



Roj: **SJM SE 691/2017 - ECLI: ES:JMSE:2017:691**

Id Cendoj: **41091470012017100004**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **26/09/2017**

Nº de Recurso: **2653/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE SEVILLA

Procedimiento: **Juicio Verbal 2653/2015**

### **SENTENCIA**

En Sevilla, a 26 de septiembre de 2017.

El Ilmo. Sr. D. Fco Javier Carretero Espinosa de los Monteros Magistrado de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla , procede, **EN NOMBRE DE S.M. EL REY** , a dictar la presente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** : Por el Procurador Sr. D. Francisco de Paula Crespo en nombre y representación de la **entidad JOVENES INDUSTRIALES METALURGICOS COMPONENTES ARAHALENESES S.L.(JIMECA)** se presentó demanda de juicio verbal de impugnación de la Resolución emitida por la **DIRECCION GENERAL DE REGISTRO Y NOTARIADO(DGRN)** de fecha 14 de mayo de 2015 recaída en el Expediente 44/2014.

**SEGUNDO** : Admitida a trámite la impugnación se emplazó a las partes, compareciendo el ILMO. SR. ABOGADO DEL ESTADO en representación de la **DIRECCION GENERAL DE REGISTRO Y NOTARIADO(DGRN)** así como **D. Avelino** , acordándose el señalamiento de vista con tramitación de juicio verbal.

**TERCERO** : Al acto de la vista, compareció la parte impugnante que se afirmó y ratificó en el contenido de su escrito de impugnación, solicitando el recibimiento del pleito a prueba.

Por la **DIRECCION GENERAL DE REGISTRO Y NOTARIADO(DGRN)** se manifestó oposición, alegando que pueden pronunciarse sobre el derecho de separación, al ser un presupuesto para nombrar el auditor, solicitando el recibimiento del pleito a prueba.

Por D. Avelino se manifestó oposición, alegando que es competencia de la DGRN y del Registrador Mercantil, siendo además que no se pedía el reconocimiento del derecho de separación, solicitando el recibimiento del pleito a prueba.

**CUARTO** : **Proposición de prueba.** Una vez acordado el recibimiento del pleito a prueba, propuso la parte las que a su derecho convino según grabación del juicio.

Se practicaron en el acto las admitidas con el resultado que obra en la grabación correspondiente, y quedaron los autos a la vista para dictar sentencia.

**QUINTO**: Por último, se ha de señalar, a los efectos previstos en el artículo 211.2 de la LEC , que en la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales a excepción de los plazos procesales, debido al inhumano cúmulo de trabajo que pende en los Juzgados de lo Mercantil de Sevilla, produciéndose una situación de colapso, soportando una carga de trabajo notablemente superior a los indicadores de entrada de asuntos fijada por el CGPJ, así: en el año 2012 la carga de trabajo fue superior en un 274,14% en relación al mencionado indicador, en el año 2013 fue superior en un 300 %, en el año 2014 fueron



3.327 asuntos, en el año 2015 se han alcanzado los 4.952 asuntos, y, por último, en el año 2016 la carga de trabajo fue superior en un 225% en relación al mencionado indicador de entrada de asuntos fijada por el CGPJ.

Así, en el Informe efectuado por el CGPJ al Real Decreto de creación de plazas judiciales para el año 2017, aprobado en sesión de pleno de fecha 26 de julio de 2017, se señala que la carga media de los Juzgados de lo Mercantil de Sevilla alcanzo el 686% siendo la media nacional el 250%, no obstante tal colapso, el índice de resolución es del 442% siendo la media nacional del 231%.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO : Consideraciones previas.

Con carácter previo cabe señalar que, aunque se le ha dado a esta demanda el trámite del artículo 328 de la LH el procedimiento no es el correcto, sino el proceso ordinario que corresponda por razón de la cuantía, que por lo general no será susceptible de determinación, por lo que el cauce a seguir será el juicio ordinario conforme a lo previsto en el art. 249.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pero dado que ninguna de las partes ha alegado inadecuación de procedimiento ni indefensión procede resolver la cuestión de fondo dentro del marco del juicio verbal.

Y decimos que no es el correcto, por las diferencias existentes entre la función calificadora(trámite del artículo 328 de la LH ) y la que es objeto de análisis en el presente caso.

Así, el nombramiento por el Registrador Mercantil de auditor de una sociedad de capital a instancias del socio minoritario no es una función calificadora, habida cuenta que esta requiere que se haya presentado un documento, notarial, judicial o administrativo, en base al cual se pretenda por un interesado la práctica de un asiento registral, para lo que el Registrador ha de valorar la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicite la práctica de la inscripción u otro tipo de asiento, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en tales documentos por lo que resulte de ellos y de los asientos del Registro.

Por su parte, en el caso del nombramiento por el Registrador Mercantil de un auditor de cuentas, el Registrador no está valorando la legalidad de las formas extrínsecas de documento alguno que se pretende tenga acceso al Registro, ni la capacidad de los otorgantes ni la validez de los actos dispositivos contenidos en el mismo, se trataría de una función distinta, en la que el Registrador tiene que valorar si concurren los requisitos exigidos la LSC y el Reglamento del Registro Mercantil para que proceda el nombramiento de auditor de cuentas( *en este sentido*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de noviembre de 2011 , y de la Audiencia Provincial de Granada de 4 de noviembre de 2013 ).

### SEGUNDO: Normativa.

La normativa prevista en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio (en adelante TRLSC), establece las causas legales y estatutarias que permiten al accionista ejercitar el derecho de separación(artículos 346 , 347 , y 348 bis), su ejercicio e inscripción del acuerdo que origina el derecho de separación ( artículos 348 y 349 ), la valoración de las acciones a falta de acuerdo entre la sociedad y el accionista efectuándose el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil(artículo 353), y las actuaciones a cargo de la sociedad a fin de materializar el derecho del socio(artículo 356 a 359).

*En primer lugar*, el derecho de separación lo tiene el socio que no vote a favor de los acuerdos cuya adopción genera el derecho, no se exige votar en contra, ni oponerse, sino simplemente no votar a favor.

*En segundo lugar*, la sociedad ha de dar una publicidad especial a los acuerdos que permiten el derecho de separación, y también los hechos que dependan de la sociedad y que, por disposición estatutaria permitan la separación, la publicación habrá de hacerse en el BORME, pero en las sociedades limitadas y anónimas cuyas acciones sean todas nominativas los administradores podrán sustituir la publicación por una comunicación escrita a cada uno de lo socios que no hayan votado a favor del acuerdo.

*En tercer lugar*, el derecho de separación habrá de ejercitarse por escrito por el socio o accionista en el plazo de un mes a contar desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación(artículo 348.2 TRLSC) , y cuando se base en causas no legales sino estatutarias, los estatutos establecerán el plazo para ejercitar la separación(artículo 347.1 TRLSC)

*En cuarto lugar*, ante la separación la sociedad no tiene que adoptar acuerdo alguno, ni aceptar la separación, al ser un derecho cuya efectividad solo depende de su ejercicio por el socio o accionista.

### TERCERO: Posiciones de las partes.



La parte actora, la **entidad JOVENES INDUSTRIALES METALURGICOS COMPONENTES ARAHALENESES S.L. (JIMECA)**, alega que ha comunicado al socio **D. Avelino**, su "*voluntad denegatoria de reconocer el derecho de separación al socio que lo pretende*"(sic), debiendo acudir a la jurisdicción civil (juzgados de lo mercantil) a fin de que se le declarara y reconociera previamente el derecho de separación.

Por el ILMO. SR. ABOGADO DEL ESTADO en representación de la **DIRECCION GENERAL DE REGISTRO Y NOTARIADO(DGRN)**, se manifiesta oposición señalándose que el Registro Mercantil tiene competencia para efectuar el nombramiento del auditor, y que presupuesto para tal nombramiento es pronunciarse sobre el derecho de separación, sin que sea necesario un previo pronunciamiento judicial dado que no se debe hacer recaer sobre el socio o accionista la carga de demandar a la sociedad.

Por la representación legal de **D. Avelino**, se manifiesta oposición, alegando que la entidad actora ha incumplido su obligación de inscripción del acuerdo social y su publicación en el BORME, aclarando que en ningún momento han solicitado el reconocimiento del derecho de separación al Registro Mercantil.

#### **QUINTO:Cuestión controvertida.**

En el presente caso, la cuestión básica a analizar queda residenciada en la siguiente cuestión: "*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*".

Es decir, posibilidad de que el Registro Mercantil proceda a nombrar un auditor para la valoración de las acciones en el supuesto de discrepancia de la entidad con el accionista en relación con la concurrencia de los requisitos que permiten ejercitar el derecho de separación.

La respuesta que demos a la cuestión planteada determinara la estimación o no de la demanda planteada, debiendo concluir que corresponde al Registrador Mercantil, una vez aprecie la existencia de causa de separación, el nombramiento de auditor para valorar las participaciones o acciones.

Diversas razones abonan la presente conclusión:

*Primera*, el TRLSC contempla el derecho de separación del socio o accionista como un derecho respecto al cual la sociedad no tiene que adoptar acuerdo alguno, ni aceptarlo, al ser un derecho cuya efectividad solo depende de su ejercicio por el socio o accionista, por tanto, una vez efectuada la comunicación adquiere su efectividad al ser una declaración recepticia.

*Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de enero de 2016*: "*...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, 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 )...*"

*Segundo*, el TRLSC en el artículo 353 regula la designación por el Registrador Mercantil de un auditor 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, por tanto en supuestos como el presente en el que existe una discrepancia evidente y reconocida por las partes, concurriendo el supuesto previsto para su nombramiento.

*Tercero*, en la presente resolución se trata de valorar si el Registrador Mercantil actuó correctamente realizando la actuación meramente instrumental de nombrar un auditor para valorar las participaciones sociales, sin que pueda producir efectos de cosa juzgada sobre un oportuno pleito judicial en el que se valore la concurrencia de los requisitos para el ejercicio del derecho de separación, dado que la designación de auditor no impide a la sociedad negarse a pagar al socio su cuota de liquidación alegando que no procede el ejercicio del derecho de separación decidiéndose finalmente si existió o no derecho de separación.

Lo contrario supondría privar a las partes, mediante una decisión meramente instrumental como es el nombramiento de auditor, del oportuno procedimiento judicial al que tienen derecho y que debe tener por exclusiva finalidad, con las correspondientes alegaciones y recursos, la decisión sobre esa materia.

Sin olvidar, que obligar al accionista o socio a instar un procedimiento judicial para que se efectuó el reconocimiento de su derecho de separación no solo supone una carga inadecuada que se le impone dificultando su ejercicio, sino que contradice el TRLSC que contempla el derecho de separación del socio o accionista como un derecho respecto al cual la sociedad no tiene que adoptar acuerdo alguno, ni aceptarlo, al ser un derecho cuya efectividad solo depende de su ejercicio por el socio o accionista, de su comunicación.



*Cuarto*, el simple hecho de que el abono de una retribución que conforme al artículo 355 TRLSO correría a cargo de la sociedad, supone un posible perjuicio económico y además puede suponer el conocimiento de información sensible de la sociedad, decae ante el escaso impacto económico en las cuentas de la sociedad puede tener una auditoría, y que tal información sensible a la vista del derecho de información (artículos 196, 197 y 272 del TRLSO) que se reconoce a los socios y accionistas en el TRLSO, máxime en sociedades limitadas de carácter cerrado como la que nos ocupa.

En consecuencia, se desestima la demanda.

**TERCERO:** En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC, 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 artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

Que **DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO** la demanda formulada por el Procurador Sr. D. Francisco de Paula Crespo en nombre y representación de la entidad **JOVENES INDUSTRIALES METALURGICOS COMPONENTES ARAHALENESES S.L.(JIMECA)** de impugnación de la Resolución emitida por la **DIRECCION GENERAL DE REGISTRO Y NOTARIADO(DGRN)** de fecha 14 de mayo de 2015 recaída en el Expediente 44/2014.

Sin costas.

Notifíquese a las partes esta resolución, contra la que podrán interponer **RECURSO DE APELACION** con arreglo a lo prevenido en el artículo 458 de la LEC.

Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACION** : Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el **Magistrado de refuerzo** que la ha dictado en el mismo día de su fecha, doy fe.