



Roj: **SAP M 1735/2015 - ECLI:ES:APM:2015:1735**

Id Cendoj: **28079370282015100030**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **06/02/2015**

Nº de Recurso: **258/2013**

Nº de Resolución: **35/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0004556

Recurso de Apelación 258/2013

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 09 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 468/2011

Apelante: FARUS, S.L.

PROCURADOR D./Dña. MARIA RODRIGUEZ PUYOL

letrado: D. Manuel Ruiz-Tapiador Reus

Apelado: D./Dña. Visitacion

PROCURADOR D./Dña. MARIA JESUS MATEO HERRANZ

LETRADO: D. Luis Egido Valtueña

SENTENCIA nº 35/2015

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

En Madrid, a 6 de febrero de 2015.

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 258/2013 interpuesto contra la Sentencia de fecha 18 de diciembre de 2012 dictado en el Procedimiento Ordinario nº 468/11 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandada FARUS S.L. , siendo apelada la parte demandante Dña. Visitacion , 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 29 de julio de 2011 por la representación de Dña. Visitacion contra la mercantil "FARUS S.L." en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba :



".... Dikte sentencia por la que:

Se declare el derecho de mi representada, socio de "FARUS S.L." , a obtener la información solicitada en el documento nº 3 de los adjunto a esta demanda en relación con el orden del día de la Junta de Socios celebrada el día 20 de junio de 2011.

Se declare la existencia de vulneración del derecho de información de mi representada, Sra. Visitacion , que le asiste en virtud de su condición de socio de la mercantil " FARUS S.L." .

Se declare la nulidad de la Junta por haber sido convocada sin observar las formalidades previstas en la Ley de Sociedades de Capital y por haberse constituido irregularmente al no respetar el porcentaje de participaciones propiedad de mi mandante.

Se declare la de nulidad de todos los acuerdos adoptados en la Junta General de Socios de la Mercantil "FARUS S.L." celebrada el pasado 20 de junio de 2011, por concurrir causa de nulidad absoluta en todos ellos,

Se ordene la inscripción en el Registro Mercantil de Madrid de la sentencia que recaiga en el presente procedimiento, así como su publicación en el extracto, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, ordenando, , en su caso, la cancelación de la inscripción del acuerdo del nombramiento de D. Iván como Administrador único de la sociedad, por concurrir causa de nulidad absoluta.

Se condene a la demandada a estar y pasar por dicha declaración con expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento en caso de que se oponga al mismo. "

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid dictó sentencia con fecha 18 de diciembre de 2012 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor :

" Con ESTIMACION PARCIAL de la demanda promovida por Dña. Visitacion contra FARUS S.L. sobre acción de impugnación de acuerdos sociales, debo DECLARAR Y DECLARO, haber lugar a la nulidad de los acuerdos adoptados por la Sociedad demandada en relación al Punto 1º del Orden del Día, consistentes en aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2010 , gestiones social y aplicación del resultado correspondiente a ese ejercicio, con los efectos y el régimen de publicidad establecidos en el fundamento sexto de esta resolución. Del mismo modo DESESTIMO el resto de pedimentos contenidos en la demanda absolviendo a la demandada de los mismos.

En materia de costas no procede hacer especial pronunciamiento."

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandada 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. La sesión de deliberación y votación se celebró en fecha 5 de febrero de 2015.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Visitacion , socia de la mercantil FARUS S.L., interpuso demanda contra esta última impugnando los acuerdos adoptados por su junta general de 20 de junio de 2011 consistentes en la aprobación de las cuentas del ejercicio 2010, gestión y aplicación del resultado, cese y nombramiento de administrador único y modificación de los estatutos sociales con el fin de contemplar el cargo de presidente honorífico de la sociedad (así como la designación de la persona que hubiera de ocuparlo). En la demanda se invocó la concurrencia de vicios de convocatoria y de constitución de la junta, la infracción del derecho de información de la demandante y la falta de reflejo de la imagen fiel por parte de las cuentas que se sometían a aprobación.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, de manera que, apreciando la concurrencia de infracción del derecho de información de la demandante, declaró solamente la nulidad de los acuerdos de aprobación de cuentas, gestión y aplicación del resultado del ejercicio anterior.

Disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza FARUS S.L. a través del presente recurso de apelación.

Doña Visitacion , en cambio, consintió los pronunciamientos de la sentencia que le resultaron adversos al abstenerse de interponer contra ella recurso alguno.

SEGUNDO.- Consideramos conveniente comenzar nuestro análisis exponiendo cuáles son las modalidades de ejercicio del derecho de información del socio que la Ley de Sociedades de Capital contempla cuando, como en el caso, de sociedades de responsabilidad limitada se trata, y ello con indicación de aquellas modalidades



de las que hizo uso la actora y aquellas con ocasión de las cuales la sentencia apelada consideró vulnerado el derecho de información. Son las siguientes:

1.- Con carácter general y con independencia del contenido de la junta, se reconoce el derecho a solicitar por escrito, con anterioridad a la misma, los informes o aclaraciones que el socio estime precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día (Art. 196).

La actora hizo uso de esta modalidad en su misiva de 7 de junio de 2011, cursada tras la recepción de la convocatoria de la junta, en la que interesó del órgano de administración de la sociedad la elaboración y entrega dos informes escritos: 1.- Relación de ingresos por meses con indicación de los que tuvieron lugar por abonos mensuales de los usuarios del parking que la mercantil explota, indicando si el pago se efectuó en metálico o por domiciliación bancaria; 2.- Relación de ingresos por meses y días correspondientes a las estancias por horas o fracciones, con indicación de si el pago se efectuó en metálico o mediante tarjeta de crédito.

Además de estos dos informes, se interesó una copia de la cuenta de caja de la sociedad (Documento 7 de la demanda).

2.- Con carácter igualmente general, se reconoce el derecho a solicitar verbalmente esos mismos informes durante la celebración de la junta (Art. 196). Este derecho no fue ejercitado en el caso que nos ocupa.

3.- En relación con aquellas juntas en las que se incluya como punto del orden del día la aprobación de cuentas, gestión y aplicación de su resultado, se reconoce el derecho a solicitar, a partir de la convocatoria, 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 (Art. 272-2).

Este derecho se ejercitó por la actora en su misiva de 7 de junio de 2011 y fue oportunamente satisfecho, no existiendo controversia al respecto.

4.- En relación con la misma clase de juntas y, salvo disposición en contrario de los estatutos, se reconoce también el derecho del socio o socios que representen al menos el cinco por ciento del capital de examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales (Art. 272-3).

Este derecho fue ejercitado por la actora en su visita del día 10 de junio de 2001, de la que se levantó acta notarial (Documento 8 de la demanda), visita que había sido anunciada mediante la ya aludida misiva de 7 de junio de 2011.

TERCERO.- Vemos, pues, que de esas cuatro modalidades, Doña Visitación ejercitó las que hemos señalado con los números 1), 3) y 4). Y conviene aclarar (dejando a salvo la modalidad 3, que no ha generado controversia) que, si bien la sentencia apelada hace especial hincapié en las razones que conducen al juzgador a considerar vulnerado el derecho ejercitado bajo la modalidad señalada como 4), también se explica en dicha resolución que fue igualmente infringido tal derecho en la modalidad que hemos identificado como 1). Pues bien, huelga indicar que se trata de modalidades de contenido y finalidad diferente: en la modalidad prevista en el Art. 196 (1) el socio tiene derecho a que el órgano de administración elabore informes por escrito, informes mediante los cuales se trata de dar respuesta, "ad hoc", a los interrogantes que el socio le plantea, mientras que la modalidad prevista en el Art. 272-3 (4) tiene por objeto brindar al socio la oportunidad de realizar una labor de "verificación", esto es, de comprobación de la veracidad de las cuentas mediante el examen de los soportes originarios que justifican los asientos de cargo y de abono practicados en aquellas, lo que, lógicamente, no excluye la posibilidad de que mediante esa misma modalidad se verifique también la veracidad del contenido de los informes recabados en aplicación del Art. 196, siempre, naturalmente, que tales informes obren ya en poder del socio en el momento en que gira al domicilio social su visita de verificación, lo cual no es imprescindible ni legalmente exigible que suceda. Tampoco cabe confundir, como parece hacerlo la demandada en su escrito de contestación a la demanda, el derecho a recabar informes escritos sobre aspectos puntuales (Art. 196) con el derecho a exigir, con ocasión de las cuentas anuales, los documentos que van a ser sometidos a la aprobación de la junta (Art. 272-2).

Pues bien, ya hemos indicado anteriormente que, con anterioridad a la celebración de la junta y con independencia de haber interesado también una copia de la cuenta de caja de la sociedad, la actora ejercitó el derecho previsto en el Art. 196 solicitando, mediante su misiva de 7 de junio, dos informes escritos:

1.- Relación de ingresos por meses con indicación de los que tuvieron lugar por abonos mensuales de los usuarios del parking que la mercantil explota, indicando si el pago se efectuó en metálico o por domiciliación bancaria, y

2.- Relación de ingresos por meses y días correspondientes a las estancias por horas o fracciones, con indicación de si el pago se efectuó en metálico o mediante tarjeta de crédito.



Dicha petición guardaba evidente vinculación con los alegatos contenidos en la demanda con arreglo a los cuales la sociedad no habría contabilizado durante diversos ejercicios (entre ellos, el ejercicio 2010 cuyas cuentas se sometían a aprobación en esta junta) los ingresos del parking explotado por la sociedad correspondientes a estancias rotatorias, esto es, estacionamientos de duración limitada de una hora o fracción, distintos de los ingresos por estancias contratadas por periodos superiores (mensuales etc...). Pues bien, el acta notarial de 22 de junio de 2012, cuya incorporación a los autos fue acordada, en atención a su fecha, al inicio del acto del juicio, ha venido a poner de relieve lo justificado de tales sospechas y, consiguientemente, lo oportuno de la solicitud de ambos informes escritos. Y es que lo que dicho documento público evidencia es que con posterioridad a la celebración de la junta que ahora nos ocupa la sociedad demandada FARUS S.L. ha reconocido de manera solemne que durante los ejercicios 2007 a 2010 había dejado de contabilizar una parte considerable de la recaudación por estancias de aparcamiento: un total de 193.473 ? de los que 45.750,28 ? corresponderían al ejercicio 2010, que es el que ahora nos interesa.

Este tribunal comparte el punto de vista del juzgador de primera instancia cuando razona que la elaboración de tales informes no requeriría de especial dedicación o laboriosidad en vista del sistema informático con el que cuenta el parking para el control de las estancias. No obstante, si así no fuera, admitiríamos que pudiera teóricamente polemizarse en torno a la extensión exigida por la demandante para dichos informes. En particular, podría resultar controvertido si hubieran bastado las indicaciones de los ingresos por meses (y no por días en el segundo de los dos informes solicitados) siempre que se discriminasen adecuadamente las dos clase de ingresos (estancias temporales y rotatorias), o si sería o no disculpable que se hubiera omitido el desglose en razón a la forma de pago (metálico, domiciliación bancaria o tarjeta de crédito). Pero cualquier disquisición de esa naturaleza se encuentra por completo fuera de lugar desde el momento en que la demandada, tras recibir la solicitud de tales informes, no es que ofreciera a la demandante una información incompleta: es que, simple y llanamente, desatendió de modo absoluto su obligación de elaborar y facilitar a la actora los informes que esta solicitó.

CUARTO.- En su recurso, FARUS S.L. nos dice que ella ya facilitó esa información a la demandante con ocasión del requerimiento practicado al amparo del Art. 272-2 (entrega de las cuentas y demás documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la junta) y ello por cuanto - argumenta- en la cuenta de pérdidas y ganancias se menciona la cifra de 127.166,76 ? como correspondiente a los ingresos habidos durante el ejercicio, y en la memoria (subcuenta 705.000) se desglosa esa cifra de ingresos por mensualidades.

Lo primero que hemos de indicar al respecto es que se trata de un argumento novedoso que se encuentra ausente del escrito de contestación, donde a lo más que se llega es a identificar conceptualmente la información que es susceptible de ser solicitada al amparo del Art. 196 con la información que, cuando de la aprobación de cuentas se trata, debe entregarse al socio al amparo del Art. 272-2, identificación conceptual que ya hemos rechazado anteriormente. Tal circunstancia nos dispensaría de efectuar cualquier comentario al respecto. No obstante, se ha de señalar que los datos que proporcionan esos dos documentos (cuenta de pérdidas y ganancias y memoria) no son en absoluto coincidentes con el contenido al que deberían haber respondido los dos inexistentes informes escritos que la demandante solicitó al amparo del Art. 196 L.S.C. en su misiva de 7 de junio de 2010, pues patente resulta que, prescindiendo del grado de detalle que fuera pertinente o exigible, lo verdaderamente importante de dicha solicitud era, como ya se ha indicado, poder discriminar entre los ingresos correspondientes a estancias rotatorias de corta duración de los correspondientes a estancias temporales, y nada hay en la cuenta de pérdidas y ganancias ni en la memoria que nos permita efectuar tal desglose.

Por lo tanto, considerando que fue efectivamente vulnerado el derecho de información ejercitado por la actora al amparo del Art. 196 L.S.C. en relación con datos de interés trascendente y relevante, además de íntimamente vinculados con las cuentas que iban a ser sometidas a aprobación, el pronunciamiento anulatorio de la sentencia apelada habría de mantenerse con independencia del posicionamiento del tribunal en torno a la cuestión de si, además, se vulneró o no el derecho de información ejercitado bajo la modalidad prevista en el Art. 272-3 (examen de soportes en el domicilio social).

Se ha de desestimar, en consecuencia, el recurso de apelación interpuesto.

QUINTO.- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso de conformidad con lo previsto en el número 1 del Art. 398 de la L.E.C .

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

FALLO



En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

- 1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de FARUS S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
- 2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.
- 3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO