

Id Cendoj: 28079110012008100242
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 745/2001
Nº de Resolución: 312/2008
Procedimiento: CIVIL
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

SOCIEDADES ANÓNIMAS: Nombramiento judicial del auditor a petición de uno de los socios.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Mayo de dos mil ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto, por D. Juan Antonio, representado por el Procurador de los Tribunales D^a. Carmen Madrid Sanz contra la Sentencia dictada, el día 28 de noviembre de 2000, por la Sección 21^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que resolvió el recurso de apelación nº 418/97 interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 35 de los de Madrid. Son partes recurridas HELLI IBÉRICA, S.A. y D. Lázaro, representados por la Procuradora de los Tribunales D^a. Carmen Vinader Moraleda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 35 de Madrid, interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía, D. Juan Antonio contra D. Lázaro, y contra la sociedad HELLI IBÉRICA, S.A. . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "...dicte sentencia por la que se declare:

Primero: Que dimanante de los *artículos 133 y 135 del T.R.L.S.A* . se declare la responsabilidad del administrador Único de Heli Ibérica, S.A., D. Lázaro, y se le condene al pago de la cantidad de seis millones cuatrocientas cuarenta mil pesetas (6.440.000 ptas.) valor de los perjuicios morales y económicos irrogados a mi representado, más los intereses legales.

Segundo: Que dimanante de los *artículos 49.2, apdo. d) y 206 del T.R.L.S.A.; y del 7-2 del C. Civil*, se nombre por el Juzgado a un Auditor de Cuentas para que proceda, sin dilación, a la revisión y examen de las Cuentas del ejercicio que corresponde a 1993 (pues éste fue el que se solicitó auditar al Registro Mercantil en tiempo y forma y que no pudo practicarse por negativa injustificada del Administrador Único).

Tercero: Que el Auditor nombrado por el Juzgado extienda su informe al ejercicio de 1994, cuyas cuentas habrán tenido que ser elaboradas a la presente fecha, tal y como dispone el *artículo 171 del T.R.L.S.A* ., por remisión al mismo del *art. 31* de los Estatutos de la Sociedad "Heli Ibérica, S.A".

Cuarto: Que se condene a la parte demandada al pago de las costas del presente procedimiento".

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D. Lázaro, y de HELLI IBÉRICA, S.A. los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... se dicte Sentencia por la que se desestime la demanda tanto al estimar las Excepciones procesales como por el fondo del asunto, con expresa imposición de costas a la actora".

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se acordó convocar a las partes a la Comparecencia prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la que se celebró en el día y hora indicados, y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 35 de Madrid dictó Sentencia, con fecha 25 de octubre de 1996 y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Que desestimo las excepciones de litispendencia y defecto legal en el modo de proponer la demanda formuladas por los demandados HELI IBÉRICA, S.A. y D. Lázaro frente a las pretensiones deducidas en la demanda promovida por D. Juan Antonio, y entrando a conocer del fondo, estimo parcialmente la demanda y acuerdo nombrar un Auditor de Cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de Heli Ibérica, S.A. de los ejercicios 1993 y 1994.

El nombramiento, remuneración, plazo para emitir el informe y demás circunstancias que contemplan los arts. 207 a 210 del TRLSA se determinarán en ejecución de sentencia.

Se imponen a la demandada Heli Ibérica, S.A. las costas procesales.

Asimismo, desestimo las pretensiones deducidas en la demanda contra D. Lázaro, siendo de cargo del demandante las costas procesales causadas a instancia de dicho demandado".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación D. Lázaro y HELI IBÉRICA, S.A. . Sustanciada la apelación, la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó Sentencia, con fecha 28 de noviembre de 2000 , con el siguiente fallo: " Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por Heli Ibérica, S.A. y don Lázaro, debemos revocar y revocamos la sentencia dictada el día 25 de octubre de 1996 por la Magistrado Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 35 de Madrid en el juicio de menor cuantía número 571/1995 del que la presente apelación dimana y, en su lugar, rechazando las excepciones de litis pendencia ante otro Juzgado o Tribunal competente y la de defecto legal en el modo de proponer la demanda, por indebida acumulación de acciones, y desestimando la demanda presentada por don Juan Antonio con rechazo total de las dos pretensiones deducidas contra Heli Ibérica, S.A. y don Lázaro, debemos absolverlos y los absolvemos libremente.

Las costa ocasionadas en la primera instancia causadas a instancia de don Lázaro se imponen a don Juan Antonio. Mientras que el resto de las costas de la primera instancia serán abonadas por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Las costas ocasionadas en esta apelación serán abonadas por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

TERCERO. D. Juan Antonio, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª. Carmen Madrid Sanz, formalizó recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc 21ª, con fundamento en los siguientes motivos:

Primero: Con fundamento en el *número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , infracción de los *artículos 205.2 y 206 del T.R.L.S.A.* , relativos al nombramiento por el Registrador Mercantil y nombramiento Judicial de auditores de cuentas y *artículo 40 del Código de Comercio* .

Segundo: Con fundamento en el *número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , infracción del *artículo 24* de la Constitución Española, relativo al impedimento del acceso a la tutela judicial efectiva.

CUARTO. Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora Dª. Carmen Vinader Moraleda, en nombre y representación de D. Lázaro y HELI IBÉRICA, S.A., impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el dieciséis de abril de dos mil ocho, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. Dª. ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. D. Juan Antonio ostentaba el 16% del capital en la sociedad HELI IBERICA, S.A.; al mismo tiempo prestaba sus servicios profesionales en la misma sociedad, en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios. Las controversias se generaron a raíz de la rescisión del contrato.

En 21 marzo 1994, D. Juan Antonio solicitó en el Registro Mercantil el nombramiento de un auditor para las cuentas de la sociedad HELI IBERICA, S.A., para lo que se encontraba legitimado al ser titular del

16% del capital social; el Registrador Mercantil procedió al nombramiento de un auditor de cuentas para revisar las correspondientes al ejercicio 1993; después de una serie de incidentes, el auditor nombrado puso de relieve ante el Registrador Mercantil el obstruccionismo de la sociedad auditada, lo que le impedía efectuar su trabajo, hecho que el registrador puso en conocimiento del peticionario y cerró el expediente.

En la demanda que origina el presente litigio, D. Juan Antonio demandó a HELI IBERICA, S.A. y su administrador D. Lázaro y acumuló dos acciones: la del *artículo 206 LSA* , pidiendo el nombramiento de un auditor de las cuentas de la sociedad por parte del Juez para las cuentas del año 1993 y su ampliación al año 1994 y, además, la acción individual de responsabilidad contra el administrador único.

El Juzgado de 1ª Instancia nº 35 de Madrid, dictó sentencia el 25 octubre 1996 y estimó en parte la demanda al acoger la primera de las acciones, considerando que el demandante tenía acción para solicitar el nombramiento judicial de un auditor, aun cuando no hubiera pedido antes la revocación del nombrado por el Registro Mercantil, por lo que entendió que existía "justa causa" para solicitar este nombramiento. En cambio, desestimó la demanda de responsabilidad del administrador único.

La sociedad HELI IBERICA, S.A. y D. Lázaro interpusieron recurso de apelación. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21, de 28 noviembre 2000 , revocó la sentencia apelada, al considerar: a) que la sociedad demandada podía presentar un balance abreviado de sus cuentas, por encontrarse incluida en el supuesto previsto en el *artículo 181 LSA* ; b) que no era aplicable el *artículo 206 LSA* , porque éste parte del previo nombramiento de un auditor por parte de la Junta general de accionistas o del Registrador, pero que en ausencia de este nombramiento, "el *artículo 206* no concede acción para solicitar de la autoridad judicial el nombramiento de un auditor de cuentas para que revise las cuentas anuales de la sociedad"; c) distinguió entre las cuentas del año 1994 y las de 1993; con relación a las de 1994 decidió que debe negarse la posibilidad de aplicar el *artículo 206 LSA* , porque D. Juan Antonio nunca pidió al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor, y para las de 1993, después de poner de relieve lo ya reseñado en relación con el nombramiento del auditor y la obstrucción a la realización de la auditoría por parte de la sociedad, concluyó que "[l]os accionistas de una sociedad anónima que pueda presentar balance abreviado carecen de acción judicial para que se les nombre, por los Tribunales de justicia, un auditor de cuentas que revise las cuentas de un determinado ejercicio anual que la sociedad, siendo así que la acción prevista en el *artículo 206 LSA* es la de "revocación" del auditor de cuentas nombrado previamente por la Junta general de accionistas o por el Registrador Mercantil[...]". En consecuencia, estimó el recurso y desestimó la demanda.

Contra esta sentencia interpone recurso de casación el inicial demandante D. Juan Antonio, dividido en dos motivos, todos ellos al amparo del *artículo 1692, 4 LEC* .

SEGUNDO. El primer motivo denuncia la infracción de los *artículos 205.2 y 206 LSA* , relativos al nombramiento por el Registrador mercantil y nombramiento judicial de auditores de cuentas, así como del *artículo 40 Código* de comercio. El recurrente centra su recurso en una pregunta: "¿puede un socio legitimado para ello solicitar del Juez la verificación de las cuentas de un determinado ejercicio sin acudir previamente al Registrador Mercantil?" y señala que la respuesta debe ser afirmativa, porque en caso contrario, se impide obtener la protección de los jueces y tribunales y porque lo dispuesto en la Ley de Sociedades anónimas debe integrarse con el *artículo 40 Código* de comercio que permite al Juzgado acordar que un determinado empresario someta sus cuentas anuales a auditoría, "si acoge la petición fundada en un interés legítimo". Considera que hubo *justa causa según el artículo 206 LSA* para acudir a la vía judicial ordinaria según se desprende de las circunstancias del caso y porque el cierre del expediente por el Registrador significaba la revocación del mandato del auditor nombrado.

El motivo debe ser estimado.

El *artículo 206 LSA* no prevé el supuesto que se está planteando en este recurso de casación. La doctrina que ha interpretado esta disposición ha considerado siempre que dicho artículo está partiendo del hecho de que el auditor ha sido nombrado por la Junta general para el control de las cuentas de la sociedad y la Junta no puede revocar el contrato sin que concurra una justa causa, que debe alegar y probar ante el juez. Por ello, la norma del *artículo 206 LSA* , que permite el nombramiento de un auditor judicial autoriza a los administradores para solicitar "la revocación del designado por la junta general o por el Registrador mercantil y el nombramiento de otro". Se ha interpretado en general esta disposición como una norma que protege la independencia de los auditores cuando existe un nombramiento, ya sea por parte de la Junta, ya sea por el Registrador.

Pero el presente supuesto de hecho resulta totalmente distinto del previsto y regulado por la norma,

porque debemos partir de los hechos probados, no impugnados en casación, de acuerdo con los que: a) el auditor fue nombrado por el Registrador mercantil, a petición de un socio legitimado, por ostentar el 16% del capital social y poder la sociedad formular balance abreviado, de acuerdo con lo que dispone el *artículo 181 LSA* ; b) resulta probado y así se admite en la sentencia recurrida, que la no realización de la auditoría fue una consecuencia de la actitud obstruccionista de la propia sociedad anónima auditada, lo que obligó al Registrador Mercantil a comunicar dicha situación al socio minoritario que pidió su realización. Estos hechos son determinantes para la decisión que se toma en esta sentencia.

TERCERO. Dada la falta de regulación de esta situación en el *artículo 206 LSA* , debe recurrirse al sistema de fuentes establecido para la resolución del presente litigio. Para ello debe aplicarse el *artículo 40 Código de Comercio* que establece que "sin perjuicio de lo establecido en otras leyes que obliguen a someter las cuentas anuales a la auditoría de una persona que tenga la condición legal de auditor de cuentas, [...] todo empresario vendrá obligado a someter a auditoría las cuentas anuales de su empresa, cuando así lo acuerde el Juzgado competente, incluso en vía de jurisdicción voluntaria, si acoge la petición fundada de quien acredite un interés legítimo". Es evidente que el interés legítimo a proteger en este caso concreto es el del socio minoritario que se ve en este supuesto doblemente desprotegido, ya que la sociedad puede presentar el balance abreviado que le permite el *artículo 181 LSA* y, además, si bien puede pedir el nombramiento del auditor, tal como le permite el *artículo 205.2 LSA* , cuando lo ha conseguido, la obstrucción de la sociedad auditada le va a impedir el conocimiento real de las cuentas.

Las razones que llevan a estimar la demanda del ahora recurrente serán, pues:

1ª La sociedad impidió la actuación del auditor nombrado por el Registrador mercantil, es decir, que no se llegó ni tan siquiera a iniciar la auditoría ya decidida por el Registrador. La sentencia recurrida reconoció esta situación, que podría constituir dolo del auditado.

2ª La imposibilidad de que el auditor realizara el encargo determina que se haya producido una revocación de hecho del nombramiento del auditor efectuado por el Registrador mercantil, lo que no debe impedir que el socio minoritario, que se encuentra en esta situación, vea frustrados sus derechos, ya que una conclusión del tipo de la sostenida por la sentencia recurrida permitiría supuestos de fraude a la ley

3ª A todo ello se añade que el *art. 206 LSA* está pensado fundamentalmente para el caso de que el auditor incumpla, pero no para los casos en que sea la sociedad la que impida el ejercicio de un derecho del socio minoritario, cuando la sociedad podía presentar un balance abreviado, de acuerdo con el *art. 181 LSA*

4ª El *artículo 40 Código de Comercio* es una norma complementaria de las disposiciones de la Ley de sociedades anónimas en lo relativo al nombramiento judicial de auditor, conclusión a la que se llega también teniendo en cuenta que el mencionado *artículo fue redactado por la ley 19/1989, de 25 de julio* , de sociedades anónimas, por lo que puede utilizarse para integrar la propia ley en aquello que no regula, como lo es el actual supuesto.

CUARTO. La estimación del primer motivo del recurso de casación presentado por D. Juan Antonio exime a esta Sala de entrar a examinar el segundo motivo, basado en la infracción del *artículo 24 CE* , por entender que la sentencia recurrida vulneraba claramente el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

QUINTO. La estimación del primer motivo comporta la del propio recurso y la anulación y casación de la sentencia recurrida, por lo que debe confirmarse la sentencia pronunciada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 35 de Madrid, de fecha 25 de octubre de 1996 .

No deben imponerse las costas del presente recurso de casación, en aplicación de lo dispuesto en el *artículo 1715 LEC*

Respecto de las costas generadas por la apelación, deben imponerse a la parte recurrida, por no haberse debido admitir el recurso de apelación presentado por las demandadas HELI IBERICA, S.A. y D. Lázaro.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

1º Ha lugar al recurso de casación instado por la representación procesal de D. Juan Antonio contra la sentencia de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 de noviembre de 1999 dictada en el rollo de apelación nº 418/97, cuyo fallo dice: "Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por Heli Ibérica, S.A. y don Lázaro, debemos revocar y revocamos la sentencia dictada el día 25 de octubre de 1996 por la Magistrado Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 35 de Madrid en el juicio de menor cuantía número 571/1995 del que la presente apelación dimana y, en su lugar, rechazando las excepciones de litis pendencia ante otro Juzgado o Tribunal competente y la de defecto legal en el modo de proponer la demanda, por indebida acumulación de acciones, y desestimando la demanda presentada por don Juan Antonio con rechazo total de las dos pretensiones deducidas contra Heli Ibérica, S.A. y don Lázaro, debemos absolverlos y los absolvemos libremente. Las costas ocasionadas en primera instancia causadas a instancia de don Lázaro se imponen a don Juan Antonio. Mientras que el resto de las costas de la primera instancia serán abonadas por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Las costas ocasionadas en esta apelación serán abonadas por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º Se confirma la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia nº 35 de Madrid, de 25 de octubre de 1996, cuyo fallo dice: "Que desestimo las excepciones de litispendencia y defecto legal en el modo de proponer la demanda formulada por los demandados HELI IBÉRICA, S.A. y D. Lázaro frente a las pretensiones deducidas en la demanda promovida por D. Juan Antonio, y entrando a conocer del fondo, estimo parcialmente la demanda y acuerdo nombrar un Auditor de Cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de Heli Ibérica, S.A. de los ejercicios 1993 y 1994. El nombramiento, remuneración, plazo para emitir el informe y demás circunstancias que contemplan los arts. 207 a 210 del TRLSA se determinarán en ejecución de sentencia. Se imponen a la demandada Heli Ibérica, S.A., las costas procesales. Asimismo, desestimo las pretensiones deducidas en la demanda contra D. Lázaro, siendo de cargo del demandante las costas procesales causadas a instancia de dicho demandado".

4º Se imponen las costas de la apelación a los recurrentes en aquella instancia HELI IBERICA, S.A y D. Lázaro.

5º No se hace especial declaración de costas del recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- FRANCISCO MARÍN CASTÁN.- JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL .- ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS .- Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnación Roca Trías, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.