



Roj: **SJM MU 302/2017 - ECLI: ES:JMMU:2017:302**

Id Cendoj: **30030470022017100003**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Murcia**

Sección: **2**

Fecha: **18/05/2017**

Nº de Recurso: **544/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **JUICIO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO CANO MARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Murcia, a 18 de mayo de 2017.

Vistos por mí, Francisco Cano Marco, Magistrado- Juez del Juzgado de lo Mercantil número dos de Murcia, los presentes autos de Juicio Ordinario 544/2013, promovidos por TRAZADOS CAPITAL-RENTA SL, representado/a por el/la Procurador/a CANO PEÑALVER y defendido/a por el/la Letrado/a VAL FERNANDEZ, contra la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, defendida por el Letrado del Estado DE LA PEÑA SANCHEZ, y contra PROYECTO ASESORAMIENTO Y TRANSPORTES OCCIDENTALES SL, representado/a por el/la Procurador/a HERNANDEZ FOULQUIE y defendido/a por el/la Letrado BARDAJI MUÑOZ, en este juicio que versa sobre impugnación de Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO : Que por la representación de la parte actora se formuló demanda de Juicio ordinario en la cual solicitaba que;

"1.Se acuerde dejar sin efecto la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 7 de mayo de 2013 en la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por TRAZADOS CAPITAL RENTA SL contra la decisión del Registrador Mercantil nº1 de Murcia de 19 de julio de 2012 por no ser ajustada a derecho, dejando del mismo modo sin efecto la decisión del Registro Mercantil de Murcia de nombrar un auditor para valorar las participaciones de la compañía.

2.Condena en costa a la parte demandada."

SEGUNDO : Admitida la demanda, se dio traslado de la misma a la parte demandada, por la cual se formuló escrito de contestación en el que solicitaba que se dicte sentencia desestimando la demanda con expresa imposición de costas de este proceso a la demandante.

Admitida la personación como parte demandada de PROYECTO ASESORAMIENTO Y TRANSPORTES OCCIDENTALES SL, por dicha entidad se contestó a la demanda solicitando que se dicte sentencia desestimando la demanda con expresa imposición de costas de este proceso a la demandante.

TERCERO : Convocadas las partes para la celebración de la audiencia previa al juicio, se celebró la misma, con la presencia de ambas partes, comprobada la subsistencia del litigio se procedió al examen y resolución de las cuestiones procesales propuestas, y tras pronunciarse las partes sobre los documentos aportados de contrario y fijar los hechos sobre los que existía conformidad o disconformidad, se pasó al trámite de proposición de prueba; por la parte actora se propusieron los siguientes medios de prueba; interrogatorio, testifical y documental, por la parte demandada se propusieron los siguientes medios de prueba; testifical, interrogatorio y documental. Admitidas las pruebas propuestas en los términos que resultan del acta, se dio por terminado el acto, citando a las partes para la celebración del juicio.



CUARTO : Abierto el acto del juicio, se practicaron las pruebas admitidas y los Letrados de las partes formularon oralmente sus conclusiones.

QUINTO : Que en la sustanciación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Alegaciones de las partes

Ejercita la parte actora acción tendente a que se deje sin efecto la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 7 de mayo de 2013 en la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por TRAZADOS CAPITAL RENTA SL contra la decisión del Registrador Mercantil nº1 de Murcia de 19 de julio de 2012 por la que se acuerda el nombramiento de auditor a fin de valorar las participaciones sociales a instancia del socio PROYECTO ASESORAMIENTO Y TRANSPORTES OCCIDENTALES SL por haber ejercitado su derecho de separación en base a lo previsto en el artículo 348 bis LSC.

Considera la parte actora 1) que la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha extralimitado en las funciones de dicho organismo pues la discrepancia entre la sociedad y el socio sobre el ejercicio del derecho de separación debe ser resuelta por el orden jurisdiccional, cuestión ésta que es previa al acuerdo o no sobre la valoración de las participaciones. 2) que en el presente caso no concurren los requisitos del artículo 348 bis LSC pues la distribución de dividendos no constaba en el orden del día, por lo que no se produjo votación ni por tanto acuerdo contrario a la distribución de dividendos. 3) que el procedimiento regulado en el artículo 348 bis se encuentra legalmente en suspenso.

La Administración General del Estado se opone a la demanda por considerar que el Registrador Mercantil de Murcia, y la resolución que se impugna al resolver sobre el nombramiento de auditor, se limitó a cumplir con lo previsto en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil, determinando que se cumplieran las condiciones del artículo 348 bis de la LSC sin prejuzgar si el solicitante en caso de controversia judicial ostentará o no el derecho de separación.

PROYECTO ASESORAMIENTO Y TRANSPORTES OCCIDENTALES SL se opone a la demanda por considerar 1) que el nombramiento de auditor por el Registrador en estos casos no puede quedar a expensas de la oposición o no de la sociedad pues haría inoperante el derecho de separación. 2) que existió un acuerdo de la junta contrario a la distribución de dividendos. 3) que la posterior junta por la que se dejan sin efecto los acuerdos carece de eficacia frente a la solicitud de separación que fue anterior, siendo además que dicho acuerdo no cuenta con las mayorías precisas. 4) que la suspensión de vigencia del artículo 348 bis LSC no afecta a un derecho de separación como el presente ejercitado con anterioridad a dicha suspensión.

SEGUNDO: Hechos probados

Vistas las alegaciones de las partes, y con carácter previo al análisis de las cuestiones planteadas, procede indicar que en el presente procedimiento no resultan controvertidos y se desprenden de la documentación obrante en autos los siguientes hechos;

- la demandada PROYECTO ASESORAMIENTO Y TRANSPORTES OCCIDENTALES SL es socia titular del 30% de las participaciones de la actora TRAZADOS CAPITAL-RENTA SL.

-en fecha 29 de marzo de 2012 se celebró junta general ordinaria de TRAZADOS CAPITAL RENTA SL en la que se incluía entre otros puntos del orden del día el siguiente; "Estudio, y, en su caso aprobación de las cuentas anuales de la Compañía, la Memoria y el Informe de Gestión correspondientes al ejercicio social cerrado a 31 de diciembre de 2010."

-sometido a votación el indicado acuerdo la entidad ILUSIONES Y PROYECTOS DE MARINA SL votó a favor y el representante de PROYECTO ASESORAMIENTO Y TRANSPORTES OCCIDENTALES SL votó en contra, solicitando expresamente el reparto del beneficio obtenido durante el ejercicio.

-que en la memoria sometida a votación constaba propuesta de distribución de resultados que aplicaba la totalidad de las ganancias de 112.838,78 euros a reservas voluntarias.

-presentadas las cuentas anuales para su depósito en el Registro Mercantil de Murcia, el depósito fue calificado como defectuoso indicando "falta hacer constar en la certificación la aprobación de la certificación del resultado".

-a la vista de lo anterior se convocó nueva junta general que fue celebrada el día 31 de mayo de 2012 en la que por mayoría (con el voto en contra de PROYECTO ASESORAMIENTO Y TRANSPORTES OCCIDENTALES SL)



de los asistentes se acordó anular y dejar sin efecto la totalidad de los acuerdos de la junta general de 29 de marzo de 2012 y seguidamente se aprobó por mayoría (con la abstención de PROYECTO ASESORAMIENTO Y TRANSPORTES OCCIDENTALES SL) las cuentas anuales del ejercicio 2010 y la distribución de dividendos con cargo al resultado del ejercicio 2010.

-en fecha 17 de abril de 2012 PROYECTO ASESORAMIENTO Y TRANSPORTES OCCIDENTALES SL remitió una comunicación a TRAZADOS CAPITAL- RENTA SL en la que comunica el ejercicio del derecho de separación previsto en el artículo 348 bis LSC, instando a la sociedad a fin de alcanzar un acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones, e indicando que si no se alcanza el acuerdo en el plazo de cinco días solicitará del Registro Mercantil el nombramiento de auditor para la oportuna valoración. TRAZADOS CAPITAL-RENTA SL contestó al requerimiento indicando que no se cumplen los requisitos el artículo 348 bis LSC y que no procede instar la separación del socio.

-el día 29 de mayo de 2012 PROYECTO ASESORAMIENTO Y TRANSPORTES OCCIDENTALES SL solicitó al Registro Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas para valorar las participaciones al haber ejercitado el derecho de separación y no haberse alcanzado acuerdo alguno sobre la valoración. El Registro Mercantil dio traslado de la solicitud a TRAZADOS CAPITAL RENTA SL que se opuso por entender que no concurren los requisitos del artículo 348 bis LSC para la separación del socio siendo que, en todo caso, dicha discrepancia debe resolverse en sede jurisdiccional.

- el Registrador Mercantil de Murcia dictó resolución en fecha 19 de julio de 2012 accediendo al nombramiento de auditor solicitado. Interpuesto recurso de alzada el mismo fue desestimado por resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 7 de mayo de 2013. Que frente a esta última resolución se interpuso reclamación administrativa previa al ejercicio de acciones civiles que no ha sido estimada.

TERCERO: Fundamentos de la resolución impugnada

La resolución impugnada desestima el recurso de alzada y confirma la decisión del Registrador Mercantil de Murcia por similares fundamentos a los que constan en la resolución el Registrador Mercantil y que, en esencia, son; 1) que el nombramiento de auditor para la valoración de las participaciones sociales en el ejercicio del derecho de separación no es un derecho que pueda ejercitarse sin más por cualquier socio sino que está indisolublemente unido a la concurrencia de los requisitos previstos legalmente para el ejercicio de tal derecho. 2) que los acuerdos anulatorios de la anterior adoptados por Junta de 31 de mayo de 2012 no fueron adoptados por unanimidad y no pueden impedir el ejercicio por el socio de su derecho de separación. 3) que el artículo 348 bis estaba vigente al tiempo del ejercicio por el socio en el presente caso del derecho de separación.

CUARTO: Análisis de las causas de impugnación

Entrando a resolver sobre el fondo de las cuestiones planteadas, procede analizar, en primer lugar, la cuestión relativa a si el Registrador Mercantil, en caso de desacuerdo de la entidad con el ejercicio del derecho de separación del socio, debe entrar a conocer sobre la concurrencia de las causas legales que fundamentan dicho derecho de separación a fin de nombrar auditor a pesar de conocer la discrepancia de la entidad.

Y todo ello siendo que de estimar que el Registrador no debe proceder al nombramiento en caso de discrepancia, dado que en el presente caso se actuó de modo contrario, resultaría innecesario entrar a conocer del resto de cuestiones planteadas.

La regulación legal en la materia contenida en la LSC no da una solución expresa a la cuestión planteada, pues se limita a establecer unas causas de separación y un procedimiento de nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil, así como las posteriores actuaciones a cargo de la sociedad a fin de materializar el derecho del socio. Pero en modo alguno la regulación legal contempla de forma expresa qué ocurre en caso de discrepancia de la entidad con la existencia de los requisitos que motivan el derecho de separación.

El Registrador Mercantil de Murcia en su resolución de 19 de julio de 2012 considera que la oposición de la sociedad no es causa de paralización del expediente, a no ser que se acredite que la cuestión ha sido planteada ante la jurisdicción ordinaria, en cuyo caso procedería la suspensión. Apoya esta posición el Abogado del Estado manifestando que en estos casos debe ser la sociedad quien debe demandar al socio minoritario que haya abusado de este derecho. Por su parte la entidad demandada afirma que mantener una posición contraria haría ilusorio e inútil el derecho de separación del socio para cuya efectividad establece la LSC el oportuno procedimiento.

En contra de dicha opinión, la parte actora entiende que en caso de discrepancia el Registrador no debe entrar a conocer sobre la concurrencia de los requisitos, que son objeto precisamente de la discrepancia, pues estaría resolviendo sobre una controversia entre particulares en la aplicación de la LSC que únicamente puede resolver el orden jurisdiccional. A estos efectos se aporta acuerdo del Registro Mercantil de Madrid de 12 de junio de



2012 que, en solicitud distinta a la presente caso pero válida a efectos de mostrar las distintas posturas en la materia, considera que solo una vez acreditada la existencia de causa de separación, sin desacuerdo en este punto o con declaración judicial en su defecto, procedería el nombramiento de auditor para valorar las participaciones.

Vistas las posiciones discrepantes sobre la materia, y a pesar de la fundamentadas razones de una u otra postura y la falta de solución legal expresa, considera este juzgador que asiste la razón a la parte actora, y que en el presente caso, concurriendo en el propio expediente registral la oposición al derecho de separación por la entidad, debió denegarse o suspenderse por el Registrador Mercantil el nombramiento de auditor. Y lo anterior se afirma por las siguientes razones;

1.- La LSC no da una solución expresa al problema, pero es cierto en el artículo 353 regula la designación por el Registrador Mercantil " 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 ..." De ahí puede extraerse que la actuación del Registrador Mercantil procedería cuando concurra esta única discrepancia, pero no cuando concurra otra previa como es la concurrencia de los requisitos para el ejercicio del derecho de separación.

2.- De seguir la tesis contraria, se produciría el mismo problema de competencia en la resolución de cuestiones civiles entre particulares que aquí se produce.

De seguir la tesis de los demandados este juzgador debería entrar en la presente sentencia a revisar si fue ajustada o no a derecho la decisión del Registrador Mercantil al estimar la concurrencia del requisito esencial para la procedencia de la separación en estos casos, en concreto, si existió votación o no sobre distribución de beneficios sociales.

La resolución que se dictase en esta materia resolvería ya la cuestión sobre la existencia o no del derecho de separación, y estima este juzgador que no debe ser a través de la revisión de una decisión del Registrador Mercantil como se analice la concurrencia de los requisitos para la existencia del derecho de separación.

Resolviendo la cuestión de fondo en la presente sentencia, a través de la revisión de una decisión meramente instrumental, como es el nombramiento de auditor, se estaría privando a las partes del oportuno procedimiento judicial al que tienen derecho y que debe tener por exclusiva finalidad, con las correspondientes alegaciones y recursos, la decisión sobre esta materia.

O lo que es más grave pudiera suscitarse con posterioridad, y al margen del recurso frente a la decisión del Registrador Mercantil, un procedimiento sobre la materia que llegara a una solución distinta sobre la concurrencia o no de los requisitos del derecho de separación.

Y todo ello teniendo en cuenta que la resolución sobre si el Registrador Mercantil actuó correctamente realizando la actuación meramente instrumental de nombrar un auditor para valorar las participaciones sociales no puede producir efectos de cosa juzgada sobre un oportuno pleito en el que se valore la concurrencia de los requisitos para el ejercicio del derecho de separación, por mucho que sea el juzgado de lo mercantil el que tenga ambas competencias.

3.- Si el Registro Mercantil en caso de discrepancia evidente procede al nombramiento de auditor se iniciaría un mecanismo que supone el análisis económico de la sociedad por un socio que finalmente puede no tener derecho a la separación y, por tanto, se daría lugar al análisis e, incluso, el abono de una retribución que conforme al artículo 355 LSC correría a cargo de la sociedad, con los posibles perjuicios económicos y de conocimiento de información sensible de la sociedad.

4.- No se entiende acertado el argumento de que la negativa del Registrador a nombrar auditor por la discrepancia de la sociedad haga ilusorio el derecho de separación del socio, pues deberá ser el socio que postula un derecho de separación frente a la sociedad el que deba instar las oportunas acciones judiciales para el ejercicio de su derecho, en lugar de instar una actuación del Registrador Mercantil que es meramente instrumental para la materialización de ese derecho cuando no resulte controvertido.

Resulta más discutible que sea la sociedad la que deba instar acciones judiciales para negar el derecho de separación del socio. El que pretende modificar el estado societario actual, ejercitando un derecho que le atribuye la Ley, es el socio, y él deberá ser el que inste judicialmente su derecho.

Es cierto que la STS de 23 de enero de 2006 , citada por las partes, viene a establecer que el derecho de separación del socio no puede depender "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....".



Pero el supuesto analizado en la citada sentencia es distinto del presente ya que en aquel fue precisamente el socio el que acudió a la jurisdicción civil para hacer valer su derecho de separación, siendo que en aquel caso no se discutía, como aquí sí se discute, la concurrencia de los requisitos precisos para ejercitar el derecho de separación.

Lo único que se discutía es si la sociedad podía por un nuevo acuerdo anulatorio del anterior "desactivar" el derecho de separación del socio. Por el contrario en el caso de autos, aunque se produjo un intento de "desactivación", que no es preciso valorar en este momento, sí que se discute que a raíz de la inicial Junta concurriera el derecho de separación del socio, y como hemos dicho, esta cuestión, si concurre el derecho de separación, no puede analizarse judicialmente a través de la mera impugnación de una resolución del Registro Mercantil que en una mera tarea auxiliar, no en una propia tarea de calificación registral, considera que sí concurre dicho derecho.

Todo lo anterior no significa que el Registrador Mercantil no esté capacitado para valorar la concurrencia de los requisitos para el ejercicio del derecho de separación, para lo que evidentemente como experto en derecho privado se encuentra capacitado, siendo que en caso de que la sociedad no manifiesta ni su acuerdo ni su discrepancia será vital la decisión del Registrador Mercantil, a fin de no iniciar un procedimiento para el que no concurren los requisitos legales. Por el contrario, lo que se resuelve en la presente sentencia es que en caso de controversia, ésta debe ser resuelta por el órgano jurisdiccional en el oportuno procedimiento, y no vía recurso a la decisión del Registrador Mercantil.

Mayores problemas planteará la decisión del Registrador en el hipotético caso en que la sociedad se muestre de acuerdo con la concurrencia de los requisitos legales de la separación, y el Registrador Mercantil no, pues en ese caso se pudiera estar bloqueando el mecanismo legal previsto dejando sin salida legal a las partes.

Visto todo lo anterior, y sin entrar a conocer sobre si en el presente caso concurrían los requisitos para el ejercicio del derecho de separación, cuestión que en su caso podrá ser objeto de resolución en el adecuado procedimiento ordinario con dicha exclusiva finalidad, procede en la presente sentencia dejar sin efecto la resolución impugnada y la previa del Registrador Mercantil de Murcia por considerar en base a las razones expuestas que en caso de discrepancia de la sociedad no debe el Registrador Mercantil proceder previo análisis de los requisitos legales al nombramiento de auditor.

QUINTO: Costas

En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cada parte abonará las costas causadas y las comunes por mitad en la medida en que la cuestión suscitaba serias dudas de derecho como se pone de manifiesto en el fundamento anterior.

Vistos los preceptos legales citados y demás de concordante y general aplicación al caso de autos

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por TRAZADOS CAPITAL-RENTA SL, representado/a por el/la Procurador/a CANO PEÑALVER y defendido/a por el/la Letrado/a VAL FERNANDEZ, contra la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, defendida por el Letrado del Estado DE LA PEÑA SANCHEZ, y contra PROYECTO ASESORAMIENTO Y TRANSPORTES OCCIDENTALES SL, representado/a por el/la Procurador/a HERNANDEZ FOULQUIE y defendido/a por el/la Letrado BARDAJI MUÑOZ, debo dejar sin efecto la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 7 de mayo de 2013, en la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por TRAZADOS CAPITAL RENTA SL contra la decisión del Registrador Mercantil nº1 de Murcia de 19 de julio de 2012 por la que se acuerda el nombramiento de auditor a fin de valorar las participaciones sociales a instancia del socio PROYECTO ASESORAMIENTO Y TRANSPORTES OCCIDENTALES SL, y en consecuencia, debo estimar la demanda dejando sin efecto la decisión del Registrador Mercantil nº1 de Murcia de 19 de julio de 2012.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Contra la presente sentencia cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial que, en su caso, deberá ser interpuesto ante este Juzgado, en el plazo de veinte días siguientes a su notificación.

Se le hace saber a las partes que para entablar el mencionado recurso deberán consignar el importe que, al efecto, señala la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicha consignación deberá efectuarse en la cuenta de este Juzgado, mediante ingreso en la cuenta expediente correspondiente al órgano y procedimiento judicial en que se ha dictado, debiéndose especificar en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso", seguido del código y tipo de



recurso de que se trate (00- Reposición; 01- Revisión de resoluciones Secretario Judicial, 02- Apelación y 03- Queja); caso contrario no se admitirá a trámite el recurso.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos y cuyo original se incluirá en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ