



Roj: **SJM BA 3300/2018 - ECLI:ES:JMBA:2018:3300**

Id Cendoj: **06015470012018100164**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Badajoz**

Sección: **1**

Fecha: **16/10/2018**

Nº de Recurso: **62/2018**

Nº de Resolución: **169/2018**

Procedimiento: **Pieza incidente concursal. Otros (Art. 192 LC)**

Ponente: **PEDRO MACIAS MONTES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO. DE LO MERCANTIL N. 1

BADAJOZ

SENTENCIA: 00169/2018

C/ CASTILLO PUEBLA DE ALCOCER, 20

Teléfono: 924286421, Fax: 924286455

Equipo/usuario: 4

Modelo: N04390

N.I.G.: 06015 47 1 2018 0000067

IRR IMPUGNACION RESOLUCIONES REGISTRADORES 0000062 /2018

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE , DEMANDANTE , ACREEDOR D/ña. Romulo , Rubén , ADMINISTRACION DEL ESTADO

Procurador/a Sr/a. LUIS VELA ALVAREZ, LUIS VELA ALVAREZ ,

Abogado/a Sr/a. JAVIER ORTEGA ENCISO, JAVIER ORTEGA ENCISO , ABOGADO DEL ESTADO

DEMANDADO , DEMANDADO D/ña. DIRECCION GENERAL DE REGISTROS Y NOTARIADO, AUTOMATICOS FAME S.A

Procurador/a Sr/a. , ROSA MARIA ANDRINO DELGADO

Abogado/a Sr/a. ,

SENTENCIA Nº169/2018

En Badajoz, a 16 de octubre de dos mil dieciocho.

Vistos por mí, **D. Pedro Macías Montes**, Magistrado-Juez Accidental del Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de Badajoz y su Partido Judicial los presentes autos de impugnación de resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, seguidos bajo el ordinal nº 62/2018 a instancia de **D. Romulo y D. Rubén** , representados por el Procurador de los Tribunales, Sr. Vela Álvarez, y asistidos de Letrado, Sr. Ortega Enciso; frente a **DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO**, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado y frente a "**AUTOMÁTICOS FAME**", **S.A.**, representada por la Procuradora de los Tribunales, Sra. Andrino Delgado, y asistida de Letrada, Sra. Ventura Tirado; sobre impugnación de resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por los arriba identificados como demandantes se interpuso demanda de impugnación contra la resolución dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 4 de diciembre de 2.017, por la que se estimaba el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Registro Mercantil de Badajoz de fecha 25 de agosto de 2.017, por la mercantil "AUTOMÁTICOS FAME", S.A., y en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que se estimaron oportunos y que aquí se dan por reproducidos, suplicaban finalmente la íntegra estimación de su pedimento, esto es, se deje sin efecto la resolución impugnada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la parte demandada y a la Abogacía del Estado, emplazándoles para su contestación en el plazo legal de diez días.

TERCERO.- Evacuado el emplazamiento conferido, por la demanda, a través de su representación procesal, se presentó en debida forma escrito de contestación oponiéndose a lo solicitado y que se confirme la resolución impugnada.

Por la Abogacía del Estado, en su representación especial, se presentó escrito de contestación en debida forma, oponiéndose a la demanda interpuesta y solicitando la confirmación de la resolución impugnada.

CUARTO.- Siendo necesaria celebración de vista, fueron las partes citadas señalándose día y hora. Llegado el día señalado, se celebró vista con la comparecencia de las partes debidamente asistidas y representadas, y tras la práctica de la prueba declarada previamente pertinente, quedaron los autos pendientes de resolución. Se han seguido las prescripciones legales. El acto de la vista fue grabado en soporte audiovisual de conformidad con lo dispuesto en el art. 147 de la LEC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por los demandantes, impugnación de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 4 de diciembre de 2.017, por la que se estima el recurso de alzada interpuesto por la mercantil de "AUTOMÁTICAS FAME", S.A., frente a la resolución del Registro Mercantil de 25 de agosto de 2.017, al estimarla no ajustada a derecho por los motivos que son de ver en su escrito de demanda y que se dan por reproducidos.

SEGUNDO.- La demandada se opuso a la pretensión suscitada de contrario, solicitando la confirmación de la resolución impugnada al considerarla ajustada a derecho.

La Abogacía del Estado, en su representación especial, se opuso a la demanda interpuesta, solicitando la confirmación de la resolución impugnada al estimarla ajustada a derecho.

TERCERO.- En el ámbito de recursos contra calificación registral, regulada en el Título XIV, del Decreto de 8 de febrero de 1.946, por el que se aprueba el texto de la Ley Hipotecaria, el art. 328 dispone que: "*Las calificaciones negativas del Registrador y en su caso, las resoluciones expresas y presuntas de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia del recurso contra la calificación de los Registradores serán recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional civil, siendo de aplicación las normas del juicio verbal. La demanda deberá interponerse dentro del plazo de dos meses, contados de la notificación de la calificación o, en su caso, de la resolución dictada por la Dirección General, o, tratándose de recursos desestimados por silencio administrativo, en el plazo de cinco meses y un día desde la fecha de interposición del recurso, ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble y, en su caso, los de Ceuta o Melilla. Están legitimados para la interposición de la misma los que lo estuvieren para recurrir ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. A este fin, recibido el expediente, el Secretario judicial a la vista de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, les emplazará para que puedan comparecer y personarse en los autos en el plazo de nueve días. Carecen de legitimación para recurrir la resolución de la Dirección General el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, el Consejo General del Notariado y los Colegios Notariales. El Notario autorizante del título o su sucesor en el protocolo, así como el Registrador de la propiedad, mercantil y de bienes muebles cuya calificación negativa hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la Dirección General de los Registros y del Notariado podrán recurrir la resolución de ésta cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sean titulares. El Juez que conozca del recurso interpuesto podrá exigir al recurrente la prestación de caución o fianza para evitar cualquier perjuicio al otorgante del acto o negocio jurídico que haya sido calificado negativamente. La Administración del Estado estará representada y defendida por el Abogado del Estado. No obstante, cuando se trate de la inscripción de derechos en los que la Administración ostente un interés directo, la demanda deberá dirigirse contra el Ministerio Fiscal. Lo establecido en este artículo se entiende sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados a contender entre sí acerca de la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado o la de este mismo. El procedimiento judicial en ningún caso paralizará la resolución definitiva del recurso. Quien propusiera la demanda para que se declare la validez del título podrá pedir anotación preventiva de aquélla, y la que se practique se retrotraerá a la fecha del*



asiento de presentación; después de dicho término no surtirá efecto la anotación preventiva de la demanda sino desde su fecha".

CUARTO.- En el presente, solicitan los demandantes la revocación de la resolución dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado y que se ordene al Registro Mercantil el nombramiento de experto independiente.

De los antecedentes obrantes en las actuaciones, consta que el Registro Mercantil, en fecha 25 de agosto de 2.017, dictó resolución por la que, sin entrar a calificar cuestiones materiales o de fondo, comprobados requisitos normativos previstos en los artículos **348 bis** y ss. de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, en adelante LSC), estimó el nombramiento de experto independiente solicitado por los hoy demandantes. Recurrida en alzada por la mercantil demandada, la Dirección General de los Registros y del Notariado, dicta en fecha 4 de diciembre de 2.017, resolución por la que estimando la alzada revoca la resolución del Registro Mercantil, razonando la no concurrencia de beneficio repartible como presupuesto que legitime el **derecho de separación** de los socios.

El art. **348 bis** de la LSC, dispone que: " **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".

El ejercicio del **derecho de separación** del socio, en aplicación del art. **348 bis** de la LSC, requiere como afirma la doctrina legal (entre otras, la SAP de Barcelona, de 26 de marzo de 2.015) la concurrencia de los siguientes requisitos:

- Que la sociedad lleve cinco años inscrita en el Registro Mercantil. La norma, por tanto, sólo exige cinco años desde la inscripción, no la negativa reiterada al reparto de dividendos manifestada durante cinco ejercicios.
- 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 durante el ejercicio anterior al acuerdo.
- Que los beneficios sean legalmente repartibles.
- Que el socio hubiese votado a favor de la distribución de dividendos.
- Que el derecho se ejercite en el plazo de un mes desde la fecha de la celebración de la junta.
- Que no se trate de una sociedad cotizada.

En el mismo sentido, la Sentencia nº. 379/2013, de 25 de septiembre, de Juzgado de lo Mercantil nº. 9 de Barcelona, concreta cada uno de estos presupuestos al establecer que:

- Que la sociedad lleve cinco años inscrita en el Registro Mercantil. Será necesario que hayan transcurrido cinco ejercicios a partir de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil. Afectará a todas las sociedades capitalistas no cotizadas ya estuvieran constituidas a la entrada en vigor del precepto ya sean nuevas, según podemos deducir de la literalidad del precepto y de la ausencia de disposiciones transitorias.
- Que el socio hubiese votado a favor de la distribución de dividendos. Se trata de una norma especial más restrictiva que la prevista como regla general en el art. 346 LSC, por lo que únicamente estarán legitimados para ejercitar la decisión unilateral de separación por falta de distribución de dividendos los socios que hubieran votado a favor de la distribución de éstos o, en su caso, los que hubieran votado en contra de la retención, pues el sentido del voto cambiará según esté redactado el punto del orden del día.
- Que la junta general no acuerde un reparto de dividendos de al menos un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social durante el ejercicio anterior. A la hora de interpretar la expresión "beneficios propios de la explotación del objeto social" debemos acudir a la mens legislatoris que ofreció la justificación siguiente sobre el indicado precepto: " El derecho del socio a las ganancias sociales se vulnera frontalmente si, año tras año, la junta general, a pesar de existir beneficios, acuerda no repartirlos. Entendiéndose, por tanto, que la indicada expresión se refiere a la actividad ordinaria de la sociedad y que excluye, entre otros supuestos, los beneficios extraordinarios y las plusvalías susceptibles de ser reflejadas.
- Que los beneficios sean legalmente repartibles. Se podrán no repartir beneficios cuando se justifique en una limitación legal, como por ejemplo, en la necesidad de compensar pérdidas o de dotar reservas legales o



estatutarias. El reparto de dividendos debe producirse en el momento en que la empresa ha hecho frente a todos sus gastos financieros y ha satisfecho los impuestos.

En el presente, si bien es cierto que se cumplen los tres primeros requisitos, como se desprende ya de la resolución inicial del Registro Mercantil; sin embargo, no puede entenderse la concurrencia del último presupuesto relativo a la existencia de un beneficio legalmente repartible. Del tenor del art. 31 del Estatuto social, se deduce que para que pueda existir derecho a un dividendo repartible, es preciso de los beneficios obtenidos cubrir antes dotación de reserva legal y demás atenciones, así como reserva voluntaria y fondo de previsión para inversiones. Una vez cubiertos estos conceptos, puede hablarse de un derecho al dividendo repartible. Como razona la resolución recurrida y alega la mercantil demandada, la previsión estatutaria es conforme con la normatividad inmanente a la Ley de Sociedades de Capital (artículos 273 y 274), por lo que la norma convencional no colisiona con la norma legal, de mayor rango jerárquico, que atribuye la facultad de separación al socio. Por ello, aunque formalmente concurriesen los requisitos que legitiman al socio para ejercer el **derecho de separación** ante la decisión negativa de la Junta General de reparto de dividendo, sin embargo, tal decisión vino motivada por la necesidad de cubrir aquellas atenciones legales recogidas estatutariamente y que condicionan la existencia de un beneficio repartible, y por tanto, de un derecho al dividendo concreto. Es así, que no puede entenderse el requisito doctrinal de la existencia de un beneficio repartible como presupuesto que legitime el **derecho de separación** del socio a tenor del art. **348 bis** de la LSC. La resolución impugnada es pues, ajustada a derecho.

QUINTO.- En relación a la excepción de falta de representación alegada por los demandantes, en cuanto que el poder para pleitos fue conferido por persona que ya no ostentaba representación de la mercantil demandada al haber caducado su poder de representación, debe mencionarse. La competencia funcional del juez civil, de conformidad con lo previsto en el art. 328 de la Ley Hipotecaria, se ejerce sobre el contenido de la resolución gubernativa impugnada, y no sobre requisitos o presupuestos formales de personación en el expediente gubernativo que deben ser controlados por el órgano conocedor en dicha sede. Alegada la falta de representación en vía judicial, es de advertir que se trata de un defecto subsanable de conformidad con lo previsto en el art. 418.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el presente, obra en las actuaciones, que la demandada fue emplazada debidamente para contestar a la demanda aportando el poder para pleitos, no advirtiéndose falta de personación o representación subsanable en plazo de diez días teniéndose a la demandada por personada mediante Diligencia de Ordenación de 23 de abril de 2.018. Es por ello, que en autos, no se advierte falta de personación o representación por lo que no procedería su declaración en esta resolución. Es de observar además, que la alegación de esta falta, no subsanada o advertida en sede gubernativa es irrelevante a efectos del derecho material aplicado a efectos de calificación y declarar el carácter de no ajustado a derecho de la resolución impugnada.

Es por lo expuesto, que procede desestimar la demanda interpuesta y confirmar la resolución impugnada.

SEXTO.- Conforme al art. 394.1, inciso final, de la Ley de Enjuiciamiento Civil dada la naturaleza del derecho material aplicable al fondo del asunto, no procede realizar imposición de costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

FALLO

Que debo **DESESTIMAR** la demanda formulada D. Romulo y D. Rubén , representados por el Procurador de los Tribunales, Sr. Vela Álvarez, y asistidos de Letrado, Sr. Ortega Enciso; frente a **DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO** , representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado y frente a **"AUTOMÁTICOS FAME", S.A.**, representada por la Procuradora de los Tribunales, Sra. Andrino Delgado, y asistida de Letrada, Sra. Ventura Tirado; y en consecuencia declaro que debo **confirmar la resolución de 4 de diciembre de 2.017, dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado. No se hace imposición de costas.**

Notifíquese la presente resolución a las partes, instruyéndoseles que la misma no es firme y contra ella cabe interponer recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 455.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil redactado por el apartado diez del artículo cuarto de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

Llévese testimonio de esta resolución a los autos de su razón.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.