



Roj: **SAP TO 925/2013 - ECLI:ES:APTO:2013:925**

Id Cendoj: **45168370012013100501**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Toledo**

Sección: **1**

Fecha: **20/11/2013**

Nº de Recurso: **7/2013**

Nº de Resolución: **264/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL GUTIERREZ SANCHEZ-CARO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

TOLEDO 00264/2013

Rollo Núm.7/2013.-

Juzg. de lo Mercantil Núm. 1 de Toledo.-

J. Ordinario Núm. 457/2010.-

SENTENCIA NÚM. 264

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO

SECCION PRIMERA

Ilmo. Sr. Presidente:

D. MANUEL GUTIERREZ SANCHEZ CARO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. EMILIO BUCETA MILLER

D. URBANO SUAREZ SANCHEZ

D^a GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE

En la Ciudad de Toledo, a veinte de noviembre de dos mil trece.

Esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, la siguiente,

SENTENCIA

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. 7/2013, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Toledo, en el juicio ordinario núm. 457/2010, **sobre impugnación de acuerdos sociales**, en el que han actuado, como apelante D^a Milagrosa , D^a Vanesa , D. Gonzalo y D. Lorenzo , (por sucesión procesal de D. Serafin), representados por el Procurador de los Tribunales Sra. Basaran Conde y defendidos por el Letrado Sr. Sánchez Iniesta; y como apelada la mercantil NAVES INDUSTRIALES TOLEDO S.A., representado por el Procurador de los Tribunales Sra. Villamor López y defendido por el Letrado Sr. Tebas Medrano

Es Ponente de la causa el Ilmo. Sr. Presidente D. MANUEL GUTIERREZ SANCHEZ CARO, que expresa el parecer de la Sección, y son,

ANTECEDENTES:



PRIMERO: Por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Toledo, con fecha 24 de octubre de 2012, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuyo FALLO dice: "desestimo íntegramente la demanda interpuesta por D^a. Vanesa , D^a. Milagrosa , D. Gonzalo y D. Lorenzo (en nombre de D. Serafin), contra Naves Industriales Toledo S.A., con expresa condena en costas de la parte actora".-

SEGUNDO: Contra la anterior resolución y por los demandantes, dentro del término establecido, tras anunciar la interposición del recurso y tenerse por interpuesto, se articularon por escrito los concretos motivos del recurso de apelación, que fueron contestados de igual forma por los demás intervinientes, con lo que se remitieron los autos a ésta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando los autos vistos para deliberación y resolución.-

SE CONFIRMAN Y RATIFICAN los antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, en cuanto se entienden ajustados a derecho, por lo que, en definitiva, son

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Se recurre la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Toledo, con fecha 24 de octubre de 2012, ante el que Serafin (y a su fallecimiento, por sucesión procesal, D^a. Vanesa , D^a. Milagrosa , D. Gonzalo y D. Lorenzo) interpuso demanda por la que solicitaba que se declarara la nulidad de la Junta General Ordinaria de fecha 31 de julio de 2009 y dejando, por ello sin efecto y validez alguna los acuerdos primero y segundo del orden del día (referidos al examen y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales -balance, memoria, cuenta de pérdidas y ganancias e informe de gestión- correspondiente al ejercicio 2008; y aprobación, en su caso de la propuesta de aplicación del resultado y de la gestión de los administradores durante el ejercicio 2008), y ello en el primer caso, por no haberse elaborado y puesto a disposición de los socios el informe de auditoría, y en el segundo por no haberse contestado al socio las informaciones y aclaraciones solicitadas verbalmente durante la junta; y pretensión que se ejercitó frente a la mercantil Naves Industriales Toledo S.A., a la que se absolvió de los pedimentos contenidos en la demanda.

Dicha resolución se recurre por los sucesores procesales de D. Serafin , para en su escrito, tras efectuar una digresión inicial sobre el objeto del procedimiento judicial y del recurso, formuló como motivos de impugnación: 1º Su discordancia con la sentencia en relación con el hecho de no haberse elaborado y puesto a disposición de los accionistas el informe de auditoría; 2º Su discordancia con la sentencia en orden a su argumentación sobre el derecho de información del accionista, que entiende vulnerado, al no haberse elaborado y puesto a disposición de los socios el informe de auditoría, e ello con infracción del art. 212, párrafo 2º de la LSA . (hoy, art. 272, LSO), así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales que interpreta ese precepto; y, 3º Vulneración del derecho de información del accionista del entonces vigente art. 112, LSA . (hoy art. 197, LSC.), y vulneración del art. 225, LSC., con infracción de la jurisprudencia que interpreta dichos preceptos legales. Terminaba por suplicar revoque la revocación de la resolución de instancia, y el dictado de otra por la que se declare la nulidad de la Junta General Ordinaria de la Naves Industriales Toledo, S.A., de fecha 31 de julio de 2009, por los motivos alegados, dejando sin efecto y validez alguna los acuerdos primero y segundo del orden del día de dicha indicada Junta.-

SEGUNDO: Para la resolución del presente recurso, parte la Sala del mismo planteamiento, respecto de las cuestiones a resolver, que se lleva a cabo en la resolución de instancia, en cuanto ha de recordarse que la resolución se dicta solo en base a la prueba documental, coonestada con los alegatos de la partes, por lo que la sentencia recurrida se dictó sin la celebración de juicio, con práctica de otras pruebas. Son, pues, dos los motivos a tomarse en consideración. Uno previo a la Junta, en el que se denuncia que no se ha elaborado y puesto a disposición de los socios el informe de auditoría (la sociedad, no obligada a la presentación de cuentas con la confección de dicho informe, pues le bastaba con el abreviado, lo había nombrado voluntariamente en Junta anterior). Otro posterior, que se produce durante la celebración de la Junta, por falta de aclaración y/o contestación del presidente a las preguntas que verbalmente se le hicieron por el socio impugnante. Sobre dicha base, se insta la nulidad de dos acuerdos adoptados en la Junta de 31 de junio de 2009 (1º. El examen y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales (balance, memoria, cuenta de pérdidas y ganancias e informe de gestión) correspondiente al ejercicio 2008; y 2º. La aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado y de la gestión de los administradores durante el ejercicio 2008; y en ambos supuestos por vulneración del derecho de información del socio.

Además, y respecto de ambas cuestiones, no se oculta por la social recurrida que no se puso a disposición del socio el informe de auditoría, que no se había elaborado, bajo el alegato de que la sociedad no estaba obligada legalmente a auditar sus cuentas (se centra, por tanto el motivo de recurso en que en Junta anterior -y luego en otra posterior- se había nombrado auditores, por lo que el informe debió necesariamente ser elaborado, pues para eso se produce el nombramiento, y alega que lo contrario supone que se le priva -como socio



minoritario- del derecho a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de uno que audite las cuentas); como tampoco -y así resulta de la documentación aportada-, que las preguntas que se formularon oralmente y se remitió para su contestación -por escrito- al asesor fiscal de la social, si bien el mismo sobrepasara el plazo para evacuarlo, si bien ésta última circunstancia carece de relevancia en cuanto al derecho de información, pudiendo incidir, por vía de ejemplo, en el plazo para impugnar, pero no en el de conculcación de derecho alguno a la información del socio, que se ha producido, aún tardía, pero sin efecto negativo alguno, como lo prueba el hecho de la presente impugnación de acuerdos. Finalmente, ha de ser destacado el alegato -para valorarlo en su caso- de la mercantil demandada en orden a que se pudiera precisar o no la información que se solicita, pues a su juicio de lo que se trata es de obstruir el normal funcionamiento de la sociedad; puesto que al respecto señala la existencia de procedimientos habidos entre las mismas partes pendientes de recurso, habiendo la Sala contabilizado hasta tres sentencias dictadas entre las mismas partes.

Son estas, y no otras, las cuestiones que deben ser tomadas en consideración -luego a analizar pormenorizadamente en el presente recurso-, en cuanto no se acepta que la sentencia de instancia haya efectuado el "defectuoso" planteamiento de la cuestión litigiosa que se pretende en el recurso del socio.

En el caso enjuiciado, la "quaestio iuris" presenta características particulares, en cuanto, respecto de la cuestión relativa al auditor de cuentas, a su nombramiento y a si existe o no deber, producido el mismo, de auditar las cuentas, en sociedades, como la presente en las que legalmente no se exige la misma, se parte de los siguientes datos objetivos: 1º) Que el auditor -fue nombrado en Junta General Extraordinaria de 26 de noviembre de 2008, el Sr. Cayetano por plazo de un año; si bien luego y por Junta de 25 de marzo de 2009, se acordó el nombramiento de otros auditores, como la Sociedad Account Control Sociedad de Auditoria S.R.L., para auditar un balance cerrado al 31 de de diciembre de 2008, y por tanto posterior a la Junta impugnada-, primeramente nombrado no consta que aceptara o jurara el cargo, como tampoco que su nombramiento se inscribiera en el Registro Mercantil; 2º) Que de las actas aportadas al procedimiento consta su nombramiento, si bien no mandato alguno de auditar; 3º) Que no consta que dicho auditor ejerciera su cargo, siendo lo cierto que no procedió a auditar las cuentas de ejercicio alguno; y, 4º) Que esa circunstancia fue conocida por el socio ahora impugnante pues no se acompañó informe de auditoria alguno a la convocatoria de la Junta cuestionada, como podía haber sido conocido por el mismo la aceptación del cargo y su inscripción en el Registro Mercantil, dado el carácter público del mismo, en cuanto se entiende como necesarios el cumplimiento de ambos requisitos -como luego se analizará- para que se produzca conculcación del art. 265.2, de la Ley de Sociedades de Capital .

Por tanto, y respecto de las consecuencias de que no se presentara dicho informe y sin con el nombramiento se lesionó el derecho del socio minoritario a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor. Al respecto, el art. 265.2, LSC., asevera que "... en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán 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 de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio". En principio el hecho de nombrar voluntariamente auditor de cuentas para el caso de que la sociedad viniera obligada legalmente en algún ejercicio económico a auditar sus cuentas anuales, no exigiendo la elaboración del informe ni su presentación en el momento de depositar las cuentas en el Registro, podría frustrar el derecho de los socios minoritarios a solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas para la verificación de las cuentas de un determinado; si bien este criterio debería apreciarse para cada caso concreto, y en el nuestro el acuerdo de nombramiento fue votado en contra por dos socios, y expresamente por el ahora impugnante. No ha sido probado que el auditor aceptara el cargo ni que el acuerdo y aceptación fueran inscritos en el Registro Mercantil. Siguiendo a la S.AP. Salamanca, de 9 de abril de 2013 , cuando afirma que "... el auditor de cuentas nombrado por una sociedad y que acepta su cargo parece obligado en primer término a elaborar el informe de auditoría para que supuestamente fue contratado salvo en caso de imposibilidad absoluta; y en segundo término a informar puntualmente de las razones por las que, en su caso, no emita el informe encargado, si bien -puntualiza la norma- solamente cuando se trate de auditorías obligatorias", ... pues "... nada dice el TRLAC sobre la obligación de la sociedad que nombre auditor y lo inscriba en el RM de presentar el informe de éste junto al depósito de las cuentas anuales. Omisión lógica, al no ser objeto de dicha norma las obligaciones legales de las sociedades auditadas, sino únicamente las obligaciones legales de los auditores de cuentas. Y de este régimen legal se desprende que el auditor que acepte su cargo está obligado a elaborar el informe de auditoría requiriendo al efecto a la sociedad para que le entregue cuanta información precise para ello, y que puede incurrir en infracción grave si no cumple con dicha obligación; salvo que se pueda considerar causa no imputable al auditor el hecho de que la sociedad que lo nombró no lo requiera para que emita su informe cuando no resulte obligada legalmente a auditar sus cuentas por presentar balance abreviado". Por tanto, se necesita la aceptación del cargo, como premisa inicial, y luego su inscripción en el Registro Mercantil,



y el cumplimiento de ambos requisitos aquí no nos consta. Por tanto, se aprecia una laguna legal, pues igual puede defenderse -misma sentencia- "... una interpretación literal de la normativa societaria, que no obliga a presentar el informe de auditor al tiempo de depositar sus cuentas anuales cada vez que se nombre un auditor y se inscriba en el Registro Mercantil -segundo requisito aquí no concurrente- si la sociedad no resulta obligada legalmente a auditar sus cuentas por presentar balance abreviado, siguiendo así el brocardo " ubi lex claris non fit interpretatio "?o bien puede abogarse por la necesidad de presentar el informe de auditoría junto a las cuentas anuales siempre que la sociedad haya nombrado voluntariamente auditor y lo inscriba en el Registro Mercantil, recurriendo a una lógica primaria de que si se nombra auditor debe ser, en principio, con la intención de auditar cuentas aunque la sociedad no resulte obligada a ello, como también a la necesidad de tutelar los intereses y expectativas legítimas de los socios y de terceros que conocen la existencia del nombramiento de auditor, ya porque asistieron (y votaron en su caso a favor) a la Junta General que aprobó su nombramiento o ya porque consta inscrito en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil, confiando, en el primer caso, en la obligatoriedad de los acuerdos de la Junta General para todos los socios y, en el segundo caso, en la presunción de exactitud y validez de los asientos registrales de manera que si figura inscrito en el mismo un auditor de cuentas de la sociedad resulte lícito y lógico pensar que éste emitirá su informe y que se adjuntará a las cuentas anuales para su depósito en el Registro Mercantil para poder ser consultado por cualquier interesado".

La doctrina de la Dirección General de Registros al Respecto es clara, en cuanto (R. 25.8.2005), atendiendo al principio de publicidad formal y a un eventual perjuicio para los socios de una sociedad, exigió el informe de auditoría a una sociedad no obligada a verificación contable por tener auditor designado voluntariamente y constar inscrito en el Registro Mercantil, de donde se infiere la necesidad de inscripción en el Registro del nombramiento; y requisito al que se refiere con mayor claridad la RDGRN de 13.5.2007, cuando señala que "... el ámbito de voluntariedad de una sociedad para auditar sus cuentas cuando no viene obligada a ello legalmente (optando ora por el nombramiento de auditor para que elabore el informe, ora por conservar al auditor nombrado sin exigirle que elabore el informe por no resultar necesario, ora por prescindir del nombramiento efectuado mediante su revocación), termina cuando la Junta General acuerda el nombramiento de auditor de cuentas y lo inscribe en el Registro Mercantil, por cuanto el art. 93 LSA 1989, hoy art. 159.2 TRLSC, establece que los acuerdos de la Junta General son obligatorios para todos los socios y porque debido a la función pública del Registro Mercantil, encaminada a dar publicidad legal a situaciones jurídicas ciertas, cuyo contenido goza de las presunciones de exactitud y validez, se frustrarían eventuales derechos de terceros que confiaron en el contenido del Registro si se permitiera que el cumplimiento de los acuerdos inscritos quedara al libre arbitrio de quienes promovieron la inscripción (arts. 7.1 y 8, RRM). A lo anterior se añade -continúa- que no exigir el informe de auditoría -aunque el art. 366.1, 5º RRM, no contempla expresamente este supuesto- podría perjudicar derechos de los socios minoritarios que, sabiendo de la existencia de tal acuerdo y de su inscripción, se hubieran abstenido de solicitar el nombramiento registral de auditor para verificar las cuentas correspondientes a ese ejercicio económico. Por tanto, y en el supuesto de que el acuerdo de nombramiento no se hubiera inscrito, le cabe al socio minoritario solicitar el nombramiento de auditor en los términos del art. 265.2, LSC, pues le cabe la posibilidad de efectuarlo dentro de los tres meses siguientes a la fecha del cierre del ejercicio.

Debe, en consecuencia, terminar el presente apartado con la aseveración de que no ha sido conculcado el derecho de información del socio, en cuanto la sociedad no efectuó encargo al auditor nombrado de revisar las cuentas sociales, ni consta su aceptación ni inscripción en el Registro Mercantil, tratándose de sociedad facultada a presentar informe abreviado, por lo que no ha sido conculcado derecho alguno del socio, ni el art. 265.2, LSC., en la forma en que se razona en el recurso.-

Tercero: En cuanto a la alegación relativa a la vulneración del derecho de información del accionista del entonces vigente art. 112, LSA. (hoy, art. 197, LSC.), y vulneración del art. 225, LSC.; y al respecto, se reconoce al accionista un derecho previo o anterior la celebración de la Junta -art. 197.1, LSC.-, consistente en solicitar o formular por escrito de los administradores las preguntas que estimen pertinentes, en plazo de los siete días anteriores a la celebración de la junta, contestado por los administradores hasta el día de la junta, en relación a los asuntos comprendidos en el orden del día; como también- art. 197.2-, solicitar verbalmente durante la celebración de la junta las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, con la especialidad de que de no poderlos resolver en el acto, los administradores estarán obligados a facilitar esa información por escrito dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la junta. Además tratándose de la aprobación de las cuentas anuales, el art 272.2 especifica que, a partir de la convocatoria de la junta general, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas, debiéndose hacer mención de este derecho en la convocatoria.



Lo aquí ocurrido, facilitada la documentación objeto de la convocatoria, es que el accionista recurrente no hizo uso de la interpelación previa, si bien sí presentó su causídico un escrito al comienzo de la celebración de la junta-folio 59-, oponiéndose a su válida constitución y celebración por vulneración del derecho de información del accionista, lo que conlleva a la nulidad de los puntos primero y segundo (los mismos cuya nulidad se pretendió en la instancia y cuyo pronunciamiento desestimatorio ahora se recurre), reservándose sus acciones con fines impugnatorios, señalando -en síntesis- que se había nombrado un auditor en junta de 25 de marzo de 2009, y ni se había confeccionado ni remitido a los accionistas el informe de auditoría, entendiéndose que ese nombramiento voluntario obligaba al auditor a la verificación de dichas cuentas y a presentarlas a la Junta. Como se aprecia, esta cuestión ya ha sido resuelta, y a juicio de la Sala, en nada incide en el presente motivo, si bien el presidente contestó a esa alegación efectuada por escrito y así consta en el documento 3 de la demanda que refleja el acta de la Junta, y se consigna con carácter previo a ser abierta la sesión.

Lo que realmente se denuncia es que -hecho 5º de la demanda, que tiene su reflejo en el acta que se adjunta como doc. 3-, no se explica por el Presidente "el motivo por el que no se ha incorporado a las cuentas anuales el formulario A2" y "el motivo por el que no se ha incorporado las acciones propias en la hoja PNA de las cuentas anuales", siendo en ambos casos la respuesta ofrecida que "dado que las cuentas anuales se confeccionan por el asesor fiscal de la empresa, se le solicitará que informe sobre dicho extremo" -según se reseña en el apartado b) del fundamento 3º de la sentencia, acorde en esencia con el hecho 5º de la demanda-; y la respuesta entiende la Sala que no conculca el derecho de información del socio. Resulta pacífico que el presidente de la junta puede contestar directamente las preguntas que se le formulen, o deferir la contestación a que lo hagan los técnicos de la mercantil, en este caso el asesor fiscal, en el término que señala la norma, sobrepasado por el mismo, que no respondió hasta el 7 de septiembre de 2009; pero esa circunstancia en nada afecta al derecho de información, tratándose de aspecto del que se dejó constancia ut supra y al que nos remitimos.

Al respecto, coincide la Sala con el apelado en que no estamos analizando las siete preguntas que se formulan, sino aquellas que concretamente se recogen en la demanda (incluso incluyendo la relativa a no haber completado la hoja A1 de la Memoria con determinados datos relacionados con las acciones propias, que no se recoge en la sentencia), y se debe destacar que las mismas se refieren a "... aspectos puramente formales que no afectan para nada a la información económica y financiera de las Cuentas Anuales, la cual sí se supone que debe ser conocida por el órgano de administración; y, además, aspectos o cuestiones documentales que perfectamente podían requerir una consulta al asesor fiscal; y que, de hecho, podían haberse subsanado con anterioridad a la reunión si no se hubiera esperado a dicho momento para advertir su falta", lo que se destaca por ser cierto que ha de tenerse en consideración que el ejercicio de los derechos por parte del socio no son absolutos, al serle exigible un deber de colaboración en su ejercicio, de suerte que presentar un listado de preguntas o efectuarlas in voce, cuando podían haberse formulado con anterioridad y cuya respuesta resultaba de gran dificultad en el acto mismo de celebración de la junta, no atiende aquella exigencia, por lo que la remisión a la respuesta del asesor fiscal aparece como correcta, y al existir respuesta, aún tardía, no se lesiona derecho de información alguno del socio. El recurso se rechaza.-

CUARTO: Las costas procesales se impondrán al recurrente, en aplicación del art. 398 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.-

FALLO:

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de D. Serafin Y OTROS, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil Núm. 1 de Toledo, con fecha 24 de octubre de 2012, en el procedimiento núm. 457/2010, de que dimana este rollo, imponiendo las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilmo. Sr. Presidente D. MANUEL GUTIERREZ SANCHEZ CARO, en audiencia pública. Doy fe.-