



Roj: **SAP C 393/2010 - ECLI: ES:APC:2010:393**

Id Cendoj: **15030370042010100096**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **11/03/2010**

Nº de Recurso: **29/2010**

Nº de Resolución: **111/2010**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

A CORUÑA

**SENTENCIA: 00111/2010**

MERCANTIL 1 A CORUÑA

Rollo: RECURSO DE APELACION 0000029 /2010

FECHA REPARTO: 20.1.10

SENTENCIA

Nº 111/10

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sección Cuarta

Ilmos. Sres. Magistrados:

JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

CARLOS FUENTES CANDELAS

ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ

En A CORUÑA, a once de Marzo de dos mil diez.

Vistos por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, integrada por los señores que al margen se relacionan los presentes autos de juicio PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 62/09, sustanciado en el JUZGADO DE LO MERCANTIL N. 1 DE A CORUÑA, que ante la Audiencia Provincial pendían en grado de apelación, seguidos entre partes de una como DEMANDANTES-APELANTES INGENIERIA TÉCNICA GALLEGA S. A. y ASESORIA-AUDITORIA ASCOR, S. L., representadas en ambas instancias por la Procuradora SRA. LOSA ROMERO y defendidas por el Letrado SR. VARELA BARROS, y de otra como DEMANDADOS-APELADOS DOÑA Mónica , representada en ambas instancias por la Procuradora SRA. DORREGO ALONSO y defendida por la Letrada SRA. CANAL PAZ; y la SECRETRÍA DEL ETADO DE JUSTICIA, asistida del SR. **ABOGADO DEL ESTADO**; versando los autos sobre IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por el JUZGADO DE LO MERCANTIL N. 1 DE A CORUÑA, con fecha 4.9.09. Su parte dispositiva literalmente dice: FALLO: Que desestimando, íntegramente, la demanda presentada por la Sra. Losa Romero, en nombre y representación de las entidades Ingeniería Técnica Gallega S.A. y Asesoría-Auditoría Ascor S. L.,



asistidas por el Sr. Varela, contra D<sup>a</sup> Mónica representada por la Sra. Dorrego Alonso, asistida por la Sra. Canal y contra la Secretaría de estado de Justicia, asistida y representada por la Abogacía del Estado, a quienes debo absolver y absuelvo, libremente, de todos los pedimentos frente a ellas aducidas y, en consecuencia, confirmo, en todos sus extremos, las resoluciones impugnadas. Todo ello con expresa imposición de costas a la demandante".

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por INGENIERIA TECNICA GALLEGA S.A. y ASESORIA AUDITORIA ASCOR, S. L., se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que le fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

TERCERO.- Ha sido ponente el lltmo. Sr. Magistrado DON JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Constituye el objeto de este recurso el procedimiento seguido por las entidades actoras INGENIERÍA TÉCNICA GALLEGA S.A. y ASESORÍA AUDITORÍA ASCOR S.L. contra la SECRETARÍA DE ESTADO DE JUSTICIA y D<sup>a</sup> Mónica , impugnando de sendas resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado, que confirman la decisión de la Registradora de lo Mercantil de esta población, que procede a la designación de auditor de cuentas promovida por una socia de las mentadas entidades, al amparo de lo normado en el art. 359 del Reglamento del Registro Mercantil , declarando la nulidad de las mismas, así como la improcedencia de la solicitud de nombramiento de auditor formulada por la Sra. Mónica . Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó sentencia por parte del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de esta ciudad, que desestimó la demanda, pronunciamiento judicial contra el que se formula el presente recurso de apelación.

SEGUNDO: A los efectos decisorios de la presente resolución hemos de partir de los siguientes hechos probados:

A) Los cónyuges D<sup>a</sup> Mónica y D. Remigio se separaron judicialmente por mor de sentencia dictada, con fecha 5 de diciembre de 2001, por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de A Coruña . Y con data 13 de diciembre de 2007 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de dicha población, decretando el divorcio del referido matrimonio.

B) Por escrito de 27 de marzo de 2007, D<sup>a</sup> Mónica solicitó el nombramiento de un auditor de cuentas con cargo a la entidad INGENIERÍA TÉCNICA GALLEGA S.A. ( INTEGA ), afirmando que juntamente con el Sr. Remigio poseen más del 5% del capital social, teniendo las acciones carácter **ganancial**, razonando que dicha petición tenía su justificación en la imposibilidad de la solicitante de acceso a información sobre la situación financiera y contable de la sociedad y que, desde su constitución, no se llevó a efecto ninguna auditoría, basando tal pretensión en lo normado en el art. 359 del Reglamento del Registro Mercantil .

C) Por escrito de 29 de marzo de 2007, D<sup>a</sup> Mónica solicitó igualmente al Registro Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas con cargo, en esta ocasión,, a la entidad ASESORÍA AUDITORÍA ASCOR S.L., afirmando que con el Sr. Remigio posee más del 5% del capital social, teniendo las participaciones sociales carácter **ganancial**, basando su petición en idénticos argumentos expuestos con respecto a la otra entidad mercantil.

D) A dichas peticiones se opusieron las referidas sociedades, con apoyo normativo en los arts. 66 de la LSA y 35 LSRL , señalando que, tenor de dichos preceptos, los copropietarios habrán de designar una sola persona para los ejercicios de los derechos de socio, y que éstos han venido siendo ejercidos por el Sr. Remigio , desde la constitución de la sociedad, siendo quien figura en el libro Registro de Socios.

E) Por la Registradora de lo Mercantil se procedió a efectuar dicha designación por insertarse tal solicitud dentro de los actos de gestión y administración de la sociedad legal de **gananciales** y, en consecuencia, cualquiera de los dos cónyuges se encuentra legitimado para ello, según doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado, entre otras, de 11 de febrero de 2003.

F) Dichas resoluciones fueron recurridas ante la Dirección General de Registros, que desestimó dichos recursos de alzada, por sendas resoluciones de 21 y 22 de diciembre de 2007, por considerar que la promovente esta legitimada para formular dicha petición.

G) Ante la desestimación de dichos recursos se formuló reclamación previa a la vía judicial civil, que fue desestimada por sendas resoluciones de 12 de mayo de 2008 del Secretario de Estado de Justicia, fundadas en que estando pendiente de liquidar la sociedad legal de **gananciales** la promovente está legitimada para llevar a efecto actos de administración y gestión, es decir de sus intereses personales en la sociedad de **gananciales** e indirectamente en las mercantiles de referencia, que la alegación de los arts. 66 LSA y 35 de la LSRL supondría una indefensión de la interesada, sería contraria a la buena fe ( art. 7.1 del CC ), debiéndose de tener igualmente en cuenta lo dispuesto en los arts. 1692 del CC sobre la revocación del poder al socio administrador y 1733 de



dicho texto legal sobre revocación del mandato, así como que el Reglamento del Registro no ha querido ser riguroso con el socio a la hora de exigirle la acreditación formal de su condición, siendo suficiente que aporte un principio de prueba de su titularidad.

H) En escrito presentado por el Sr. Remigio , en la liquidación de la sociedad legal de **gananciales** de su matrimonio, se consideraron **gananciales** 25 participaciones de la ASESORÍA AUDITORIA ASCOR S.L. y 6575 acciones de INGENIERÍA TÉCNICA GALLEGA S.A.

I) El Sr. Remigio es consejero delegado de la entidad INGENIERÍA TÉCNICA GALLEGA S.A., como consta en la escritura de poder aportada a los autos por dicha persona jurídica, así como administrador solidario por tiempo indefinido de la mercantil ASESORÍA AUDITORÍA ASCOR S.L., según consta en las escrituras de poder aportadas al proceso de 23 de junio de 2008, autorizadas por la Notaria de Culleredo Sra. Nieto Peñamaría, números NUM000 y NUM001 de su protocolo, con lo que subyace en el dicho representante legal un interés estrictamente privado derivado de ser persona interesada en la liquidación de su haber **ganancial**.

TERCERO: Conforme al art 359 del RRM , los socios de una sociedad anónima, de responsabilidad limitada o de sociedad comanditaria por acciones no obligadas a la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión podrán solicitar del Registrador Mercantil del domicilio social el nombramiento de uno o varios auditores de cuentas, con cargo a la sociedad, cuando concurren los requisitos establecidos en dicho precepto, no cuestionados en el recurso de apelación interpuesto.

Por su parte, conforme a lo normado en el art. 66 de la LSA los copropietarios de una acción habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de la condición de accionista. La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre las acciones. En el mismo sentido se expresa el art. 35 para la LSRL .

En definitiva, se suscita el conflicto de si la designación de auditor efectuada por el Registro Mercantil, a instancia de una cotitular de las acciones o participaciones sociales, y como tal socia, puede ser impedida por las sociedades con base en el argumento de que no es la persona designada para el ejercicio de tales derechos. Ahora bien, el recurso de apelación parte de un presupuesto, que afirma existente, cual es que el Sr. Remigio , que fue esposo de la promovente del presente procedimiento, es la persona designada a tales efectos.

CUARTO: No ofrece duda que una acción o participación social puede corresponder a una pluralidad de personas, ya se trate de una comunidad romana o por cuotas, o de una comunidad germánica o en mano común; ya nos hallemos ante una comunidad de origen convencional o "ex lege", como la sociedad de **gananciales** o la comunidad hereditaria ( SSTS 19-4-1940 , 15-5-1973 y 11-6-1982 ); o ya se trate de una comunidad originaria o derivada.

Los arts. 66.2 LSA y 35 de la LSRL no son preceptos reguladores de las relaciones internas entre los comuneros, copartícipes o cotitulares, sino que exclusivamente afectan a las relaciones existentes con la sociedad. En definitiva, en beneficio de ésta, como mecanismo de protección jurídica, se pretende definir con claridad el ejercicio de los derechos del socio, evitando los inconvenientes de exigir la intervención plural de todos ellos, o la posibilidad de posiciones antagónicas, que no deben ser solventadas en el ámbito propio societario. Es por ello lógico que, como señalan los precitados preceptos, los copropietarios "habrán de designar una sola persona" para el ejercicio de los derechos de socio.

Cuando en virtud de una norma o por mor de una decisión judicial o negocio jurídico, los comuneros ya tuvieran designado un representante, las exigencias del art. 66.2 de la LSA y 35 LSRL ya estarían satisfechas. En otro caso es necesario proceder a su designación, cargo que podrá recaer en cualquier persona con capacidad de obrar, siendo lo más lógico que sea designado a tales efectos un coheredero o comunero, pero sin que exista inconveniente alguno, salvo disposición contraria de los estatutos, que lo sea quien no ostente la condición de socio, pues una cosa es la titularidad compartida sobre las acciones o participaciones sociales y otra la designación de una persona, a la que la ley no le atribuye condición jurídica alguna, para que en nombre de aquéllos ejercite frente a la sociedad los derechos sociales. La Ley lo que exige es que el representante sea uno, "una sola persona", según la expresión legal.

Tal designación deberá de efectuarse por mayoría de cuotas o intereses, como resulta de la aplicación normativa del art. 398 del CC ( SSTS de 19 de abril de 1960 y 14 de mayo de 1973 ). O como señala la RDGRN de 17 de marzo de 1986, con mayor rigor jurídico, "esta designación queda sujeta a las reglas de la comunidad respectiva, sin que haya razón para entender que la LSA se interfiere, a tales efectos, en el régimen interno de tal comunidad, pues normalmente serán los copropietarios los que, conforme al régimen de la copropiedad, harán la designación de la persona que ha de ejercitar los derechos sociales, pero las reglas ordinarias de la copropiedad deben dejar paso, tratándose de otros tipos de comunidad, a sus disposiciones especiales".



En definitiva, el representante será designado por los comuneros según el régimen interno de su comunidad, y, en su defecto, resulta de aplicación el art. 398 del C.c., en materia de comunidad de bienes, que determina la adopción de acuerdos por mayoría de los partícipes según su cuota o participación de intereses en la comunidad.

Es indiscutible el interés de cualquier comunero en participar en la designación del representante común, con la posibilidad incluso de acudir a tales efectos a la vía judicial por aplicación del art. 398 del CC en su apartado tercero.

El representante así designado habrá de estar debidamente apoderado para el ejercicio de los derechos que los socios y accionistas ostenten frente a la sociedad, y cuyo ejercicio no requiera unanimidad de los poderdantes. En definitiva, lo que se pretende es que, en las relaciones externas, todo funcione, en interés de la sociedad, como si de un solo socio se tratase.

Ahora bien, no ofrece duda que el poder conferido puede estar limitado en el tiempo, por ejemplo para un determinado ejercicio social, o ser revocado, como elemental manifestación del principio de la libre autonomía de la voluntad. En modo alguno, además sería impensable, los arts. 66 LSA y 35 LSRL exigen un apoderamiento indefinido en el tiempo. La revocación del poder es la regla general tanto en el contrato de sociedad ( art. 1692 II del CC como en el mandato art. 1733 del referido texto legal ).

QUINTO: Una vez producida, por cualquier causa, la disolución de la sociedad legal de **gananciales**, nace una comunidad postmatrimonial constituida por ambos consortes, o en el caso de fallecimiento de uno de ellos formada por el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto. Así se viene considerando por una constante doctrina jurisprudencial, de la que son manifestación las SSTs de fechas 16 y 11 de mayo de 2000 , 28 de septiembre de 1998 , 26 de abril de 1997 , 14 de marzo de 1994 , 23 de diciembre y 28 de septiembre de 1993 , 23 de diciembre y 17 de febrero de 1992 , 8 de octubre de 1990 y 21 de noviembre de 1987 entre otras, que proclaman que durante el período intermedio entre la disolución de la sociedad de **gananciales** y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa **ganancial**, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de **gananciales**, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria y en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el "totum" **ganancial**, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad postmatrimonial y hasta que mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice en una parte concreta de bienes para cada uno de los comuneros.

En este sentido la RDGRN de 10 de octubre de 1998 señala: "Es doctrina reiterada de este centro directivo que disuelta pero no liquidada la sociedad de **gananciales**, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que pueda disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa **ganancial** en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias".

Las SSTs de 31 de diciembre de 1998 y 14 de febrero de 2005 proclaman la inaplicabilidad del art. 1384 del CC a los supuestos de la sociedad disuelta y no liquidada, siendo su ámbito normativo de aplicación cuando se haya vigente la sociedad legal de **gananciales**.

SEXTO: Pues bien, en el presente caso, concurren las particularidades siguientes, que lo hacen singular. Los cónyuges se encuentran primero judicialmente separados, y posteriormente divorciados. Por imperativo legal del art. 102 del CC quedan legalmente revocados los poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera conferido al otro una vez admitida la demanda de separación o divorcio. Igualmente, por mor del art. 1392.1º y 3º del referido Código , la sociedad legal de **gananciales** concluyó "ope legis" cuando se disuelva el matrimonio o se decrete judicialmente la separación. Las mercantiles no pueden lealmente alegar el desconocimiento de las revocaciones de los poderes cuando el marido ocupa cargos representativos en las mentadas personas jurídicas. No consta que los comuneros hubieran procedido a la designación de representante a los efectos de los arts. 66 LSA y 35 LSRL después de la admisión a trámite y dictado de las sentencias matrimoniales firmes, ni tampoco a tal efecto fueron requeridos por la sociedad. No se han explicitado, la única prueba propuesta fue la documental, ni acreditado actos concluyentes de la promovente, de los que quepa deducir un apoderamiento de tal clase a favor del que fue su marido tras las sentencias matrimoniales, es más en tal tesitura la atribución de dicha representación no cabe inferirla sin significativos elementos de juicio que la avalen y que desde luego no nos constan. En este caso, subyace un conflicto entre la doble condición del Sr. Remigio como



representante de la sociedad y litigante en la liquidación de su sociedad legal de **gananciales**, en el que el conocimiento de la situación patrimonial de la entidad es trascendente.

Por este conjunto de argumentos reputamos que la oposición de la sociedad, que toleró una situación de conocimiento de la falta de designación de representante, no le legitima para impedir el nombramiento de auditor. Es más en caso de conflicto entre los comuneros sobre cuál de ellos ostentaría la representación o discrepancias sobre un acto de administración, cabría, al ser ambos cotitulares por partes iguales, una decisión judicial al respecto por la vía del art. 398 III del CC , y, en el supuesto litigioso analizado, no vemos en definitiva argumentos susceptibles de ser acogidos para considerar ilegítima la actuación del Registro Mercantil, hallándose justificada la pretensión de la apelada de estar informada de la situación patrimonial real de las sociedades de cuyas acciones y participaciones sociales es condueña, resultando difícilmente justificado que el otro cotitular de tales títulos valores tenga privilegiada información al respecto, dados los cargos sociales que ostenta, y que la demandada carezca de medios legales para obtenerla. El art. 7 del CC también tiene algo que decir al respecto.

SÉPTIMO: La desestimación del recurso de apelación conlleva la preceptiva condena en costas de la parte apelante ( art. 398 de la LEC , en relación con el art. 394 de la misma disposición general ).

## FALLAMOS

Con desestimación del recurso de apelación interpuesto, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, con preceptiva condena a la parte apelante de las costas procesales de la alzada.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta sentencia de la que se llevará certificación al rollo de apelación civil, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

En A Coruña, a 11 de marzo de 2010.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.