometido a la normativa concursal

Gracias por vuestra atención.

Carmen Gay Cano ■

GAY CANO & PALACÍN RAMOS Abogados, S.C.P.

© Reservados todos los derechos, salvo autorización expresa. ■