

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

16842 *Resolución de 24 de octubre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil XIII de Madrid a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una entidad.*

En el recurso interpuesto por don J. C. A. M., en nombre y representación de la sociedad «El Enebro, S.A.», contra la negativa del registrador Mercantil XIII de Madrid, don Juan Sarmiento Ramos, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de dicha entidad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 27 de junio de 2019 por el notario de Madrid, don Martín González-Moral García, con el número 1.142 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos adoptados en junta universal de la sociedad «El Enebro, S.A.», el día 23 de mayo de 2019, por los que se modificaban los estatutos sociales, de modo que se introducía un nuevo artículo con el siguiente contenido:

«Artículo 16 bis. Reparto de dividendos.

No constituirá causa de separación de los accionistas la falta de distribución de los dividendos fijados en el artículo 348 bis (apartados 1 y 4) de la Ley de Sociedades de Capital.»

Asimismo, y dado que el acuerdo fue aprobado por mayoría (votos que representan el 84,035% del capital social suscrito con derecho a voto), la socia que votó en contra de tal acuerdo se le reconoció el derecho a separarse de la sociedad, conforme al apartado 2 del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que podría ejercitar en el plazo de un mes a contar desde la recepción de la comunicación sobre tal derecho. El reconocimiento de este derecho de separación de la accionista que no votó a favor de la modificación estatutaria se sometió también a votación, con idéntico resultado. En la referida escritura se hacía constar que el mismo día de la celebración de la junta general que adoptó tal acuerdo de modificación estatutaria se notificó a la accionista que no votó a favor del mismo el derecho de separación que le asistía, que no ha ejercitado.

Interesa en este expediente dejar constancia de que, a instancia de la accionista que luego votó en contra de la modificación estatutaria propuesta se incluyó, como complemento del orden del día la siguiente propuesta: «Para el caso de que no se obtenga unanimidad en el punto Primero del orden del día: Modificación de los estatutos sociales, mediante la introducción de un artículo 16.ter. al objeto de incorporar la falta de reparto de dividendos en los términos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital como causa para el derecho de separación de los accionistas discrepantes con el acuerdo de modificación estatutaria previsto en el punto Primero del orden del día recogido en la convocatoria de la Junta.»

II

Presentada el día 28 de junio de 2019 la referida escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Juan Sarmiento Ramos, Registrador Mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, he resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos:

Diario/Asiento: 2954/931.
F. presentación: 28/062019.
Entrada: 1/2019/97847,0.
Sociedad: El Enebro Sociedad Anónima.
Hoja: M-339112.
Autorizante: González-Moral García Martín.
Protocolo: 218/1142 de 27/06/2019.

Fundamentos de Derecho (defectos):

– Lo primero que ha de señalarse es que el nuevo art 348 bis, num. 2 LSC, a diferencia de lo que ocurre en otros preceptos, no establece de forma automática el derecho de separación a favor de los socios que no voten la modificación estatutaria propuesta (supresión estatutaria del derecho de separación por no distribución de beneficios), sino que permite prescindir de la unanimidad para tal modificación si se reconoce a los socios discrepantes un nuevo derecho de separación (que no debe confundirse con el previsto en el 348 bis.1 LSC).

Por otra parte, es evidente que el voto favorable a la supresión del derecho de separación por no distribución de dividendos, no implica necesariamente conceder también al socio discrepante de tal supresión un derecho de separación por esta razón; se puede perfectamente querer la supresión del derecho de separación por no distribución de dividendos, pero sin admitir la separación de los socios discrepantes en esta votación.

De lo anterior resulta que para que se pueda suprimir el derecho de separación por no distribución de beneficios, cuando no hay acuerdo unánime de todos los socios, son necesarias dos decisiones de la junta (cfr. arts. 159 y 160 LSC): una primera, por la que se decidirá si se reconocerá o no a los socio discrepantes en la siguiente votación, un derecho de separación específico, y la segunda, relativa a la supresión del derecho de separación por no distribución de beneficios (obviamente, estas decisiones pueden adoptarse en una sola votación, pero siempre que quede claro que lo que se va a votar es la supresión del derecho de separación por no distribución de beneficios, y en la consideración de que si una minoría se opone, ésta tendrá derecho de separación - derecho que no debe confundirse con el que atribuye el 348 bis LSC).

Ahora bien, como los acuerdos a adoptar por la junta vienen determinados por el orden del día de la convocatoria (arts 166 y 174 LSC), y dado que según la convocatoria originaria, el acuerdo a adoptar es, exclusivamente "la inclusión de un nuevo art 16 bis, al objeto de suprimir como causa de separación la falta de distribución de dividendos prevista en el art 348 LSC; dicha modificación, o era acordada unánimemente, o no podrá ser inscrita. Lo que no cabe es, como ahora se hace, ignorar ese orden del día, y someter a votación una nueva propuesta, para reconocer a los discrepantes el derecho de separación específico por dicha discrepancia, y así conseguir la inscripción del acuerdo mayoritario alcanzado. Esta nueva votación, al no estar incluida en el orden del día no puede ser adoptada válidamente; sin que pueda entenderse que por el hecho de haber participado en ella todos los socios, tienen por subsanado ese defecto sustancial de la convocatoria, y se pierde la legitimación para la impugnación del acuerdo en

cuestión por los discrepantes (cfr. arts. 204.1, 204.3.a) y 206.5 LSC), máxime cuando el complemento de convocatoria existente –de la que por cierto, no se hace caso alguno– evidencia que la minoría discrepante lo que pretende no es el reconocimiento del derecho de separación por votar ahora en contra de la supresión estatutaria pretendida, sino el reconocimiento del derecho de separación frente a los futuros acuerdos de no reparto de dividendos, pero limitado a los ahora discrepantes. En definitiva, se advierte una franca –y a juzgar por el historial registral, persistente– diferencia de criterios entre la mayoría y la minoría, una intención de aquella de dificultar la permanencia de ésta en la sociedad; todo lo cual obliga a ser especialmente riguroso en la comprobación de la validez del acuerdo que se pretende inscribir, remitiendo a la vía judicial la solución de cuestiones de fondo que, por la naturaleza unilateral del procedimiento registral, el registrador mercantil no puede dirimir con seguridad.

Esta necesidad de haber incluido en el orden del día de la junta celebrada el reconocimiento de ese derecho de separación a favor de los discrepantes de la supresión estatutaria pretendida, se ve más clara si se considera que aquel derecho de separación es distinto e independiente del contemplado en el art 348 bis. 1 LSC, y, por tanto, que debía incluirse en la propuesta para su adopción el completo régimen jurídico que le correspondiera. Repárese, por ejemplo, en el plazo de ejercicio de este derecho de separación específico: ¿no habría de haberse previsto en la convocatoria cuál habría de ser su plazo de ejercicio? Porque lo que es evidente es que dicho derecho de separación no tiene porqué sujetarse al plazo de un mes que contempla el art 348 bis LSC; este último plazo es el del derecho de separación para el caso de no distribución de dividendos pasivos, de ahí que el precepto diga que se computa desde la junta general ordinaria (este núm. 3 proviene de la redacción precedente del artículo); mas para un derecho de separación distinto, cual es el que permite prescindir de la unanimidad, el régimen concreto debe determinarse por la junta misma, dentro del marco legal y estatutario (cfr. arts. 159 y 160 LSC).

En relación con la presente calificación: (...)

Madrid, a ocho de julio de dos mil diecinueve. El registrador, Juan Sarmiento Ramos.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. C. A. M., en nombre y representación de la sociedad «El Enebro, S.A.», interpuso recurso el día 30 de julio de 2019 mediante escrito en el que expresaba lo siguiente:

«Hechos:

Primero.–Con fecha 22 de Abril de 2019 se publicó en el BORME 76 y en el diario Expansión la convocatoria de Junta General Extraordinaria de Accionistas de la Sociedad El Enebro S.A. a celebrar en las oficinas del domicilio social, calle (...) Madrid, el día 23 de mayo de 2019 a las 10:00 horas en primera convocatoria o el día siguiente, 24 de mayo de 2019, en el mismo lugar y a la misma hora en segunda convocatoria, si procede, bajo el siguiente Orden del día:

“Primero.–Modificación de los Estatutos sociales, en su caso, mediante la inclusión de un nuevo artículo 16 bis al objeto de suprimir como causa de separación la falta de distribución de dividendos prevista en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Segundo.–Delegación de Facultades.

Tercero.–Aprobación del Acta.”

Segundo.—Con fecha 23 de Abril de 2019 El Enebro S.A. remitió a la accionista Doña M. J. A. M. el Informe justificativo de la propuesta de modificación estatutaria que se iba a someter a aprobación de la Junta General el 23 de Mayo de 2019.

Tercero.—Con fecha 25 de Abril de 2019 El Enebro S.A. recibió por correo electrónico una solicitud de la accionista Doña M. J. A. M. de complemento de convocatoria a la Junta General de 23 de mayo, para incluir como punto segundo del Orden del día la siguiente propuesta:

“Para el caso de que no se obtenga unanimidad en el punto Primero del orden del día: Modificación de los estatutos sociales, mediante la introducción de un artículo 16.ter. al objeto de incorporar la falta de reparto de dividendos en los términos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital como causa para el derecho de separación de los accionistas discrepantes con el acuerdo de modificación estatutaria previsto en el punto Primero del orden del día recogido en la convocatoria de la Junta.”

Junto con la solicitud de complemento se acompañó un informe justificativo de la propuesta de modificación estatutaria suscrito por la accionista Doña M. J. A. M.

Y con fecha 30 de Abril de 2019 fue publicado en el BORME n.º 82 y en el diario Expansión el complemento a la convocatoria de la Junta General de El Enebro S.A., según lo solicitado por la accionista Doña M. J. A. M.

Cuarto.—Con fecha 14 de mayo de 2019 El Enebro S.A. recibió un burofax de la accionista Doña M. J. A. M. en virtud del cual solicitó, al amparo del artículo 197 de la Ley de Sociedades de Capital, información sobre el contenido del informe justificativo de la propuesta de modificación estatutaria. El Enebro S.A., el mismo día de la celebración de la Junta General Extraordinaria, 23 de mayo de 2019, hizo entrega al representante de la accionista Doña M. J. A. M. de la contestación a la información solicitada por ella.

Quinto.—Que la Junta General Extraordinaria de El Enebro S.A. se celebró en primera convocatoria el 23 de Mayo de 2019 con la presencia del Notario D. Martín González-Moral García, a la que asistieron, presentes o debidamente representados, todos los accionistas de la Sociedad, por lo que representaban el 100% del capital social con derecho a voto.

Fue sometida a la aprobación de los accionistas la propuesta de modificación estatutaria para incluir un nuevo artículo 16 bis al objeto de suprimir el derecho de separación de los accionistas en los supuestos en los que la Junta General no apruebe el reparto de dividendos en los términos que prevé el artículo 348 bis de la LSC (apartados 1 y 4). Y tal y como preceptúa el apartado 2 del artículo 348 bis de la LSC, como no se obtuvo el consentimiento unánime de todos los socios para la modificación estatutaria, se sometió a votación el reconocimiento del derecho de separación del accionista que no votó a favor del acuerdo.

El representante de la accionista que no votó a favor, en ejercicio de su derecho de información, preguntó al Sr. Presidente de la Junta cuáles serían las condiciones exactas en las que se reconocería el derecho de separación a los accionistas que votaran en contra de la propuesta de acuerdo, y el Presidente le especificó que las condiciones del derecho de separación serían las que prevé la Ley de sociedades de Capital en su artículo 348 y siguientes (según dicho artículo podrá ejercitarse en el plazo de un mes desde la recepción de la comunicación del reconocimiento del derecho de separación).

El reconocimiento del derecho de separación a favor de los accionistas que no votaron en contra fue aprobado por una mayoría del 84,035% del capital social con derecho a voto y la modificación estatutaria quedó aprobada también con una mayoría del 84,035% del capital social con derecho a voto. Habiéndose reconocido el derecho de separación al socio discrepante de la modificación estatutaria, ya no era necesaria la unanimidad para la aprobación de la modificación estatutaria.

Una vez reconocido el derecho de separación a la accionista que no votó a favor del acuerdo de modificación estatutaria, el Administrador único entregó la notificación de dicho reconocimiento en ese acto cuyo contenido era el siguiente:

“Muy Sra. Nuestra,

Por medio de la presente le comunico que en la Junta General Extraordinaria de Accionistas de El Enebro S.A., celebrada en el día de hoy en primera convocatoria, 23 de Mayo de 2019, se ha adoptado, entre otros, el acuerdo de modificación de los Estatutos sociales de la Sociedad mediante la inclusión de un nuevo artículo 16 bis, en virtud del cual se ha suprimido como causa de separación de los accionistas la falta de distribución de los dividendos fijados en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, quedando, en consecuencia, redactado el citado artículo en los siguientes términos:

‘Artículo 169 bis. Reparto de dividendos.

No constituirá causa de separación de los accionistas la falta de distribución de los dividendos fijados en el artículo 348 bis (apartados 1 y 4) de la Ley de Sociedades de Capital.’

Asimismo, y dado que el acuerdo ha sido aprobado por mayoría y su voto no ha sido favorable a dicha modificación estatutaria, por acuerdo de la Junta General se le ha reconocido a Vd. el derecho a separarse de la Sociedad El Enebro S.A., tal y como preceptúa el apartado 2 del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que podrá ejercitar en el plazo de un mes a contar desde la recepción de la presente comunicación.”

Sexto.–Una vez transcurrido el mes que le fue otorgado a la accionista para el ejercicio del separación, y no habiendo ejercitado el mismo, el Administrador único procedió a elevar a público los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria celebrada el 23 de mayo de 2019 en primera convocatoria, el día 27 de junio de 2019 ante el Notario de Madrid, D. Martín González-Moral García.

Séptimo.–Con fecha 28 de junio de 2019 fue presentada para su inscripción en el Registro Mercantil de Madrid la escritura otorgada ante el Notario de Madrid, D. Martín González-Moral García el día 27 de junio de 2019, número 1.142 de su protocolo, causando el asiento de presentación 1/2954/931.

Con fecha 8 de julio de 2019 se recibió la notificación de la calificación negativa suscrita por el Registrador Mercantil de Madrid, D. Juan Sarmiento Ramos (...)

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes

Fundamentos de Derecho:

I (...)

V

En cuanto a los fundamentos de fondo:

Primero.–Motivos de la Calificación negativa.

El Registrador Mercantil considera no inscribible la modificación estatutaria por la que se suprime el derecho de separación en caso de no distribución de dividendos previsto en el art. 348 bis 1 y 4 de la Ley de Sociedades de Capital conforme a la redacción dada por la Ley 11/2018 de 28 de diciembre.

Los motivos son dos:

- a) no se recogió en el orden del día de la convocatoria como un punto separado el derecho de separación de los socios que votasen en contra de la propuesta de modificación estatutaria y
- b) no se recogía una regulación del derecho de separación en este caso (plazo, forma, etc.).

De la calificación se deduce, en atención a los motivos de oposición que el Registrador sí está de acuerdo en que:

b) Esta modificación estatutaria si no se aprueba por unanimidad sólo puede aprobarse por mayoría si se reconoce el derecho de separación a los socios disidentes y éste es un derecho de separación distinto del previsto en los apartados 1 y 4 del art 348 bis.

Como expondremos en este escrito los motivos de oposición del Registrador no tienen soporte legal e incurren en una interpretación irracional de la norma legal que, de mantenerse, abocaría a la imposible aplicación práctica del apartado 2 del art. 348 bis LSC.

Segundo.—Los antecedentes legislativos del art 348 bis LSC en la redacción dada por la Ley 11/2018.

El origen de la regulación legal que considera norma dispositiva el derecho de separación en caso de no reparto de dividendos y que permite su supresión y modificación mediante modificación estatutaria por la Junta General lo encontramos en el Proyecto de Ley presentado por el Grupo Parlamentario Popular admitida por la Mesa del Congreso de los Diputados con fecha 28 de noviembre de 2017 (BOCCGG 1/12/17 núm. 184-1, [...]).

En dicha proposición de Ley se recogía que:

2. Para la supresión o modificación de la causa de separación a que se refiere el apartado anterior, será necesario el consentimiento de todos los socios, salvo que se reconozca el derecho a separarse de la sociedad al socio que no hubiera votado a favor de tal acuerdo.

Por tanto, el mismo texto que recoge el actual art. 348 bis 2 LSC.

En su exposición de motivos sobre este extremo se recogía:

En particular, las modificaciones son las siguientes:

– Se condiciona la aplicación del artículo a la ausencia de disposiciones estatutarias en sentido contrario; así, será una norma dispositiva más que imperativa y se aplicaría el principio de autonomía de las partes que recoge el artículo 28 LSC. Simultáneamente, se exige unanimidad para la aprobación de dichas disposiciones estatutarias, reconociendo, en su defecto, el derecho de separación de los socios que hayan votado en contra (asimilándolo a otras causas de separación previstas en el artículo 346 LSC).

Por tanto, el proponente de la reforma la equiparaba al resto de causas previstas en el art. 346 LSC.

Durante la tramitación de la proposición de Ley, el Gobierno presentó el RD-Ley 18/2017 de 17 de noviembre de modificación del Código de Comercio y de la Ley de Sociedades de Capital, y, una vez convalidado, se acordó su tramitación como proyecto de Ley (...).

En la tramitación de este proyecto de Ley se presentó por el Grupo Parlamentario Popular la enmienda n.º 108 que reproduce en su integridad la proposición de Ley de modificación del art. 348.

A su vez el Grupo Parlamentario de Ciudadanos presentó una enmienda (n.º 19) de modificación del art. 348 bis LSC con el mismo texto (...).

De tal manera que la inicial proposición de Ley se incorporó como enmienda en el proyecto de Ley surgido del RD-Ley 18/2017 decayendo, en consecuencia, la proposición de Ley en aplicación de una costumbre parlamentaria asentada y basada en criterios de economía procedimental.

Por tanto, de la tramitación parlamentaria podemos concluir que la voluntad del legislador es equiparar (asimilar) la causa de separación por supresión del derecho de separación por no reparto de dividendos al resto de causas legales de separación previstas en el art. 346 LSC y, por tanto, a su régimen jurídico.

Tercero.—De la recta interpretación de la causa legal de separación prevista en el art. 348 bis 2 LSC.

El art. 348 bis 2 regula en varios tiempos la aprobación de la modificación estatutaria de supresión en caso de falta de unanimidad:

1. Se somete a votación la modificación y si ésta no es aprobada por unanimidad,
2. Para que sea válida su aprobación por mayoría debe de reconocerse el derecho de separación de los socios que no hayan votado a favor.

Nótese que el tiempo verbal empleado es el pretérito pluscuamperfecto de subjuntivo (“no hubiera votado”). Esto se refiere a una acción pasada (oración subordinada), en este caso haber votado en contra de la que trae causa la oración principal que es la aprobación de la modificación estatutaria con reconocimiento del derecho de separación del socio disidente.

Como recoge la exposición de motivos de la proposición de Ley originaria, la causa de separación es asimilable a las otras causas legales de separación previstas en el art. 346 LSC. En todas ellas el régimen jurídico es el mismo (346 y 348 bis 2): la modificación estatutaria exige unanimidad salvo que se reconozca el derecho de separación al socio disidente que habrá de ejercitarse conforme al art. 348 LSC.

En ninguno de los casos es posible aprobar sin unanimidad una modificación sustancial de objeto social, la reactivación de la sociedad, la prórroga de la sociedad, la creación o supresión de la obligación de realizar prestaciones accesorias, o la supresión del derecho de separación en caso de no reparto de dividendos, sin que se reconozca el derecho de separación de los socios disidentes.

La causa de separación del art 348 bis 2 LSC es una causa legal de separación; no es una causa de separación estatutaria de las reguladas en el art. 347 LSC.

Estas últimas deben ser aprobadas por unanimidad, en cuanto a su causa, plazo y forma de ejercicio (art. 347.2 LSC “Para la incorporación a los estatutos, la modificación o la supresión de estas causas de separación será necesario el consentimiento de todos los socios.”)

El art. 348 bis 2 LSC incorpora una causa legal de separación: la aprobación de una modificación estatutaria de supresión de la causa de separación prevista en el art 348 bis 1 y 4 LSC. Y no se exige en todo caso unanimidad de todos los socios como se exigen para las causas de separación estatutarias.

Por tanto, tampoco se exige la regulación de su forma y plazo ya que, al ser una causa legal de separación, se aplica la regulación legal el art 348 LSC y ésta no exige la unanimidad de los socios sobre cómo debe de ser esa forma y plazo.

Podemos concluir que el error del Registrador consiste en “asimilar” la causa de separación del art. 348 bis 2 LSC a una causa estatutaria de separación del art 347 LSC en vez de asimilarlo a lo que es, una causa legal de separación del art 346 LSC, conforme a lo querido por el legislador.

Cuarto.—Las consecuencias irracionales de la interpretación del registrador del art. 348 bis 2 LSC.

Como hemos visto, la aplicación práctica de una causa estatutaria de separación exige:

1. Una regulación estatutaria previa aprobada por unanimidad en cuanto a su causa, forma y plazo.
2. La concurrencia del supuesto de hecho y su ejercicio por el socio disidente.

En cambio, la aplicación práctica de una causa legal de separación sólo exige la concurrencia del supuesto de hecho legalmente previsto y su ejercicio por el socio disidente, ya que la regulación de la causa legal está ya prevista en la Ley.

Al asimilar la causa legal de separación del art.348 bis 2 LSC a una causa estatutaria de separación del art. 347 LSC el Registrador pretende:

1. Que se someta a votación la modificación estatutaria de supresión de la causa de separación prevista en el art. 348 bis 1 y 4 LSC.

2. Que ante la falta de unanimidad (“hubiera votado en contra”) se apruebe el derecho de separación del socio disidente, en el que la Junta General regule el derecho de separación del art 348 bis 2 LSC en cuanto a su forma y plazo fuera de los estatutos y de aplicación a un caso único.

3. Se vuelva a someter a aprobación la modificación estatutaria para que, ahora sí, se pueda aprobar por mayoría.

Si esto fuera así quedaría en manos de la mayoría la regulación de la forma y plazo del ejercicio del derecho de separación del art 348 bis 2 LSC con el grave perjuicio para el socio disidente que tendría que someterse a una regulación a la que no sería necesario su consentimiento, en contra de la exigible unanimidad de las causas estatutarias del art. 347 LSC, ya que (no se discute) la causa de separación está prevista en la Ley y no se exige su regulación estatutaria.

Si, a mayor abundamiento, lo que quiere decir el Registrador es que es necesaria una regulación por unanimidad en cuanto a la forma y plazo del ejercicio del derecho de separación, implicaría la inaplicación del art 348 bis 2 LSC ya que el socio disidente de la supresión del derecho de separación del art. 348 1 y 4 LSC no va a votar a favor de la regulación del derecho de separación del art. 348 bis 2 LSC.

Esta interpretación implica dejar vacío de contenido el art. 348 bis 2 LSC e iría en contra el art 3.1 del CC.:

“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.”

Nótese además lo irracional de incorporar tres puntos del orden del día en que se somete a votación lo mismo (la modificación estatutaria) dos veces:

1. Modificación estatutaria de supresión del art. 348 bis 1 y 4 LSC por unanimidad.
2. Ante la falta de unanimidad, aprobación del derecho de separación con su regulación en cuanto a la forma y plazo (sin unanimidad sólo por mayoría).
3. Modificación estatutaria de supresión del art. 348 bis 1 y 4 LSC por mayoría con reconocimiento del derecho de separación del socio disidente.

Quinto.–La correcta aplicación del art. 348 bis 2 LSC.

Al tratarse de una causa legal de separación asimilable a las previstas en el art. 346 LSC, sólo es necesario incluir el punto del orden del día consistente en la modificación estatutaria sin ser necesario introducir el derecho de separación del socio disidente, ya que está regulado legalmente y es requisito esencial para la válida aprobación de las modificaciones tanto del art 346 y 348 bis 2 cuando no se alcanza la unanimidad.

Esta es la forma en que se ha procedido en la Junta General al incluir como punto del orden del día la modificación estatutaria por la que se suprime el derecho de separación del art. 348 bis 1 y 4 de la LSC, que se somete a la Junta aunque en el caso en que no haya unanimidad se apruebe reconociendo el derecho de separación del socio como se prevé legalmente.

La regulación de la forma y plazo, al igual que las previstas en el art 346 LSC, se realizó conforme al art 348 LSC mediante la notificación personal al socio disidente en el momento de la adopción del acuerdo concediendo el plazo de un mes para que ejercitara su derecho.

La aplicación del art 348 LSC da seguridad al socio disidente al no quedar al albur de la mayoría (que quiere suprimir el derecho de separación por no reparto de dividendos y al que él se ha opuesto), la forma y plazo en que el disidente puede ejercer su derecho.

Tampoco se produce ningún daño a los intereses patrimoniales del socio disidente ya que, ejercitado el derecho de separación, a falta de acuerdo fijaría el valor de su participación un tercero independiente nombrado por el Registro Mercantil (art. 353 y ss.).

En conclusión, seguir la interpretación del Registrador abocaría a la inaplicación práctica del art. 348 bis 2 LSC e introduciría una complejidad irracional en la aplicación de la causa de separación.»

IV

Mediante escrito, de fecha 9 de agosto de 2019, el registrador elevó el expediente a este Centro Directivo. En dicho escrito manifestaba que el día 31 de julio de 2019 se dio traslado del recurso interpuesto al notario autorizante del título calificado, sin que se hayan recibido alegaciones por su parte.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 3 y 1255 del Código Civil; 28, 89, 159, 169, 166, 174, 204, 206, 291, 292, 346, 347, 348, 348 bis, 349, 351 y 353 a 359 de la Ley de Sociedades de Capital; 204 a 206 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de noviembre de 2010, 7 de febrero de 2012 y 7 de enero y 20 de mayo de 2016.

1. Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada se eleva a público el acuerdo adoptado en junta general de una sociedad anónima por el que se modifican los estatutos sociales, de modo que se dispone que «no constituirá causa de separación de los accionistas la falta de distribución de los dividendos fijados en el artículo 348 bis (apartados 1 y 4) de la Ley de Sociedades de Capital». Dado que el acuerdo no fue aprobado por todos los socios, a la socia que votó en contra de aquél se le reconoció el derecho a separarse de la sociedad, conforme al apartado 2 del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que podría ejercitar en el plazo de un mes a contar desde la recepción de la comunicación sobre tal derecho. El reconocimiento de este derecho de separación del accionista que no votó a favor de la modificación estatutaria se sometió también a votación, con idéntico resultado. En la referida escritura se hace constar que el mismo día de la celebración de la junta general que adoptó tal acuerdo de modificación estatutaria se notificó a la accionista que no votó a favor del mismo el derecho de separación que se asiste, que no ha ejercitado.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque considera que debe votarse tanto sobre la supresión de la causa de separación legal por falta de distribución de beneficios como –previamente– sobre si se reconoce o no a los socios discrepantes con tal modificación estatutaria un derecho de separación específico cuyo régimen concreto debe determinarse por la junta misma, y el reconocimiento de este último derecho de separación debe ser también incluido en el orden del día de la junta.

El recurrente alega, en síntesis, que el derecho de separación que se reconoce al socio que vota en contra de la supresión del derecho de separación por falta de reparto de dividendos constituye una causa legal y no estatutaria de separación, por lo que no es necesario que conste en el orden del día de la junta y su régimen es el establecido en general en el artículo 348 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. El citado precepto legal se introdujo en nuestro ordenamiento mediante la modificación del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital realizada por el artículo primero, apartado Dieciocho de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la misma 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. Como justificación de la enmienda cuya aceptación dio origen a dicha modificación legislativa, se expuso que con esta norma se pretende garantizar al socio el reparto de parte de los beneficios y eliminar uno de los principales factores de conflictividad societaria.

Entre las modificaciones introducidas en el citado artículo 348 de la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, interesa en este expediente la que determina expresamente el carácter dispositivo de la norma, al admitir

que en los estatutos se suprima o modifique la causa legal de separación a que se refiere dicho precepto. Por lo demás, dicha supresión o modificación estatutaria requiere consentimiento de todos los socios, en consonancia con la exigencia respecto toda modificación estatutaria que afecte a los derechos individuales de los socios (cfr., entre otros, los artículos 89, 291, 292 –éste siquiera sea por analogía, por referirse únicamente a sociedades de responsabilidad limitada–, 347.2 y 351 de la Ley de Sociedades de Capital). No obstante, para evitar el abuso de las minorías –que con su negativa a prestar su consentimiento podrían impedir la supresión o modificación de la referida causa de separación– se arbitra por el legislador un sistema de tutela alternativo como es el reconocimiento del derecho a separarse de la sociedad al socio que no hubiera votado a favor de tal acuerdo de modificación estatutaria (sistema que se enmarca en el más general que contempla el derecho de separación 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.–, entre otros supuestos; y, en general, para evitar vinculaciones opresivas). Y la interpretación de esta última medida tuitiva es lo que constituye el objeto de controversia en el presente expediente.

Respecto de dicha interpretación, debe tenerse en cuenta como antecedente prelegislativo de la norma la Proposición de Ley para modificar el citado artículo 348 bis presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados el 28 de noviembre de 2017, la cual –aun retirada posteriormente el 11 de septiembre de 2018– justificaba una disposición idéntica a la actualmente vigente del apartado 2 del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital en los siguientes términos: «Se condiciona la aplicación del artículo a la ausencia de disposiciones estatutarias en sentido contrario; así, será una norma dispositiva más que imperativa y se aplicaría el principio de autonomía de las partes que recoge el artículo 28 LSC. Simultáneamente, se exige unanimidad para la aprobación de dichas disposiciones estatutarias, reconociendo, en su defecto, el derecho de separación de los socios que hayan votado en contra (asimilándolo a otras causas de separación previstas en el artículo 346 LSC)».

Si la norma objeto de debate en este recurso es entendida a la luz de tal precedente, así como atendiendo a los criterios hermenéuticos gramatical, lógico y teleológico no cabe sino confirmar el criterio mantenido por el recurrente. El reconocimiento explícito del derecho de separación que en la junta general se ha hecho en favor de la socia que ha votado en contra de la modificación estatutaria de supresión del «ius separationis» por falta de distribución de dividendos tiene inequívoca base en la norma legal y esta circunstancia tiene como consecuencia que tal reconocimiento no requiera una mención específica en el orden del día de la junta (a mayor abundamiento, el complemento de la convocatoria solicitado por la misma socia minoritaria revela que no se le ha impedido que tuviera un cabal conocimiento de tal reconocimiento como uno de los asuntos sobre los fue llamada a pronunciarse). Y, por la misma razón, no puede entenderse que exista falta de determinación del derecho de separación reconocido por la mayoría en favor de la socia discrepante, pues se fija claramente el plazo de su ejercicio y –precisamente por tener base legal ese reconocimiento– los demás aspectos de su régimen jurídico tienen acomodo en las normas generales sobre el derecho de separación (cfr. artículos 348, 349 y 353 a 359 de la Ley de Sociedades de Capital).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal,

conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 24 de octubre de 2019.—El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.