



Roj: **SAP M 6136/2014 - ECLI:ES:APM:2014:6136**

Id Cendoj: **28079370282014100122**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **05/05/2014**

Nº de Recurso: **604/2012**

Nº de Resolución: **139/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2012/0011977

ROLLO DE APELACIÓN Nº 604/12.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 441/2.011.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid.

Parte recurrente: DON Jose Manuel

Procurador: Don José Antonio Pérez Casado.

Letrado: Don Jose Manuel .

Parte recurrida: "INSTITUTO EMPRESARIAL DE CONTABILIDAD Y ECONOMÍA, S.A."

Procurador: Don Pablo Ron Martín.

Letrado: Doña María del Carmen Nieva Fernández.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

#### **SENTENCIA Nº 139/2014**

En Madrid, a cinco de mayo de dos mil catorce.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el número de rollo 604/12, interpuesto contra la sentencia de fecha 17 de abril de 2012 dictada en el procedimiento ordinario 441/11 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, el demandante DON Jose Manuel , siendo apelada la entidad demandada "INSTITUTO EMPRESARIAL DE CONTABILIDAD Y ECONOMÍA, S.A.", ambos representados y defendidos por los profesionales más arriba especificados.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de don Jose Manuel contra la mercantil "INSTITUTO EMPRESARIAL DE CONTABILIDAD Y ECONOMÍA, S.A.", en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba que se dictase sentencia:



"1.- Que se declare la nulidad del acuerdo primero adoptado en la Junta General de la mercantil demandada celebrada en fecha 17.06.2011: "Examen y aprobación de las Cuentas Anuales, Balance, Cuenta de Pérdidas y Ganancias, Estado que refleje los cambios operados en el patrimonio neto del ejercicio y la Memoria del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010".

2.- Que se declare la nulidad del acuerdo segundo adoptado en la Junta General de la mercantil demandada celebrada en fecha 17.06.2011: "Aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2007".

3.- Que se declare la nulidad del acuerdo tercero adoptado en la Junta General de la mercantil demandada celebrada en fecha 17.06.2011: "Censura y aprobación, en su caso, de la gestión del Órgano de Administración"

4.- Que se impongan las costas a la parte demandada, quien por su temeridad y mala fe ha dado lugar al presente procedimiento."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid dictó sentencia, con fecha 17 de abril de 2012 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Con DESESTIMACIÓN de la demanda promovida por D. Jose Manuel sobre acción de impugnación de Acuerdos sociales siendo demandada INSTITUTO EMPRESARIAL DE CONTABILIDAD Y ECONOMÍA S.A. (IECE), ACUREDO NO HABER LUGAR A LA NULIDAD DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS POR LA DEMANDADA EN LA JUNTA DE 17 DE JUNIO DE 2011.

EN MATERIA DE COSTAS PROCEDE SU IMPOSICIÓN A LA ACTORA".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandante se interpuso recurso de apelación al que se opuso la parte demandada, que admitido por el Juzgado y tramitado en forma legal, ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación, votación y fallo el día 30 de abril de 2014.

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

Es magistrado ponente don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ, que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la junta general de la entidad "INSTITUTO EMPRESARIAL DE CONTABILIDAD Y ECONOMÍA, S.A." (IECE), celebrada el día 17 de junio de 2011, se aprobaron las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010 (punto primero del orden del día); la propuesta de aplicación del resultado (punto segundo del orden del día); y la gestión del órgano de administración correspondiente al referido ejercicio (punto tercero del orden del día).

El demandante, don Jose Manuel , titular de 100 acciones representativas de un 2,86% del capital social, impugnó los acuerdos adoptados en la referida junta alegando como motivo de impugnación la infracción del artículo 253.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital al no estar firmadas las cuentas anuales por el administrador único de la sociedad, don Edemiro . Con carácter subsidiario también sostenía la impugnación en que la memoria presentaba determinadas omisiones deliberadas relativas a: a) los plazos de pago a proveedores; b) número de personas empleadas con discapacidad; c) operaciones con empresas vinculadas y, concretamente, con las mercantiles "INSTITUTO EMPRESARIAL DE FORMACIÓN Y ASESORAMIENTO, S.L." y "TRANSZURI, S.A."; y d) remuneración del administrador y de un apoderado, don Luis María , que tampoco tienen amparo en los estatutos.

La sentencia recaída en primera instancia desestima íntegramente la demanda al entender, respecto de la falta de firma de las cuentas anuales, que no existía la menor duda de su formulación por el administrador único de la sociedad. En cuanto a los plazos de pago a proveedores, que sólo es necesario su reflejo cuando al cierre del ejercicio se acumule un aplazamiento superior al plazo legal, sin que se haya acreditado la existencia de acreedores comerciales con créditos pendientes de pago por plazo superior a 85 días. Igualmente rechaza la omisión relativa a la determinación del número de trabajadores con discapacidad porque no consta que la empresa emplee a trabajadores que la padezcan, lo que tampoco afectaría a la imagen fiel y sin que pudiera sostenerse la nulidad en el hecho de que en la memoria no constase formalmente el apartado correspondiente a dicho dato. También desestima la impugnación con fundamento en la omisión en la memoria de las operaciones con empresas vinculadas en tanto que no se ha acreditado la vinculación con la demandada de las entidades "INSTITUTO EMPRESARIAL DE FORMACIÓN Y ASESORAMIENTO, S.L." y "TRANSZURI, S.A." ni se



han identificado las operaciones realizadas con éstas de modo que no consta la relevancia de las mismas a los efectos de distorsionar la imagen fiel. Por último, rechaza la impugnación con fundamento en la retribución del administrador y apoderado, en cuanto que, respecto del segundo, consta que renunció al cargo y respecto al primero, que aquélla se percibe por funciones ajenas a las propias de administrador sin que, por lo demás, la legalidad de su percepción pueda discutirse en sede de impugnación del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales, reflejando éstas la realidad de su abono sin que un hipotético error en el concepto por el que se percibe altere la imagen fiel.

Frente a la sentencia se alza la parte demandante que interesa su revocación y la íntegra estimación de la demanda con base en los motivos que serán analizados a continuación, abandonando ya la impugnación de los acuerdos con fundamento en la omisión en la memoria de los plazos de pago a proveedores, de los trabajadores con discapacidad y de la remuneración del apoderado.

La parte demandada se opone al recurso de apelación y solicita su desestimación con confirmación de la resolución apelada.

SEGUNDO.- En la primera de sus alegaciones el apelante insiste en que la falta de firma de las cuentas anuales determina la nulidad de los acuerdos impugnados por infracción del artículo 253 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital .

El citado artículo 253 de la Ley de Sociedades de Capital establece que: "Las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser firmados por todos los administradores. Si faltare la firma de alguno de ellos se señalará en cada uno de los documentos en que falte, con expresa indicación de la causa."

En similares términos se expresa el artículo 37 del Código de Comercio , atribuyendo así a los administradores la responsabilidad de la veracidad de las cuentas anuales.

Las cuentas anuales deben ser formuladas por los administradores y dicha formulación implica no tanto la redacción o elaboración material de los documentos que las componen (balance, cuenta de pérdidas y ganancias, estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio y la memoria) -que puede estar encomendada a los servicios internos o externos de la sociedad- sino la asunción de su contenido por los administradores, lo que exige el correspondiente acuerdo -si el órgano de administración adopta la forma de consejo- y su firma por todos los administradores, indicando, de ser varios y alguno de ellos no firma las cuentas, los documentos en que falte y la causa que lo origina.

En el supuesto enjuiciado, la falta de firma de las cuentas anuales por el administrador único de la sociedad no determina la nulidad de los acuerdos relativos a la aprobación de las cuentas anuales, aplicación de resultado y de la gestión del órgano de administrador porque no existe la menor duda de que las cuentas fueron realmente formuladas por el administrador hasta el punto de que fue éste quien convocó la junta sometiendo a aprobación de los socios las cuentas anuales por él formuladas, remitiendo un ejemplar de las cuentas al socio demandante. Por lo demás, el propio administrador y socio de la entidad demandada, don Edemiro asistió a la junta y la presidió, introduciendo los puntos del orden del día, por lo que resulta patente que las cuentas anuales sometidas a la aprobación de la junta habían sido formuladas por el administrador.

Compartimos, en consecuencia, los razonamientos de la sentencia apelada por los que se rechazó el motivo de impugnación ahora analizado, sin que la falta de firma de las cuentas anuales determine la nulidad de los acuerdos impugnados cuando no existe duda alguna de que fueron formuladas por el administrador único de la sociedad.

TERCERO.- También insiste el demandante en la omisión en la memoria de las operaciones efectuadas por la demandada con las mercantiles "INSTITUTO EMPRESARIAL DE FORMACIÓN Y ASESORAMIENTO, S.L." y "TRANSZURI, S.A." a las que aquél considera entidades vinculadas.

La entidad demandada formula sus cuentas anuales conforme al Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas, sin que se discuta que reúna los requisitos para ello.

La memoria debe reflejar las operaciones con partes vinculadas en los términos que se recogen en el punto 12 del modelo de memoria incluido en el Real Decreto 1515/2007 (apartado II de la Parte Tercera), que tiene la consideración de información mínima (norma 8ª de elaboración de las cuentas anuales, contenida en el apartado I de la Parte Tercera).

Conforme a la 13ª de las normas de elaboración de las cuentas anuales (apartado I de la Parte Tercera), una parte se considera vinculada a otra cuando una de ellas o un conjunto que actúa en concierto, ejerce o tiene la posibilidad de ejercer directa o indirectamente o en virtud de pactos o acuerdos entre accionistas o partícipes,



el control sobre otra o una influencia significativa en la toma de decisiones financieras y de explotación de la otra.

Además, conforme a la citada norma, en cualquier caso se considerarán partes vinculadas:

- a) las empresas que tengan la consideración de empresa del grupo, asociada o multigrupo, en el sentido indicado en la norma 11ª de elaboración de las cuentas anuales;
- b) las personas físicas que posean directa o indirectamente alguna participación en los derechos de voto de la empresa, o en la entidad dominante de la misma, de manera que les permita ejercer sobre una u otra una influencia significativa. Quedan también incluidos los familiares próximos de las citadas personas físicas;
- c) el personal clave de la compañía o de su dominante, entendiéndose por tal las personas físicas con autoridad y responsabilidad sobre la planificación, dirección y control de las actividades de la empresa, ya sea directa o indirectamente, entre las que se incluyen los administradores y los directivos, incluidos los familiares próximos de las citadas personas físicas;
- d) las empresas sobre las que cualquiera de las personas mencionadas en las letras b) y c) pueda ejercer una influencia significativa;
- e) las empresas que compartan algún consejero o directivo con la empresa, salvo que éste no ejerza una influencia significativa en las políticas financiera y de explotación de ambas;
- f) las personas que tengan la consideración de familiares próximos del representante del administrador de la empresa, cuando el mismo sea persona jurídica.

El concepto de parte vinculada es mucho más amplio que el que acoge la sentencia apelada que lo restringe erróneamente a las empresas integradas en un grupo de sociedades o multigrupo o cuando se trata de entidades asociadas, todo ello en los términos del artículo 11 del Real Decreto 1515/2007 (en realidad, norma 11ª del apartado I de la Parte Tercera del Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas).

También son partes vinculadas, como hemos visto, entre otros supuestos, las empresas que compartan algún consejero o directivo, salvo que éste no ejerza una influencia significativa en las políticas financiera y de explotación de ambas.

No consta acreditada en autos circunstancia alguna que determine la vinculación entre la demandada y la entidad "INSTITUTO EMPRESARIAL DE FORMACIÓN Y ASESORAMIENTO, S.L." (IEFA). Se afirma en el recurso que ambas empresas tienen el mismo domicilio social e idéntico objeto social, lo que no determina por sí solo la atribución de la consideración de partes vinculadas. También se indica que don Luis María , administrador único de IEFA, es también apoderado, presidente o director de la demandada, sin embargo no se ha acreditado que aquél ostentara en el ejercicio 2010 la condición de apoderado o cargo alguno en la entidad demandada, afirmando la sentencia que el Sr. Luis María renunció al cargo de apoderado (apoderamiento inscrito en febrero de 2009) sin que tal afirmación haya sido rebatida en el recurso.

Por el contrario, el propio administrador único de la entidad demandada reconoció en la prueba de interrogatorio de parte que era también administrador solidario de la mercantil "TRANSZURI, S.L." y que la demandada había realizado operaciones con dicha sociedad a la que se encargaba el transporte de los equipos de formación (00:00:52 y ss de la grabación del acto del juicio).

Acreditada la vinculación entre la demandada y la entidad "TRANSZURI, S.L.", en la memoria debía de haberse reflejado la identidad de ésta, expresando la naturaleza de la relación, el detalle de las operaciones y su cuantificación, informando de los criterios o métodos seguidos para determinar su valor; el beneficio o pérdida que la operación haya originado en la demandada y la descripción de las funciones y riesgos asumidos por cada parte vinculada respecto de la operación, así como el importe de los saldos pendientes, tanto activos como pasivos, sus plazos y condiciones, naturaleza de la contraprestación establecida para su liquidación, agrupando los activos y pasivos en los epígrafes que aparecen en el balance de la empresa y garantías otorgadas o recibidas; y por último, las correcciones valorativas por deudas de dudoso cobro o incobrables relacionadas con los saldos pendientes anteriores (punto 12.2 del modelo de memoria incluido el apartado II de la Parte Tercera del Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas),

Dicha información ha sido omitida por completo en la memoria, negando la demandada la existencia de empresas vinculadas, lo que implica la infracción del artículo 260 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el Real Decreto 1515/2007 por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas.

Conforme a la norma 8ª de elaboración de las cuentas anuales la información contenida en el modelo de memoria tiene la consideración de mínima pero no hará falta cumplimentar el apartado correspondiente



cuando la información que se solicite no sea significativa, lo que es coherente con el apartado sexto c) del artículo 260 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital .

Ahora bien, acreditada la vinculación y la existencia de operaciones con una empresa vinculada correspondía a la demandada justificar su omisión en la memoria por el carácter no significativo de las transacciones realizadas, limitándose la sociedad a negar la vinculación y a manifestar en la contestación a la demanda que por ello no se facilitaría dato alguno de las sociedades que el actor consideraba vinculadas. Tampoco compartimos la valoración efectuada en la sentencia según la cual el actor debió acudir a las diligencias preliminares para identificar las concretas operaciones realizadas con las empresas vinculadas y determinar su incidencia en la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

CUARTO.- En lo que se refiere a la retribución del administrador, en la demanda lo que se censuraba era tanto la falta de mención en la memoria de las cantidades percibidas por el administrador como su carácter ilícito al no estar amparada por los estatutos.

Respecto a esta segunda cuestión, la sentencia entiende que la retribución satisfecha al administrador tiene origen en la prestación de servicios como autónomo, distintos a los propios del cargo de administrador, lo que en el recurso no ha sido rebatido al limitarse el apelante a transcribir extensamente la sentencia dictada por la Sala III del Tribunal Supremo de fecha 13 de noviembre de 2008 , que analiza los requisitos exigidos para que la retribución que se abone a los administradores pueda considerarse gasto deducible en el impuesto de sociedades.

En todo caso, como indicamos en nuestras sentencias de 30 de abril de 2013 y 7 de junio de 2013 , entre otras, el hecho de que las cuentas anuales reflejen el efectivo pago al administrador de una retribución que no tenga amparo legal o estatutario -lo que ahora no se va analizar- no transforma en nulo el acuerdo aprobatorio de las mismas en tanto que las cuentas se limitan a reflejar la realidad económica derivada de su abono, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda haber incurrido el administrador por abonar y percibir una retribución que no tuviera adecuado soporte en los estatutos y en los correspondientes acuerdos de la junta general de socios o, en su caso, en la prestación de servicios distintos a las funciones propias de administrador cuyo debate resulta por completo ajeno a la impugnación del acuerdo aprobatorio de las cuentas anuales que reflejen una efectiva disposición en tal concepto.

En definitiva, como también señalábamos en nuestra sentencia de 1 de julio de 2011 , la percepción de la retribución, con razón o sin ella, no se habría producido en virtud de las cuentas aprobadas, que simplemente reflejan una determinada aplicación anterior de los fondos y dejan constancia de ello, sino, en su caso, mediante el acto mismo de empleo de ese dinero, en el momento en que verdaderamente tuvo lugar, lo que podría propiciar el ejercicio de las acciones oportunas para combatirlo, pero no puede justificar la impugnación de su mera plasmación contable.

Sin embargo, asiste la razón al recurrente respecto a la omisión en la memoria de las cantidades percibidas por el administrador, cuestión que, en realidad, no es analizada en la sentencia apelada.

Conforme al artículo 260 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital , la memoria debe contener, entre otras, la siguiente indicación: "Novena.- El importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa, así como de las obligaciones contraídas en materia de pensiones o de pago de primas de seguros de vida respecto de los miembros antiguos y actuales del órgano de administración y personal de alta dirección. Asimismo, se incluirá información sobre indemnizaciones por cese. Cuando los miembros del órgano de administración sean personas jurídicas, los requerimientos anteriores se referirán a las personas físicas que los representen. Estas informaciones se podrán dar de forma global por concepto retributivo".

En similares términos se expresa el punto 12.5 del modelo de memoria incluido en el apartado II de la Parte Tercera del Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas.

En la memoria sometida a aprobación de la junta como documento integrante de las cuentas anuales no se facilita información alguna sobre la retribución percibida por el administrador por los servicios que presta a la sociedad con infracción del artículo 260 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital . Tampoco cabe deducir dicha información de la cuenta de pérdidas y ganancias en la que figura un gasto de personal global de 327.340,14 euros, que según señaló el representante legal de la demandada en la prueba de interrogatorio de parte incluye la retribución que -como autónomo- percibe el administrador, sin que en la memoria se concrete la cantidad percibida por aquél cualquiera que sea en realidad el concepto y la causa de la retribución.

Las omisiones contenidas en la memoria respecto de las operaciones realizadas con la entidad vinculada "TRANSZURI, S.L." y la remuneración percibida por el administrador, determinan la nulidad del acuerdo de



aprobación de las cuentas anuales y, en consecuencia, del relativo a la aplicación del resultado, vicario del anterior, y de la gestión social, en tanto que no puede adoptarse un acuerdo sobre la bondad de la gestión social tomado sobre la base de unas cuentas que han sido anuladas, siendo éstas, precisamente, las que suministran a los socios los elementos fundamentales para valorar la gestión sometida a escrutinio de los socios.

QUINTO.- En materia de costas, la estimación del recurso de apelación con estimación de la demanda, determina la condena a la parte demandada al pago de las costas ocasionadas en primera instancia de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por otra parte, al estimarse el recurso de apelación formulado por el actor, no procede condenar al pago de las costas originadas por el mismo a ninguno de los litigantes, todo ello en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

## FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador don José Antonio Pérez Casado en nombre y representación de DON Jose Manuel contra la sentencia dictada el día 17 de abril de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid , en el procedimiento núm. 441/2011 del que este rollo dimana.

2.- Revocar dicha resolución y, en su lugar, estimamos la demanda formulada por DON Jose Manuel contra la mercantil "INSTITUTO EMPRESARIAL DE CONTABILIDAD Y ECONOMÍA, S.A.", representada por el procurador don Pablo Ron Martín y, en consecuencia:

a) Declaramos la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General de Accionistas de la entidad "INSTITUTO EMPRESARIAL DE CONTABILIDAD Y ECONOMÍA, S.A.", celebrada el día 17 de junio de 2011, bajo los puntos primero, segundo y tercero del orden del día, por el que se aprobaron las cuentas anuales del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010, la propuesta de aplicación del resultado y la gestión social de dicho ejercicio.

b) Imponemos a la parte demandada las costas causadas en primera instancia.

3.- No se efectúa expresa imposición de las costas originadas con el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

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 nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.