



Roj: **SAP M 4113/2015 - ECLI: ES:APM:2015:4113**

Id Cendoj: **28079370282015100055**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **16/03/2015**

Nº de Recurso: **295/2013**

Nº de Resolución: **81/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0005264

Recurso de Apelación 295/2013

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 04 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 515/2011

Apelante: D. Luis Pablo

PROCURADORA Dña. MARIA TERESA GAMAZO TRUEBA

Apelado: INMOCLAS FINANZIA S.L.

PROCURADORA Dña. MARIA DEL CARMEN MONTES BALADRON

SENTENCIA nº 81/2015

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

En Madrid, a dieciséis de marzo de dos mil quince.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don ÁNGEL GALGO PECO, Don GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ y Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 295/13 interpuesto contra la Sentencia de fecha 13/09/12 dictada en el procedimiento ordinario número 515/11 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandante, siendo apelada la parte demandada, ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 27/11/11 por la representación de D. Luis Pablo contra la entidad INMOCLAS FINANZIA, S.L., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba "...dicte sentencia en la que:

1. Declare la nulidad de los acuerdos de aprobación de cuentas del ejercicio 2010 y censura de la gestión social, adoptados en la Junta General de INMOCLAS FINANZIA S.L. celebrado el 28 de junio de 2011.



2. Ordene, a costa de la sociedad demandada, la cancelación del depósito de dichas cuentas en el Registro Mercantil, y en general de cuantos asientos posteriores resulten contradictorios con la sentencia, así como la inscripción de ésta en el Registro Mercantil y su publicación en extracto en el BORME.

3. Condene en costas a la sociedad demandada."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid dictó sentencia con fecha 13/09/12 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor :

" Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a Teresa Gamazo Trueba, en nombre y representación de D. Luis Pablo , debo de absolver y absuelvo a la mercantil Inmoclas Finanzia, S.L., de la totalidad de pedimentos deducidos en su contra.

Con expresa imposición en costas a la parte actora"

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase, señalándose para la deliberación, votación y fallo el día 12 de marzo de 2015.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Luis Pablo , socio titular del 15 % del capital de INMOCLAS FINANZIA S.L., dedujo demanda contra esta última ejercitando acción impugnatoria respecto de los acuerdos adoptados por su junta general de 28 de junio de 2011 consistentes en la aprobación de las cuentas del ejercicio 2010 y censura de la gestión social. La demanda se fundó en la inexistencia de informe de auditoría, en la infracción del derecho de información del actor y en la inobservancia del principio de imagen fiel por parte de las cuentas que fueron objeto de aprobación.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y, disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza Don Luis Pablo a través del presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- La sentencia apelada rechaza el primero de los motivos de impugnación -inexistencia de informe de auditoría- por entender que, no estando sometida la sociedad demandada a la obligación de auditar sus cuentas, el demandante, en tanto que titular de una fracción del capital social superior al 5 %, pudo ejercitar la facultad que le atribuye el Art. 265-2 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) de solicitar del Registrador Mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio de que se trata (en nuestro caso, el 2010) siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio, facultad de la que el Sr. Luis Pablo se abstuvo de hacer uso.

El apelante reacciona frente a dicho punto de vista argumentando que, al constar que en la junta general de 10 de diciembre de 2008 se acordó el nombramiento de auditor para la verificación contable de los ejercicios 2008, 2009 y 2010, y al constar también que dicho nombramiento tuvo acceso al Registro Mercantil, carecía de la posibilidad de obtener el nombramiento de auditor a su instancia, de manera que cualquier solicitud que al respecto hubiera podido formular le habría sido denegada.

Esta Sala comparte el parecer del apelante. En efecto, cuando la sociedad no está obligada a la verificación de sus cuentas pero, no obstante, ha nombrado voluntariamente auditor para verificar -cual sucede en el caso- las del ejercicio de que se trate con anterioridad a la fecha en la que el minoritario pueda ejercitar la facultad del Art. 265-2 L.S.C., y cuando, además, ello consta fehacientemente al haber accedido al Registro Mercantil tal nombramiento, constituye criterio tradicionalmente mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado (últimamente, Resolución de 8 de mayo de 2013) el de que, al quedar garantizada al socio minoritario en tal caso la existencia de auditoría, se ha de denegar la solicitud de este en tal sentido formulada.

Como indicó esta misma Sala en su sentencia de 3 de mayo de 2013 , "...La designación voluntaria de auditor por la sociedad puede impedir al socio minoritario el ejercicio de su derecho a obtener del Registro Mercantil el nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales (artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 351 y ss del Reglamento del Registro Mercantil), siempre que haya quedado debidamente garantizado el derecho del socio a que se verifiquen las cuentas anuales por un auditor, bien a través de la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, ya por haberse puesto a su disposición el informe de auditoría o por su incorporación al propio expediente, según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado...".



La apelada INMOCLAS FINANZIA S.L. invoca en apoyo de su criterio, coincidente con el de la sentencia apelada, la reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado favorable a que el registrador tenga por depositadas las cuentas aun en ausencia de informe de auditoría en los casos en los que este no es preceptivo, y ello aunque exista auditor voluntario inscrito. Pero se trata de una cuestión diferente: una cosa es que las cuentas se tengan por depositadas en el Registro Mercantil, lo que en el nuevo criterio de dicho centro directivo únicamente deriva de que el Art. 366-1 , 5º RRM no exige en tales supuestos la presentación de informe de auditoría, y otra bien distinta que, por el solo hecho de que las cuentas tengan aptitud para ser objeto de depósito registral, le resulte posible a la mayoría de socios desconocer a conveniencia el derecho de la minoría a obtener el nombramiento de auditor, derecho que consagra en provecho de los socios minoritarios una norma con rango de ley como lo es el Art. 265-2 LSC. Y eso y no otra cosa es lo que sucedería en el caso de aceptarse el punto de vista que defiende INMOCLAS FINANZIA S.L., pues le bastaría a esta con nombrar voluntariamente auditor e inscribir el nombramiento en el Registro Mercantil sin encargar al auditor nombrado la realización de su cometido para bloquear durante tres ejercicios consecutivos la legítima aspiración del socio minoritario de que las cuentas sean objeto de auditoría.

Por lo demás, consta que en el caso que examinamos el nombramiento voluntario de auditor se produjo para los ejercicios 2008, 2009 y 2010 y que, habiéndose auditado las cuentas del ejercicio 2008, no lo fueron en cambio las de 2009, circunstancia frente a la que reaccionó el hoy demandante Sr. Luis Pablo deduciendo por tal motivo, entre otros, demanda de impugnación del acuerdo aprobatorio de dichas cuentas, demanda que prosperó al allanarse íntegramente a dicha pretensión la demandada INMOCLAS FINANZIA S.L. Circunstancia esta que aleja el caso que ahora examinamos del analizado por nuestra sentencia de 19 de diciembre de 2014 en la que apreciamos la presencia de mala fe en el demandante por concurrir, entre otras, una circunstancia de signo inverso a la que acaba de apuntarse.

La sentencia apelada resta importancia a la ausencia del informe de auditoría en base a la consideración de que la sociedad demandada no tuvo actividad en el ejercicio de que se trata. Pero con independencia de que esa circunstancia sería ya uno de los contenidos a los que debería ir referido el ausente informe de auditoría, debemos indicar que el hecho de que la entidad no haya desarrollado la actividad mercantil propia de su objeto social no significa que el informe de auditoría carezca de interés, especialmente en un supuesto como el que nos ocupa en el que el socio demandante aspira a conocer la suerte y evolución en el presente de determinadas inversiones pretéritas.

Es patente, en consecuencia, que, al no encomendar al auditor voluntariamente nombrado la práctica del informe de auditoría en relación con las cuentas del ejercicio 2010, la demanda vulneró el derecho del actor previsto en el Art. 272-3 en relación con el Art. 265-2 LSC. Ello determina el éxito del recurso y, consiguientemente, de la acción de impugnación de los acuerdos aprobatorios correspondientes, sin que para alcanzar esta conclusión sea necesario ya entrar en el examen de los restantes motivos de nulidad invocados en la demanda.

TERCERO.- Se solicitó también en la demanda que se acordase la inscripción en el Registro Mercantil de la propia sentencia y la cancelación del depósito de cuentas.

De acuerdo con la disciplina contenida en el Art. 208 LSC, la sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo solamente ha de inscribirse en el Registro Mercantil cuando el acuerdo anulado es inscribible. Y si, además de ser un acuerdo inscribible, ha sido efectivamente inscrito, deberá acordarse la cancelación de dicha inscripción (así como la cancelación de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella).

Pues bien, ni el acuerdo aprobatorio de cuentas es un acuerdo inscribible ni el depósito de las cuentas aprobadas constituye una inscripción. Como indicáramos en nuestra sentencia de 10 de junio de 2008 , si bien las cuentas anuales son susceptibles de "depósito", el acuerdo que las aprueba no es objeto de "inscripción" en el Registro Mercantil. De hecho, la presentación de las cuentas no provoca otra cosa que un asiento en el Libro de Depósito de Cuentas previsto en el Art. 28 del Reglamento del Registro Mercantil (así lo establecen tanto, en la actualidad, el Art. 280 LSC como el Art. 368 del referido Reglamento), libro completamente independiente de los Libros de Inscripciones que asimismo contempla con absoluta separación de aquel el Art. 26 del mismo Reglamento. De hecho, al definir cuál es el objeto del Registro Mercantil, el Art. 2 del RRM diferencia perfectamente las funciones de depósito y publicidad de los documentos contables (apartado b) del tratamiento registral que han de recibir los empresarios como tales y los actos y contratos relativos a los mismos, que es lo que, propiamente y según los casos, ha de ser objeto de verdadera "inscripción" (apartado a).

Consiguientemente, si el de aprobación de cuentas no es un acuerdo inscribible, no es procedente, de acuerdo con el Art. 208 LSC, acordar la inscripción de la sentencia que lo anula, y si el depósito de cuentas no es una inscripción, tampoco resulta procedente acordar su cancelación, debiendo tenerse en cuenta, además, que, como anteriormente hemos razonado, el hecho de que las cuentas sean objeto de una calificación registral



favorable al depósito no es incompatible con el pronunciamiento judicial que declara la nulidad del acuerdo aprobatorio de las cuentas depositadas.

Por otro lado, no existiendo inscripción, tampoco cabe efectuar el genérico pronunciamiento cancelatorio previsto en el Art. 156-2 RRM relativo a los asientos posteriores (posteriores "a la inscripción", dice el precepto) que fueran contradictorios con los pronunciamientos de la sentencia, ya que mal pueden existir asientos posteriores a una inscripción que es inexistente.

Finalmente, se ha de acceder a la petición del demandante de que se publique un extracto de la sentencia en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, librándose despacho al Registrador Mercantil para que de al pronunciamiento anulatorio la publicidad registral que resulte pertinente.

El recurso ha de ser, pues, objeto de estimación parcial.

CUARTO.- Estimándose el recurso de apelación, no es procedente efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada de conformidad con el número 2 del Art. 398 de la L.E.C .

Las costas de la instancia precedente han de imponerse a la parte demandada, de acuerdo con el Art. 394-1 de la misma ley , al considerar este tribunal que el carácter de las pretensiones rechazadas, atinentes todas ellas a la proyección registral del pronunciamiento anulatorio, tienen un carácter accesorio y permiten interpretar que la estimación de la demanda ha sido sustancial.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Luis Pablo contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

2.- En consecuencia, revocando dicha resolución y estimando sustancialmente la demanda interpuesta por Don Luis Pablo contra INMOCLAS FINANZIA S.L., declaramos la nulidad de los acuerdos adoptados por su junta general de 28 de junio de 2011 consistentes en la aprobación de las cuentas del ejercicio 2010 y censura de la gestión social de dicha entidad mercantil con imposición a la demandada de las costas originadas en la instancia precedente. Una vez firme esta sentencia, publíquese un extracto de la misma en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, librándose despacho al Registrador Mercantil a dicho fin, dando al pronunciamiento anulatorio la publicidad registral que resulte pertinente.

3.- No efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas por el recurso de apelación.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , procédase a la devolución del depósito consignado para recurrir.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.