



Roj: **SAP MU 742/2018 - ECLI:ES:APMU:2018:742**

Id Cendoj: **30030370042018100211**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **4**

Fecha: **28/03/2018**

Nº de Recurso: **190/2018**

Nº de Resolución: **198/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL FUENTES DEVESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Murcia, núm. 2, 23-05-2017 (,
SAP MU 742/2018**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

MURCIA

SENTENCIA: 00198/2018

Modelo: N10250

SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, Nº 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 968 229119 Fax: 968 229278

Equipo/usuario: 002

N.I.G. 30030 47 1 2013 0001178

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000190 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de MURCIA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000544 /2013

Recurrente: PROYECTOS ASESORAMIENTO Y TRANSPORTES OCCIDENTALES S.L.

Procurador: JOSE AUGUSTO HERNANDEZ FOULQUIE

Abogado:

Recurrido: TRAZADOS CAPITAL-RENTA S.L., ADMINISTRACION DEL ESTADO (DGRN)

Procurador: AURELIA CANO PEÑALVER,

Abogado: FRANCISCO JAVIER VAL FERNANDEZ, ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 198

Ilmos. Sres.

Don Carlos Moreno Millán.

Presidente

Don Francisco José Carrillo Vinader

Don Rafael Fuentes Devesa



Magistrados

En la ciudad de Murcia, a veintiocho de marzo de dos mil dieciocho.

Esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia ha visto en grado de apelación los presentes autos de procedimiento ordinario que con el número 544/2014 se han tramitado en el Juzgado Mercantil nº 2 de Murcia entre las partes, como demandante y ahora apelada, TRAZADOS CAPITAL-RENTA SL, representada por la procuradora Sra. Cano Peñalver y asistida de la letrada Sra López Chinchilla y como parte demandada y ahora apelante, PROYECTOS ASESORAMIENTO Y TRANSPORTES OCCIDENTALES SL, representada por el procurador Sr. Hernández Foulquie y asistida del letrado Sr. Bardají Muñoz, con la adhesión al recurso de apelación por la Administración General del Estado (Dirección General de los Registros y del Notariado), representada y asistida por el Abogado del Estado. Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Rafael Fuentes Devesa, que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado Mercantil citado dictó sentencia en estos autos con fecha 23 de mayo de 2017 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: " *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".

SEGUNDO .- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación PROYECTO ASESORAMIENTO Y TRANSPORTES OCCIDENTALES SL solicitando la revocación de la demanda. Se dio traslado a la otra contraparte, habiendo formulado oposición TRAZADOS CAPITAL RENTA SL y adherido al recurso de apelación la Administración General del Estado (Dirección General de los Registros y del Notariado)

TERCERO.- Previo emplazamiento de las partes, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, en cuya Sección Cuarta se registraron con el número de Rollo 190/2018, señalándose para votación y fallo el día 28 de marzo de 2018.

CUARTO .- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Planteamiento

1. El litigio versa sobre la impugnación de una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN en adelante) relativa al nombramiento de un auditor de cuentas a fin de valorar las participaciones sociales a instancia de un socio, que ejerce su **derecho de separación** en caso de falta de distribución de dividendos con arreglo al art 348bis

2. Para su comprensión resulta oportuno dejar constancia de los siguientes antecedentes, sirviéndonos para ello, esencialmente, de la completa exposición contenida en los fundamentos primero a tercero de la sentencia apelada

i) TRAZADOS CAPITAL-RENTA SL es una sociedad constituida en 1997 cuyos socios son la mercantil ILUSIONES Y PROYECTOS LA MARINA SL (IPM en adelante), con el 70% del capital social y con el 30% restante, PROYECTO ASESORAMIENTO Y TRANSPORTES OCCIDENTALES SL (en adelante PATO, o la socia minoritaria)

ii) 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.*"



En la Memoria constaba propuesta de distribución de resultados, con aplicación de la totalidad de las ganancias de 112.838,78 ? a reservas voluntarias.

Sometido a votación, la socia IPM votó a favor y la socia PATO en contra, solicitando expresamente el reparto del beneficio obtenido durante el ejercicio.

iii) en fecha 17 de abril de 2012 PATO 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 indicando que no se cumplen los requisitos legales y que no procede instar la separación del socio.

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

v) convocada nueva junta general, fue celebrada el día 31 de mayo de 2012 en la que se acuerda (a), con el voto en contra de PATO y a favor del socio mayoritario, anular y dejar sin efecto la totalidad de los acuerdos de la junta general de 29 de marzo de 2012 y (b), con la abstención de PATO, aprobar las cuentas anuales del ejercicio 2010 y la distribución de dividendos con cargo al resultado del ejercicio 2010.

vi) el día 29 de mayo de 2012 PATO había solicitado al Registro Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas para valorar las participaciones. Al darle el Registro Mercantil traslado a TRAZADOS CAPITAL RENTA SL, ésta se opuso.

El Registrador Mercantil de Murcia dictó resolución en fecha 19 de julio de 2012 accediendo al nombramiento de auditor solicitado, e interpuesto recurso fue desestimado por RDGRN de 7 de mayo de 2013, siendo asimismo rechazada la reclamación administrativa previa al ejercicio de acciones civiles formulada

La DGRN en su resolución, confirma el nombramiento de auditor efectuado por el Registrador Mercantil de Murcia por similares fundamentos a los de éste, y que, en extracto, son: (a) el nombramiento de auditor en el ejercicio del **derecho de separación** procede cuando se aprecie por el registrador la concurrencia de los requisitos previstos en el art 348 bis LSC; (b) que los acuerdos anulatorios de la anterior adoptados por Junta de 31 de mayo de 2012 no pueden impedir el ejercicio previo por el socio de su **derecho de separación** y (c) la vigencia del art 348 bis al tiempo del ejercicio por el socio del **derecho de separación**

vii) TRAZADOS CAPITAL RENTA SL presenta demanda que da lugar a los presentes autos para que se deje sin efecto esta resolución de la DGRN de 7 de mayo de 2013.

2. En esencia, aduce la actora (a) que la RDGRN se ha extralimitado en las funciones asignadas a dicho organismo, asumiendo competencias reservadas a los tribunales, ya que en caso de discrepancia entre la sociedad y el socio sobre si procede el ejercicio del **derecho de separación**, la misma debe ser resuelta por el orden jurisdiccional; (b) la no concurrencia de los requisitos del artículo 348 bis LSC, por no existir votación relativa a la aplicación del resultado del ejercicio 2010, y por ende, acuerdo contrario a la distribución de dividendos, sin que la votación relativa a la aplicación del resultado pueda entenderse implícitamente en la genérica aprobación de las cuentas anuales y, (c) que el procedimiento regulado en el artículo 348 bis se encuentra legalmente en suspenso.

A ello se oponen la Administración General del Estado y PATO

3. La sentencia estima la demanda. Asume el primero de los motivos planteados por la actora, y tras un extensa motivación, que desglosa en el fundamento cuarto, considera que, al existir discrepancia sobre la concurrencia de los requisitos previsto en el art 348bis para la existencia del **derecho de separación**, no puede el Registrador Mercantil designar auditor, pues estaría así resolviendo sobre una controversia entre particulares en la aplicación de la LSC, que únicamente puede resolver el orden jurisdiccional. Estima que debió denegarse o suspenderse por el Registrador Mercantil el nombramiento de auditor. Consecuencia de ello, no entra a analizar las restantes alegaciones, y en consecuencia, si concurren o no 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"*

4. Frente a esta sentencia se alza la socia minoritaria (PATO) que pide su revocación y se declare la corrección de la RDGRN de 7 de mayo de 2013, y, consecuentemente el derecho de la minoritaria al nombramiento del auditor solicitado.



Se invocan, en extracto, los siguientes motivos: 1º) se deja imprejuzgada la cuestión principal puesta de manifiesto por las partes relativa a la concurrencia o no de los requisitos para que se pueda hacer efectivo el **derecho de separación** del artículo 348 bis LSC y su vigencia, con alegación de (a) falta de motivación, congruencia y exhaustividad y (b) la competencia de los Registros Mercantiles y por ende de la DGRN para resolver sobre el nombramiento de auditor, aunque haya discrepancia u oposición de la mercantil con el socio sobre su concurrencia; 2º) cumplimiento de los requisitos del artículo 348 Bis LSC y 3º) la aplicabilidad temporal del art 348bis LSC

5. A ello se opone TRAZADOS CAPITAL RENTA SL, que pide la confirmación de la sentencia, en tanto que la Administración General del Estado (DGRN) se adhiere al recurso de apelación; postura procesal esta última que no está prevista en la LEC y no puede ser tenida en consideración, pues si consideraba que la sentencia debía revocarse, debió apelar en su día, y al no hacerlo, le ha precluido esa posibilidad (art 136LEC), que no renace con el traslado del art 461LEC

Segundo. La incongruencia omisiva y falta de motivación

1. Hemos señalado en precedentes sentencias (por todas, la de 9 de octubre de 2014) que la *incongruencia omisiva*, también denominada *infra petita*, según señala la STC 204/2009, que a su vez se remite a la STC 73/2009, se produce

"cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda deducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución".

En caso presente no puede ser estimada la queja de orden procesal por las razones siguiente:

i) Carece de legitimación la apelante para su invocación. Si la socia minoritaria (PATO) es la demandada, y no formula reconvencción, no se explica qué cuestión planteada por ella no ha recibido respuesta judicial. El que en su contestación diga que se cumplen los requisitos del art 348bis, no significa que haya ejercitado pretensión; y si nada pide, la respuesta judicial dada a la misma no puede tacharse de incongruente

ii) La sentencia da respuesta a la concreta pretensión objeto del recurso, que no es otro que la impugnación de la resolución de la RDGRN, que se deja sin efecto, por lo que si la demanda es estimada en su integridad difícilmente se puede predicar de la misma incongruencia omisiva

iii) El que al estimarse el motivo de orden competencial, no se entre en los restantes motivos de fondos (en definitiva, si es aplicable temporalmente y concurren los presupuestos del art 348 Bis LSC en el caso presente) no significa que la sentencia sea incongruente y no sea exhaustiva. Así ocurre siempre que se aprecia una excepción de orden procesal o previa al fondo, como, por ejemplo, la prescripción.

Que ello pueda considerarlo insatisfactorio la parte es distinto a que predicar infracción del art 218LEC. No es exigible un pronunciamiento sobre el fondo si se estima ese motivo de orden procesal o previo, pues los órganos judiciales no están obligados a emitir opiniones, a modo de dictámenes jurídicos, sino que deben resolver controversias, como ha hecho el juez a quo

iv) Si el juzgado considera que el procedimiento presente no es el adecuado para resolver si concurren los presupuestos del art 348 Bis LSC, lo que resultaría contradictorio es que después se pronunciara sobre ello. En ese caso si podría tacharse la sentencia de incurrir en la llamada "incongruencia interna"

2. En cuanto a la ausencia de *motivación*, que implica infracción del art 218.2 LEC, art 24 y 120 CE, es doctrina consolidada la que señala que esta exigencia no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla (SSTS de 29 abril 2008, de 22 mayo 2009, 9 julio 2010 y 18 mayo 2012)

En el presente caso la sentencia de instancia, de forma acertada, expone los datos esenciales de orden fáctico, y con una exhaustiva argumentación, digna de ser realizada, las razones de orden jurídico que le conducen a estimar la demanda. Se podrá discrepar de esa argumentación, pero ello en ningún caso habilita a la parte a tachar la sentencia como insuficientemente motivada, porque no se pronuncia sobre los requisitos de fondo del **derecho de separación**, confundiendo este requisito con el de la congruencia

3. Se desestiman ambas quejas de orden procesal

Tercero.-El derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos. Marco normativo



1. El artículo 348 bis LSC recoge el **derecho de separación** en caso de falta de distribución de dividendos en los términos siguientes

*" 1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá **derecho de separación** en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.*

*2. El plazo para el ejercicio del **derecho de separación** será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.*

3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas."

Introducido por 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/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, entró en vigor el 2 de octubre de 2011. Parece que el legislador dio marcha atrás, y sin llegar a derogarla, decidió suspender su vigencia con 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 en su artículo primero, adicionó a la LSC una disposición transitoria por la que acordó la suspensión del artículo 348 bis LSC hasta el 31 de diciembre de 2014. Suspensión prorrogada por la disposición final primera del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, hasta el 31 de diciembre de 2016.

Por tanto, el artículo 348 bis LSC ha estado vigente en el periodo comprendido entre el día 2 de octubre de 2011 hasta el día 24 de junio de 2012, y vuelve a estarlo desde el 1 de enero de 2017, con un proyecto legislativo en tramitación en estos momentos para su modificación

Por su parte el artículo 353.1 LSC, en las disposiciones comunes sobre separación y exclusión de socios, preceptúa

"1. 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, serán valoradas por un experto independiente, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración."

El art 363 del Reglamento del Registro Mercantil prevé que el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil para la determinación del valor real de las acciones o participaciones en los casos establecidos por la Ley (el experto independiente que prevé el art 353 LSC), se efectuará a solicitud del interesado, de conformidad con lo previsto en los artículos 351 y siguientes. En ellos se establece, en lo que aquí interesa, que la solicitud, con indicación de la causa que lo justifica, habrá de acompañarse, en su caso, de los documentos acreditativos de la legitimación del solicitante, de la que se trasladará a la sociedad afectada, que podrá oponerse al nombramiento en el plazo de cinco días, con aportación de prueba documental de que no procede el nombramiento o si niega la legitimación del solicitante, resolviendo a continuación el Registrador según proceda (art 354), con la posibilidad de recurso ante la DGRN. En caso de firmeza de la resolución del Registrador, se procederá al nombramiento solicitado.

Cuarto.- La competencia registral para el nombramiento de auditor para la valoración de participaciones en caso de separación del socio

1. Ya hemos dicho que el Juzgado estima la demanda porque considera que al existir discrepancia entre el socio y sociedad sobre la concurrencia de los requisitos previstos en el art 348bis para la existencia del **derecho de separación**, no puede el Registrador Mercantil designar auditor. Es decir, al cuestionarse el mismo **derecho de separación**, es preciso antes del nombramiento del experto una resolución judicial firme que así lo declare

2. Sin perjuicio de resaltar el notable esfuerzo del juzgador en razonar su respuesta, como se aprecia de la lectura del fundamento jurídico cuarto, no compartimos este parecer por los argumentos siguientes

2.1. La discrepancia sobre los presupuestos del art 348bis LSC no priva de competencia para la designación de experto independiente al Registrador Mercantil

No hay duda que el Registrador Mercantil es el órgano al que el legislador encomienda la designación de experto independiente (por lo que la invocación por el apelado de la SAP de Las Palmas de Gran Canaria, de 11 de octubre de 2011 nada aporta, pues su presupuesto es negar esa competencia del Registrador). Se trata de una función distinta al control de legalidad de las inscripciones registrales que se efectúa a través del juicio de calificación (art 18 CCo), cuya previsión legal está en el art 16.2 CCo, y se desarrolla en el Capítulo II el Título



III del RRM. Función de designación que no es discrecional ni automática, sino que procederá " en los casos establecidos en la Ley", es decir, condicionada a la observancia de los requisitos legales y reglamentarios, tanto en cuanto a la legitimación del solicitante como en cuanto a la causa de la designación, como se deduce del art 351 , 352 y 354 RRM . Control que no solo se puede realizar de oficio, sino a instancia de la sociedad afectada, en el trámite de oposición conferido, sin que esa oposición impida la posibilidad de nombramiento de experto, pues expresamente se contempla que tras ella procederá el Registrador a resolver "según proceda "(art 354.3RRM)

Por tanto, no compartimos el argumento de la sentencia (enumerado como 1) según el cual del artículo 353 LSC se desprende que la actuación del Registrador Mercantil procedería cuando la única discrepancia versa 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. Y ello porque (i) esa discrepancia es el presupuesto de la intervención registral (si no la habría no sería necesario nombrar experto) y, (ii) no delimita la oposición del art 354 RRM , que se define en términos amplios, al poder alegarse la improcedencia del nombramiento, comprensiva de la ausencia de concurrencia de los requisitos para el ejercicio del **derecho de separación**

Esta conclusión se refuerza si acudimos a la naturaleza de esta competencia registral, distinta al juicio de legalidad que se realiza a través de la calificación, que se puede encuadrar como un supuesto de jurisdicción voluntaria, en la línea después consagrada por la Ley 15/2015, de 2 julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Muestra de ello es la reforma en esa misma Ley del art 40 CCo que prevé el nombramiento por Letrado de la Administración de Justicia o Registrador Mercantil de auditor de cuentas por petición fundada de quien tengan interés legítimo, en un caso a través del cauce diseñado en la LJV y en otro por los trámites del RRM. Ello no afecta a su naturaleza, compatible con el que se lleve a efecto por órganos distintos a los jueces, como remarca la Exposición de Motivos de la Ley 15/2015

Y si bien no es de directa aplicación, nos puede servir de parámetro exegético para valorar la eficacia de la oposición en el expediente registral, la previsión de la LJV, que en su art 17.3 reseña que la oposición formulada por los interesados no transforma en contencioso el expediente ni impide que continúe su tramitación hasta su resolución, salvo que expresamente la ley lo prevea

No asumimos el parecer de la sentencia (antepenúltimo párrafo del fundamento cuarto) que reduce el ámbito de decisión del Registrador Mercantil a los casos en los que la sociedad no manifiesta ni su acuerdo ni su discrepancia

Además si se reconoce que ello es así y, por ende, que no procede la estimación de la solicitud cuando del expediente no resulte aquella concurrencia, a pesar de la ausencia de oposición de la contraparte (RDGRN de 26 de septiembre de 2014), no se explica por qué no puede nombrarlo cuando considera que sí concurren, aunque se nieguen por la sociedad

2.2. El nombramiento de experto por el Registrador Mercantil en caso de discrepancia sobre los presupuestos del art 348bis LSC no implica ejercicio de funciones jurisdiccionales

El Registrador Mercantil no se arroga competencias jurisdiccionales cuando decide el nombramiento del experto independiente, siendo consustancial para ello que previamente verifique la concurrencia de los presupuestos legales que habilitan ese nombramiento. Se limita a analizar esos presupuestos, y a los solos efectos de ese expediente registral, sin autoridad de cosa juzgada, pues en todo caso la resolución registral pondrá fin a la vía administrativa, sujeta a control judicial. Control por los tribunales del orden civil, en este caso por los juzgados de lo mercantil, a pesar de que la resolución impugnada emana de un órgano de la Administración Pública. Así lo ha establecido la STS de 8 de julio de 2002, Sala de lo Contencioso , que argumenta que la resolución relativa al nombramiento de auditor no está sujeta a derecho administrativo, puesto que tiene como fondo una materia netamente de derecho privado

Se desestima con ello la infracción del art 24 y 117 CE aducidos en la demanda

2.3 La designación registral de experto en caso de divergencia no implica merma de las garantías procesales

La DGRN (entre otras en Resolución de 15 de junio de 2016) ha puesto de manifiesto que estos procedimientos regulados en los arts. 350 y ss. RRM no están sujetos al sistema de revisión previsto para la calificación registral (art 322 y ss LH), sino que contra lo decidido por el Registrador cabe recurrir ante la DGRN (art 354.3 RRM), que pone fin a la vía administrativa; resolución contra la que cabe juicio ordinario ante el Juzgado Mercantil, con lo recursos correspondientes

Se permite, pues, que la parte que no esté conforme con ella, pida su revisión judicial, en este caso porque considere que no se dan los requisitos para el nombramiento de experto independiente; litigio en el que puede hacer valer su pretensión con plenitud de facultades



Discrepamos por ello con el argumento de la sentencia (enumerado como 2) según el cual no es posible con la revisión judicial de una decisión meramente instrumental, como es el nombramiento de auditor, verificar la concurrencia de los requisitos del **derecho de separación**, pues con ello " *se estaría privando a las partes del oportuno procedimiento judicial ... que debe tener por exclusiva finalidad...la decisión sobre esta materia*".

No compartimos este parecer porque no apreciamos qué facultades procesales se le han privado a la actora para mantener que el **derecho de separación** del art 348 Bis LSC no procede, y por ende, que debe ser dejado sin efecto el nombramiento de experto independiente. Nos encontramos ante un juicio ordinario en el que ha formulado las alegaciones y pruebas que ha tenido por conveniente para sostener su pretensión, sin limitación alguna

Tampoco apreciamos qué inconveniente existe para proceder en este procedimiento a la verificación de los requisitos del art 348bis cuestionados, o de otros vinculados con el mismo que pudieran haberse alegado (como un abuso de derecho, etc). No vemos por qué ello debe realizarse necesariamente en un procedimiento autónomo, con ese solo objeto, y de forma previa al nombramiento registral del experto independiente, cuando, reiteramos, no hay merma en cuanto a las facultades de alegaciones, pruebas y sistema de recursos

En cuanto a la hipótesis que plantea la sentencia (que un procedimiento sobre el derecho del art 348bis que llegara a una solución distinta al registrador sobre la concurrencia de los requisitos del **derecho de separación**), ello no es algo ajeno a los procedimientos de jurisdicción voluntaria), pudiendo servir de pauta interpretativa lo previsto en el art 19.4 LJV , así como en los casos de tramitación simultánea (art 6LJV), habiendo ya contemplado la propia DGRN (resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 5 de agosto, 1 de octubre y 10 de diciembre de 2014 en materia de recursos contra la designación de auditores en aplicación de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), casos de suspensión del procedimiento registral (vgra. cuando se está discutiendo en vía judicial la condición de socio o porcentaje de participación en el capital social), que entendemos aquí trasladables

2.4 La efectividad del **derecho de separación**

La sentencia (en su argumento 4) rechaza que su tesis haga ilusorio el **derecho de separación** del socio. Considera que " *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."*

Entendemos, en contra de este parecer, que lleva razón el socio apelante cuando afirma que con la interpretación de la sentencia se altera el sistema legal, con merma del **derecho de separación**: el socio debe ejercitar su derecho en un mes (art 348bis.2LSC) y si no hay acuerdo, debe pedir al Registrador Mercantil el nombramiento de experto independiente para valoración de sus acciones o participaciones (art 353LSC), donde podrá oponerse la sociedad, como hemos visto, sin que se exija en el mismo un pronunciamiento judicial previo que declare ese derecho cuando haya divergencia entre socio y sociedad sobre su concurrencia

Además, desde la óptica de la efectividad de los derechos, se antoja excesivamente gravoso el resultado al que conduce la tesis mantenida en la sentencia

2.5 Finalmente, los riesgos invocados en la sentencia (el conocimiento de información sensible de la sociedad y perjuicios económicos por la retribución de un experto cuando después judicialmente puede ser que se declare improcedente el **derecho de separación**) no son concluyentes.

Es verdad que el nombramiento de experto pone en marcha un mecanismo que supone el análisis económico de la sociedad, pero ello no es por el socio, como dice la sentencia sino por el experto (art 354.1 LSC). Y si ese profesional hiciera un uso inadecuado de la información obtenida deberá responder de los daños y perjuicios causados. De igual modo en su caso el socio, de los datos o magnitudes que puedan contenerse en el informe del experto, que no olvidemos es de valoración de las participaciones o acciones, no una auditoría de la sociedad

En cuanto al abono de una retribución, si bien conforme al artículo 355 LSC correrá a cargo de la sociedad, se sobreentiende que el precepto se refiere a aquellos casos en los que el **derecho de separación** procede, sin descartarse la posibilidad de reembolso. Precisamente a ello apunta la ratio del apartado 2 del mismo precepto, al permitir a la sociedad el reembolso proporcional al socio excluido, como responsable del comportamiento que habilita la exclusión



3. Se desestima el motivo

Quinto.- La procedencia del nombramiento de auditor

1. Resuelto lo anterior procede analizar si la decisión de nombramiento del experto independiente del art 353LSC procede al concurrir los presupuestos para ello. En ese caso, los del art 348 bis LSC, que recoge el **derecho de separación** del socio en caso de falta de distribución de dividendos y que son los siguientes: a) que la sociedad no se cotizara y el transcurso de 5 ejercicios desde la inscripción registral de la misma, no la negativa reiterada al reparto de dividendos manifestada durante cinco ejercicios.; b) que la junta no haya acordado la distribución del dividendo mínimo legalmente definido; c) el voto del socio a favor de la distribución de dividendos y, d) el ejercicio del **derecho de separación** en el plazo de un mes desde la fecha de la celebración de la junta.

2. En este caso, la sociedad actora considera (a) que falta el presupuesto legal, al no existir votación relativa a la aplicación del resultado del ejercicio 2010, y por ende, acuerdo contrario a la distribución de dividendos, sin que la votación relativa a la aplicación del resultado pueda entenderse implícitamente en la genérica aprobación de las cuentas anuales, y (b) que el procedimiento regulado en el artículo 348 bis se encuentra legalmente en suspenso

3. Limitado el enjuiciamiento a estos extremos (por imperativo del art 218 y 465LEC), y principiando por este último, por razones lógicas, en tanto que afecta al régimen legal aplicable, nos remitimos al apartado 1 del fundamento tercero sobre los avatares de una norma (el tan citado artículo 348 bis LSC) que ha estado vigente en el periodo comprendido entre el día 2 de octubre de 2011 hasta el día 24 de junio de 2012

En ese periodo tiene lugar la junta general de 29 de marzo 2012 en la que se dice que no se acuerda la distribución de dividendos, se ejercita frente a la sociedad el derecho y se pide al Registrador el nombramiento de experto independiente (17 de abril y 29 de mayo de ese año).

Por tanto, el motivo de oposición decae porque cuando tiene lugar el hecho desencadenante del derecho y se ejercita estaba en vigor la norma, sin que el que después se suspendiera impida su aplicación, que implicaría una aplicación retroactiva de la suspensión a supuestos en los que se había ejercitado el derecho, contraria al art 2.3CC

Tampoco es determinante que las cuentas anuales aprobadas en la junta de marzo de 2012 sean las del ejercicio 2010, pues no son ellas las que determinan el derecho a aplicar pues, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2006 (en un caso de separación de los actualmente recogidos en el art 346 LSC, que consideramos trasladable) *"nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta..."*

No obsta a ello la cita descontextualizada de la SAP de Guipúzcoa, sección 2ª, de fecha 18 de noviembre de 2013 efectuada por la apelada, que no es contraria al parecer jurisprudencial dominante es el antes expuesto. En este sentido, SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 26 de marzo de 2015 ; SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, de 2 de diciembre de 2015 (inclusive en un caso en el que la comunicación del socio se formuló cuando ya había entrado en vigor la suspensión del precepto) o SAP de A Coruña, sección 4ª, de 21 de marzo de 2014, en la que precisamente se reconoce el derecho a la separación del socio minoritario por la no distribución de los beneficios del ejercicio 2010

4. Respecto de la concurrencia del presupuesto para activar el **derecho de separación** del art 348bis LSC, la alegación de que no existió en la junta general de 29 de marzo 2012 votación relativa a la aplicación del resultado del ejercicio 2010 y, en consecuencia, acuerdo contrario a la distribución de dividendos, no se corresponde a la realidad, sin que el juzgado yerre en la fijación de hechos, tal y como hemos extractado ut supra .

La lectura del acta notarial de la Junta de la sociedad apelada de 29 de marzo de 2012 pone de relieve, como con acierto expuso el Registrador Mercantil en su día, que en esa junta se acordó la aplicación de resultado del ejercicio 2010 íntegramente a reservas, con el voto en contra del socio minoritario PATO, que solicitó expresamente el reparto de dividendos. Y ello es así porque en dicha junta se sometió a debate y aprobación las Cuentas Anuales del ejercicio 2010, cuya Memoria incluye un apartado 3 relativo a aplicación de resultados en el que se prevé destinar el resultado positivo del ejercicio de 112.838,76€ a reservas voluntarias, estando en blanco el apartado destinado a dividendo. Cuentas Anuales, y con ella la Memoria y por tanto ese aplicación de resultado, que fue aprobada con el voto favorable del socio mayoritario, con el voto en contra del minoritario, que solicitó expresamente el reparto del beneficio obtenido durante el ejercicio



Como pone de relieve la SAP de Barcelona, de 26 de marzo de 2015, la doctrina ha destacado que la redacción del precepto es muy desafortunada, por lo que compartimos que las consideraciones vertidas en esta resolución que concluye

*"Ante un texto tan equívoco, entendemos que el **derecho de separación** exige que el socio asistente a la junta muestre en ella su posición favorable a un reparto de dividendos en cifra superior a una tercera parte de los beneficios, de un lado, y que la junta acuerde una distribución distinta (inferior), de otro*

*[...]La demandada considera que los actores debieron instar la modificación del orden del día, para introducir una propuesta de distribución que respetara lo dispuesto en el artículo 348 bis del TRLSC. No compartimos esa alegación, que vedaría, de facto, el ejercicio del **derecho de separación** a aquellos socios minoritarios con un capital inferior al cinco por ciento, porcentaje exigido por el artículo 172 de la Ley para el complemento de convocatoria. Aquél precepto no exige que el socio promueva la modificación o el complemento del orden del día"*

Y los requisitos indicados en el caso presente, como hemos visto, concurren

Ello no es contradictorio con el defecto observado por el Registro Mercantil cuando se solicitó su depósito, pues lo que decía era que no constaba en la certificación presentada la aplicación de resultado, que es distinto a decir que no había habido aplicación de resultado. Como dice el Registrador en su resolución de 19 de julio de 2012 ello hubiera podido subsanarse fácilmente añadiendo dicho dato a la certificación, sin necesidad de nueva junta general

El que en la junta general de 31 de mayo de 2012 se acordara aprobar las cuentas del mismo ejercicio 2010, pero aplicando el resultados a dividendos, lo que pone de relieve es que la sociedad - con el voto a favor del socio mayoritario y con el voto en contra del minoritario solicitando expresamente el reparto del beneficio obtenido - decidió modificar el acuerdo inicial. Ello es lícito, pero la jurisprudencia no le ha reconocido eficacia para desactivar derechos ya adquiridos y ejercitados por el socio antes de esa modificación. Así, la STS de 23 de enero de 2006 en un caso de ejercicio del **derecho de separación** como consecuencia de un acuerdo de modificación estatutaria dice

"Es "innegable" únicamente que la sociedad podrá rectificar, desistir, arrepentirse o renunciar, pero en tal caso nunca en perjuicio de quien ya ha ejercitado el derecho, salvo que cuente con su conformidad. Se deduce esta regla del artículo 6.2 del Código civil, ya que el desistimiento, como acto abdicativo unilateral no puede perjudicar a quien ha adquirido ya un derecho por razón de un acto anterior del renunciante"

Doctrina jurisprudencial al ser reiterada en la STS de 18 de octubre de 2012

" nuestro sistema admite de forma expresa que las sociedades mercantiles adopten acuerdos que dejen sin efecto los anteriores, mediante la adopción de otros para revocar expresamente los adoptados o mediante la adopción de otros incompatibles. Ello, sin perjuicio de que, como indica la sentencia 32/2006, de 23 de enero, no existe un "derecho al arrepentimiento" con proyección sobre derechos adquiridos por terceros e incluso por socios a raíz del acuerdo revocado..."

Doctrina de la que se hace eco la RDGRN de 20 de septiembre de 2017.

En todo caso, la posible eficacia enervante de ese acuerdo posterior de mayo de 2012 ni siquiera es planteada en la oposición al recurso por la sociedad apelada

5. No cuestionados otros requisitos del art 348Bis LSC, la conclusión no puede ser otra que considerar acertada la Resolución de la DGRN que confirmaba el nombramiento de experto independiente para la valoración de participaciones sociales solicitada por el socio con arreglo al art 348 Bis LSC. Por tanto, procede la estimación del recurso de apelación, con la consiguiente revocación de la sentencia, y con ello la desestimación de la demanda inicial

Sexto.- Las costas

1. Atendidas las dudas jurídicas que la materia suscita y la ausencia de jurisprudencia, no obstante la desestimación de la demanda, no procede imposición de las costas de la primera instancia a la actora (art 394LEC)

2. La estimación del recurso conlleva, en aplicación del artículo 394.1 y 398 LEC, que no proceda efectuar imposición de costas de la apelación

Vistas las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS



Que estimando el recurso de apelación formulado por PROYECTOS ASESORAMIENTO Y TRANSPORTES OCCIDENTALES SL contra la sentencia dictada el 23 de mayo de 2017 por el Juzgado Mercantil nº 2 de Murcia , debemos revocar dicha resolución en el sentido de desestimar la demanda instada por TRAZADOS CAPITAL-RENTA SL, sin imposición de las costas causadas en ambas instancias

Devuélvase el depósito para recurrir a los apelantes

Devuélvase la causa al Juzgado de procedencia con certificación de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

MODO DE IMPUGNACION

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días desde que sea **no** tificada, debiendo consignar la cantidad de 50 ? (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la D. A. 15ª LOPJ y en su caso, la tasa prevista en la Ley 10/2012

FONDO DOCUMENTAL CENDI