



Roj: **SAP GR 1461/2013 - ECLI: ES:APGR:2013:1461**

Id Cendoj: **18087370032013100333**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **3**

Fecha: **04/11/2013**

Nº de Recurso: **431/2013**

Nº de Resolución: **346/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ENRIQUE PABLO PINAZO TOBES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCIÓN TERCERA

ROLLO Nº 431/2013

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE GRANADA

ASUNTO: JUICIO VERBAL Nº 558/2012

PONENTE SR. ENRIQUE PINAZO TOBES.

**SENTENCIA Nº 346**

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. JOSÉ REQUENA PAREDES

MAGISTRADOS

D. ENRIQUE PINAZO TOBES

Dª ANGÉLICA AGUADO MAESTRO

En la Ciudad de Granada, a 4 de noviembre de 2013.

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial constituida con los Ilmos. Sres. al margen relacionados ha visto en grado de apelación -rollo nº 431/2013- los autos de juicio verbal nº 558/2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada, seguidos en virtud de demanda de Radiodifusión Andaluza, S.A. representado por la procuradora doña Mª Cuesta Naranjo, contra Dirección General del Registro y del Notariado representado y defendido por el **Abogado del Estado** don Fernando Bertrán Girón.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Que, por el mencionado Juzgado se dictó sentencia en fecha 10 de mayo de 2013 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *"QUE ESTIMO TOTALMENTE la demanda presentada por RADIODIFUSIÓN ANDALUZA S.A. representado por el procurador Sr./a Cuesta contra DGRN representado el **abogado del Estado** y en consecuencia debo revocar y revoco la resolución dictada por la DGRN de fecha 24 de octubre de 2011 en el asunto PC/7/2011, dejándola sin efecto, declarando no haber lugar al nombramiento de auditor y sin expresa imposición de costas.*

**SEGUNDO** .- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, no oponiéndose la parte contraria; una vez elevadas las actuaciones a esta Audiencia fueron turnadas a esta Sección Tercera el pasado día 11 de septiembre de 2013, y formado el rollo se señaló día para la votación y fallo con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.



**TERCERO** .- Que, por este Tribunal se han observado las formalidades legales en esta alzada.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ENRIQUE PINAZO TOBES.

### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO** .- Como ya tuvimos ocasión de señalar en nuestro Auto de 16 de julio de 2012 , no consideramos que la actuación del Registrador Mercantil, al resolver la solicitud de nombramiento de auditor de una sociedad mercantil a instancias del socio minoritario, pueda considerarse como función calificadora.

La calificación del Registrador, sea del de la Propiedad o del Mercantil, consiste en una serie de actos reglados en los que interviene el interesado solicitante y el Registrador, dirigidos a controlar la legalidad del documento presentado para su inscripción en el Registro, y que si culmina satisfactoriamente provocará que el título inscrito despliegue en el Registro los efectos propios previstos por la Ley. A ellos hace referencia el art. 18 de la Ley Hipotecaria y los arts. 98 y siguientes de su Reglamento, y el art. 6 y 58 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil .

De estos preceptos legales y reglamentarios se desprende claramente que para que exista función calificadora es preciso 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. De ahí que los arts. 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria , al regular los recursos contra la calificación registral, prevean diversas actuaciones en relación con el Notario, la autoridad judicial o el funcionario que emitieron el documento, lo que carece en absoluto de sentido cuando se trata del acuerdo del Registrador Mercantil accediendo o denegando el nombramiento de auditor de cuentas, puesto que en este caso no existe documento notarial, judicial o administrativo en base al cual se pretenda obtener una inscripción u otro asiento en el Registro.

En el caso del nombramiento por el Registrador Mercantil de un auditor de cuentas (sea el supuesto de sociedades legalmente obligadas a auditar del apartado 1º del art. 205 , sea en el de sociedades no obligadas legalmente a auditar pero en las que procede tal nombramiento a instancias de la minoría conforme al art. 205.2º, ambos de la Ley de Sociedades Anónimas , norma actualmente derogada pero aplicable al supuesto de autos por razones temporales, en atención a la fecha de solicitud del nombramiento), 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 trata de una función distinta, en la que el Registrador tiene que valorar si concurren los requisitos exigidos por uno y otro apartado del art. 205 de la Ley de Sociedades Anónimas y los preceptos del Reglamento del Registro Mercantil que los desarrollan para que proceda el nombramiento de auditor de cuentas que le ha sido solicitado, siendo la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil un mero efecto reflejo de tal nombramiento, que es lo pretendido por el socio que realiza la solicitud.

El cauce procesal para pedir la revisión de tal resolución en la vía jurisdiccional civil no será el juicio verbal previsto en el art. 328 de la Ley Hipotecaria contra la calificación registral, 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 , donde para la adecuada resolución de la controversia sería parte el socio minoritario, sobre el que se cuestiona su participación.

El juicio verbal al que remite el art. 328 LH , aparece diseñado legalmente como una vía revisora de las calificaciones negativas del Registrador y en su caso de las resoluciones expresas y presuntas de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la calificación de los registradores, y no es aplicable al nombramiento de auditores llevado a cabo por virtud del art. 359 y 354 RRM , que no puede considerarse propiamente como una calificación ni el procedimiento judicial a seguir sería el presente -cauce específico para una finalidad puramente revisora- sino el juicio declarativo correspondiente, donde realmente puede debatirse, con intervención del solicitante del nombramiento de auditor, la ausencia del presupuesto habilitante para negarle la condición de socio, en porcentaje suficiente para la formulación de la petición.

Considerar la actuación del Registrador Mercantil, al resolver la solicitud de nombramiento de auditor de una sociedad mercantil a instancias del socio minoritario, al margen de su función calificadora, con la consecuencia de no resultar aplicable el régimen jurídico previsto para la revisión de tales actos, es el criterio establecido no solo por esta Sección, en nuestra Resolución citada al inicio, sino también en las resoluciones de la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, de 16



de enero de 2008 y 11 de noviembre de 2011, y es también el criterio seguido por otras Secciones de Audiencias Provinciales, con competencias en materia mercantil, como la de Asturias de 18 de febrero de 2009.

Esta valoración, excluyendo de la función de calificación el nombramiento por el Registrador Mercantil de un auditor de cuentas, en los casos del artículo 205 LSA, hoy 265 LSC, debería determinar la revocación de la resolución apelada, pero dado que ninguna de las partes ha alegado inadecuación de procedimiento ni indefensión, sin que proceda ahora decretar de oficio la nulidad de actuaciones ( artículo 227.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), no fundaremos nuestra resolución en la mencionada argumentación, aunque del mismo modo, como a continuación veremos tampoco por razones de fondo la impugnación puede prosperar.

**SEGUNDO.-** Al margen de la presunción de ganancialidad prevista en el artículo 1361 CC, y del reconocimiento, por parte de D. Constantino, del carácter **ganancial** de 500 acciones de la sociedad, como se desprende del contenido del Auto de 18 de noviembre de 2009 sobre liquidación de bienes **gananciales** incorporado con la demanda de impugnación, también debemos inicialmente destacar que no alego la impugnante que el Auto de liquidación, incorporado a su instancia, no conste en la sociedad.

Realmente, sin tomar en cuenta la participación indirecta de la Sra. Ana María a través de Radio Granada SA, en Radiodifusion Andaluza SA, sino solo la atribuida directamente al Sr. Constantino en 1993, es decir el 20 % del capital social (200 acciones), sin perjuicio de la mayor participación que resulta del contenido de la Sentencia citada en el Auto de 18 de noviembre de 2009, en proceso declarativo comenzado en 2001, después de la ampliación de capital de 1993 atribuyendo el 50% de las acciones de la entidad impugnante a la sociedad de **gananciales** del Sr. Constantino y Doña. Ana María, promotora de la solicitud de nombramiento de auditor, tenemos que por la propia documentación en poder de la sociedad resulta acreditado, al menos, el carácter **ganancial** del paquete accionario atribuido al Sr. Constantino en 1993, cuando el mismo llega a reconocerlo respecto de 500 acciones.

En consecuencia, dado que de lo actuado resulta que cuando menos a la socia minoritaria, tras la liquidación de los **gananciales**, debe serle reconocido el 10% del porcentaje del capital, es decir la mitad del reconocido por la sociedad a su esposo, 20% del capital, superando el porcentaje exigido para el nombramiento de administrador, la impugnación no puede prosperar, debiendo desestimarse la demanda, con imposición a la demandante, artículo 394.1 LEC, de las costas procesales devengadas.

**TERCERO.-** Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC, no procede imponer las costas del recurso estimado a ninguno de los litigantes.

## FALLAMOS

Estimando el recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado, contra la Sentencia dictada el 10 de mayo de 2013, dictada por el Juzgado Mercantil de Granada, en el procedimiento núm. 558/12 del que este rollo dimana, revocando dicha resolución, dejándola sin efecto, acordando en su lugar la desestimación de la demanda formulada por Radiodifusion Andaluza SA; y todo ello con imposición de la demandante de las costas devengadas en la instancia, sin que proceda imponerlas por las causadas a consecuencia del recurso interpuesto.

Frente a esta resolución, cabe recurso de casación, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, siempre que la resolución del recurso presente interés casacional.

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

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