



Roj: **SAP O 2175/2020 - ECLI:ES:APO:2020:2175**

Id Cendoj: **33044370012020100880**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **01/06/2020**

Nº de Recurso: **1782/2019**

Nº de Resolución: **861/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SOTO-JOVE FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION PRIMERA**

**OVIEDO**

SENTENCIA: 00861/2020

Modelo: N10250

C/ COMANDANTE CABALLERO 3 - 3ª PLANTA 33005 OVIEDO

-

**Teléfono:** 985968730-29-28 **Fax:** 985968731

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: JCG

**N.I.G.** 33024 47 1 2017 0000107

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0001782 /2019**

**Juzgado de procedencia:** JDO. DE LO MERCANTIL N. 3 de GIJON

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000108 /2017

Recurrente: CARTERA DE INVERSIONES MELCA

Procurador: CARMEN REY-STOLLE CASTRO

Abogado: JOSE MARIA MUÑOZ PAREDES

Recurrido: Evaristo , Ezequias

Procurador: MARIA ARANZAZU GARMENDIA LORENZANA, MARIA ARANZAZU GARMENDIA LORENZANA

Abogado: JAVIER HERNANDO MENDIVIL, JAVIER HERNANDO MENDIVIL

**SENTENCIA nº 861/20**

**RECURSO APELACION 1782/19**

TRIBUNAL

PRESIDENTE.

Ilmo. Sr. D. José Antonio Soto-Jove Fernández

MAGISTRADOS:

Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro

Ilmo. Sr. D. Miguel Juan Covián Regales



Oviedo, a uno de junio de dos mil veinte.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 108 /2017, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 3 de GIJON, a los que ha correspondido el RECURSO DE APELACION 1782 /2019, en los que aparece como parte apelante CARTERA DE INVERSIONES MELCA, representada por la Procuradora CARMEN REY-STOLLE CASTRO, asistida por el Abogado JOSE MARIA MUÑOZ PAREDES, y como parte apelada Evaristo y Ezequias , representados por la Procuradora MARIA ARANZAZU GARMENDIA LORENZANA, asistidos por el Abogado JAVIER HERNANDO MENDIVIL, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE ANTONIO SOTO-JOVE FERNANDEZ.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón dictó Sentencia en fecha 10 de diciembre de 2018 en los autos referidos con cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que debo ESTIMAR Y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por D. Evaristo y D. Ezequias , representados por la Procuradora de los Tribunales Sra. Dña. María Aránzazu Garmendia Lorenzana y asistidos por el Letrado Sr. D. Javier Hernando Mendivil, contra la mercantil CARTERA DE INVERSIONES MELCA S.L., EN LIQUIDACIÓN, representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Dña. Carmen Rey-Stolle Castro y asistida jurídicamente por el Letrado Sr. D. José María Muñoz Paredes, declarando la nulidad de la Junta General Extraordinaria de la mercantil CARTERA DE INVERSIONES MELCA S.L., EN LIQUIDACIÓN, celebrada el 22 de Noviembre de 2016 y de los Acuerdos Sociales por ella adoptados, así como la cancelación de los asientos registrales correspondientes y de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ellos, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración.

Las costas se imponen a la parte demandada."

**TERCERO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación , y previos los traslados ordenados la parte apelada formuló escrito de oposición, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

**CUARTO.-** Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 1 de junio de 2020.

**QUINTO.-**En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTO JURIDICOS

**PRIMERO.** La sociedad demandada recurre en apelación la sentencia de instancia que acogiendo la demanda rectora del procedimiento declaro la nulidad de la Junta General Extraordinaria de la misma celebrada el 23 de noviembre de 2016 y de los acuerdos sociales en ella adoptados, exponiendo la resolución los 5 motivos de impugnación de la Junta aducidos por la parte actora, rechazando los dos primeros motivos, ajenos totalmente al debate en esta alzada, y estimando a continuación el tercer motivo, violación de los artículos 34 C. Comercio y 254.2 LSC al no reflejar las cuentas anuales aprobadas en la Junta la imagen fiel del patrimonio , situación financiera y resultados sociales, considerando que la estimación de este tercer motivo hacia innecesario examinar los dos restantes.

**SEGUNDO.** El Juez a quo al abordar el tercer motivo de impugnación referido invoca la doctrina general de valoración de la prueba pericial según las reglas de la sana critica para señalar que prescinde del análisis de los informes periciales aportados por cada una de las partes y acude al estudio del dictamen del perito judicialmente designado Sr. Leandro , partiendo de la premisa inicial del dictamen , que las cuentas debieron haber sido elaboradas bajo el marco de empresa en liquidación y no de empresa en funcionamiento con observancia de las reglas de la Resolución de 18 de octubre de 2013 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas , ICAC, para deducir que de haberse reformulado las cuentas bajo el primero de los marcos habrían aumentado activos y disminuido pasivos, indicar que en la memoria del liquidador falta información de las condiciones que impiden la aplicación del principio de empresa en funcionamiento y concluir que las cuentas anuales no reflejan la imagen fiel de la sociedad.

**TERCERO.** Las cuentas se corresponden al ejercicio 2015 durante el que era administrador único de C.I. Melca S.L. el demandante D. Evaristo , quien no formulo las mismas dentro del plazo legal del primer trimestre de 2016, acordándose en Junta de 6 de mayo de 2016 su cese como administrador, seguida de Junta de 25 de julio en que se decidió la disolución de la sociedad, formulándose las cuentas el 22 de octubre y siendo Melca SL auditada por Abante Auditores SLP con fecha 25 de octubre de 2016. Cartera de Inversiones Melca SL es una



sociedad financiera, holding, cuyos activos están integrados por valores sujetos a negociación, participaciones en empresas de su grupo empresarial o asociadas, y posiciones bancarias.

**CUARTO.** Es cierto que acudiendo a las normas técnicas de auditoría del ICAC si hay acuerdo societario de disolución previo a la formulación de las cuentas no se aplicara en estas, en principio, el principio de empresa en funcionamiento sino el de empresa en liquidación. Ahora bien, un marco de liquidación societaria se orienta a la realización del activo, cancelación de deudas y reparto del patrimonio en su caso resultante, en un estado financiero en liquidación deben provisionarse los costes de venta de activos, los costes de personal, valorar los activos por el precio que se espera cobrar y dar de baja los pasivos cuando se extinguen, de ahí que la sociedad debe preparar el estado de activos en liquidación cuando esta es inminente, bien por aprobación de plan de liquidación por persona autorizada bien por imposición de plan de liquidación por terceros, liquidación concursal, pudiendo entenderse razonable que las cuentas se formulen bajo principio de empresa en funcionamiento hasta inicio de la liquidación, para a partir de este momento describir un estado financiero en liquidación.

**QUINTO.** Lo anteriormente expuesto debe considerarse en relación a la dinámica contemplada, cuentas del ejercicio 2015 no formuladas en plazo, siendo confeccionadas tras la disolución de la sociedad, pero al inicio de la fase de liquidación, el punto cuatro del orden del día de la junta litigiosa era precisamente la información sobre el inventario y balance inicial de liquidación formulados por el liquidador único. En la memoria del ejercicio 2015 confeccionada por el liquidador no se constata el déficit de información aludido por el Juez, por el contrario tras consignar que conforme a normas contables no sería aplicable el principio de empresa en funcionamiento se expresa que se ha optado por mantener el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y el estado de cambios en el patrimonio neto tal y como había sido elaborado e incorporar en la memoria las notas pertinentes sobre los efectos que la actual situación pueda tener sobre las mismas, en especial por la no aplicación del principio de empresa en funcionamiento. En el dictamen del perito judicial de hecho se indica que no queda claro si en las cuentas se aplica o no el principio de empresa en funcionamiento, pero que no se modificaron las cifras de contabilidad previas a liquidación, lo que ya se reconoce en la memoria. Al margen de precisiones de índole formal, el perito incide en dos salvedades, la primera es que no se determina en las cuentas el grado de recuperabilidad de los créditos por importe de 8.215.970 euros concedidos por Melca SL a dos sociedades participadas, Construcciones Avilés SA y Recargues y Mecanizados SL, la segunda que debieron haber sido deteriorados los créditos por importe de 2.900.733 concedidos a dos sociedades participadas con fondos propios negativos, Arside Construcciones Metálicas SAU y Hotel Avilés SA. Con relación a la primera de las salvedades, en el informe de auditoría se reseña que no ha sido posible revisar las cuentas anuales de las compañías participadas citadas ni por tanto verificar la recuperabilidad de los créditos concedidos a estas dos empresas vinculadas. Con relación a la segunda de las salvedades, en la memoria del liquidador, final de apartado 6, se consignó expresamente la partida, si bien señalando que no se incluyó deterioro de los créditos contemplados dada la duda sobre su recuperabilidad y en la auditoría se informa que el activo corriente del balance y la cuenta de pérdidas y ganancias se encuentran sobrevalorados en dicha cuantía de 2.900.733 euros. El dictamen del perito judicial, apartado 6.2.1.1, plantea también que debió atribuirse en las cuentas mayor valor a las participaciones de Melca SL en algunas de las empresas vinculadas por tener los inmuebles titularidad de estas supuestamente mayor valor de mercado que el contemplado, extremo este no acreditado de modo contradictorio, pero aun asumiéndolo dialécticamente nos encontramos con que el auditor no lo reputa relevante a efectos de que las cuentas reflejen la imagen fiel de la sociedad y que en todo caso no conllevaría la modificación de las cuentas anuales que infiere el Juez, ya que el perito se limita a concluir que dicho extremo debería haberse informado en una nota de la memoria, pag.26 de su informe. El perito asume el informe de auditoría como técnicamente correcto, aunque añade que no se sabe el resultado de haber aplicado principio de empresa en liquidación.

**SEXTO.** Considerando lo expuesto el Tribunal discrepa de la conclusión del Juez relativa a que las cuentas no contienen la imagen fiel debatida. El respeto en las cuentas de esta exigencia se orienta a promover un conocimiento por terceros y socios no gestores de la situación patrimonial y financiera de la sociedad, y esta finalidad se entiende en el caso alcanzada, más allá de la disquisición conceptual sobre el principio contable preferente las salvedades concretas a las cuentas tienen una entidad relativa en relación al montante de activo total, patrimonio neto y pasivo del balance, f.706 de los autos, además se explica la causa de la primera en el informe de auditoría y la segunda consta apuntada en memoria y corregida en el antedicho informe, y por otra parte no cabe motivar que la cuestión del valor de inmuebles titularidad de empresas participadas altere la imagen fiel de Melca SL, mas aun teniendo en cuenta la naturaleza estrictamente financiera de sus activos.

**SÉPTIMO.** En el escrito de oposición de la parte demandante se reiteran los dos últimos motivos de impugnación de la Junta litigiosa, se insiste así en la nulidad ex artículo 202.2 LSC de su acuerdo tercero, ratificación de los acuerdos adoptados en la Junta Extraordinaria de 25 de julio de 2016. Motivo no atendible, la suspensión cautelar de los acuerdos de esta Junta fue rechazada en procedimiento de medidas cautelares del



Juzgado 299/16 y la demanda de nulidad de la Junta determinante de procedimiento 299/16 desestimada por sentencia de 18 de abril de 2017 confirmada por la de esta Sección de 7 de febrero de 2018, f.850 de los autos, la apuntada pendencia de recurso de casación en este procedimiento no priva por tanto de eficacia actual a los acuerdos de julio de 2016 si bien, claro está, condicionada su consolidación definitiva a los resultados de dicho recurso. El restante motivo de impugnación, vulneración del derecho de información ex artículo 371.3 LSC, no merece mayor análisis, es planteado en demanda bajo un postulado meramente general y desvinculado de las circunstancias del caso, en modo alguno se explicita en que medida los demandantes se encontraron con déficit de información respecto al contenido del orden del día de la Junta, una información inicial sobre la liquidación de la sociedad, una ratificación de acuerdos de Junta precedente que habían impugnado judicialmente y unas cuentas del ejercicio 2015 cuyos datos eran plenamente conocidos por D. Evaristo en cuanto administrador único de Melca SL durante el ejercicio.

**OCTAVO.** Se traduce lo expuesto en una estimación del recurso de apelación y consiguiente desestimación de la demanda del proceso, rigiendo los artículos 394 y 398 LEC respecto a costas del mismo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

### FALLO

Estimando el recurso de apelación interpuesto por CARTERA DE INVERSIONES MELCA revocamos la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón dictada en Procedimiento Ordinario 108/197 y acordamos la desestimación de la demanda rectora del proceso, con imposición a la parte demandante de costas de la instancia y sin imposición de costas de la apelación.

Devuélvase al recurrente el depósito constituido.

**MODO DE IMPUGNACION.-** Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el Art. 466 de la LEC, serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los Arts. 468 y ss., 477 y ss. y Disposición final 16ª, todos ellos de la LEC, **previa consignación del Depósito o Depósitos (50 € cada Recurso)** establecido en la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, en la cuenta de consignaciones del Tribunal abierta en BANCO SANTANDER nº 3347 0000 12 &&&& && (los últimos signos deben sustituirse por el número de rollo y año), indicando en el campo CONCEPTO del documento de ingreso que se trata de un "RECURSO", seguido del código siguiente: 04 EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL; 05 RESCISIÓN DE SENTENCIA FIRME A INSTANCIA DE REBELDE; 06 CASACIÓN. Si el ingreso se realiza por transferencia bancaria, el código anterior y tipo concreto de recurso deberá indicarse después de los 16 dígitos de la cuenta expediente antedicha en primer lugar, separado por un espacio. Al interponerse el recurso, el recurrente tiene que acreditar haber constituido el depósito para recurrir mediante la presentación de copia del resguardo u orden de ingreso. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

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