



Roj: **STS 2192/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2192**

Id Cendoj: **28079110012021100363**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/05/2021**

Nº de Recurso: **4958/2018**

Nº de Resolución: **369/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 369/2021

Fecha de sentencia: 28/05/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4958/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/05/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN núm.: 4958/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 369/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 28 de mayo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 204/2018, de 9 de julio, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, como consecuencia de autos de



juicio ordinario n.º 42/2017 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Pontevedra, sobre impugnación de acuerdos sociales.

Es parte recurrente D.ª Cristina y D. Iván, representado por el procurador D. Jorge Ignacio Freire Rodríguez y bajo la dirección letrada de D.ª María Teresa Lorenzo Tarrío.

Es parte recurrida la entidad Concentric, S.A., representada por la procuradora D.ª María del Rosario Castro Cabezas y bajo la dirección letrada de D. Juan Areses Trapote.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Jorge Ignacio Freire Rodríguez, en nombre y representación de D.ª Cristina y D. Iván interpuso demanda de juicio ordinario contra Concentric, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que se declare:

"- la nulidad del acuerdo relativo a "aprobar las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2009", aprobado en Junta General Ordinaria, celebrada en fecha 30 de diciembre de 2015.

"- la nulidad del acuerdo relativo a "aprobar las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010", aprobado en Junta General Ordinaria, celebrada en fecha 30 de diciembre de 2015.

"- la nulidad del acuerdo relativo a "aprobar las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2011", aprobado en Junta General Ordinaria, celebrada en fecha 30 de diciembre de 2015.

"- la cancelación de los asientos del Registro Mercantil que traigan su causa en los acuerdos cuya nulidad se suplica.

"- todo ello con expresa imposición de costas a la demandada."

2.- La demanda fue presentada el 24 de febrero de 2017 y, repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Pontevedra, fue registrada con el n.º 42/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª María del Rosario Castro Cabezas, en representación de Concentric, S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Pontevedra dictó sentencia 98/2017, de 12 de diciembre, con la siguiente parte dispositiva:

"Desestimo la demanda interpuesta por Cristina y Iván, asistidos por la Letrada Sra. Lorenzo Tarrío y representados por el Procurador Sr. Freire Rodríguez, contra la demandada, Concentric S.A., representada por la Procuradora Sra. Castro Cabezas y asistida por el Letrado Sr. Areses Trapote.

"Todo ello sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Cristina y D. Iván. La representación de Concentric, S.A se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que lo tramitó con el número de rollo 110/2018 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 204/2018, de 9 de julio, cuyo fallo dispone:

"Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Cristina y Iván y en su consecuencia confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra, dictada en los autos de impugnación de acuerdos sociales registrados bajo el nº 42/17, con imposición al apelante del pago de las costas de la alzada y pérdida del depósito constituido".

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- El procurador D. Jorge Ignacio Freire Rodríguez, en representación de D.ª Cristina y D. Iván, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:



"Motivo primero.- el interés casacional resulta, conforme al artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al amparo del artículo 477.2.3 de la citada Ley, por infracción de los artículos 1, 2, 3 y 5 de la "Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros" (Diario Oficial Unión Europea 1/10/2009 L258/11. Los invocados preceptos se encuentran en íntima conexión, son el presupuesto habilitante del art. 205.2 in fine, de la Ley de Sociedades de Capital.

" La invocada Directiva ha sido derogada por la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades; no obstante mantiene incólume el contenido de los preceptos invocados como infringidos, reconocidos en la nueva Directiva como artículos 14 y 16".

" Motivo segundo.- la normativa comunitaria (art. 2, 3 y 5 Directiva 2009/101) disciplina un régimen propio de publicidad y encomienda su gestión al Registro Mercantil; y, además, los requisitos y formalidades de esa obligada publicidad son los establecidos por la normativa comunitaria. La Sentencia impugnada contraviene las previsiones normativas comunitarias al negar valor alguno al <depósito> de las cuentas; así como desconocer como requisito y formalidad habilitante, para su eficacia erga omnes, el <depósito de las cuentas>.

" Motivo tercero- El interés casacional resulta, conforme al artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil y al amparo del artículo 477.2.3 de la citada Ley, por infracción del art. 18 y art. 22.2 del Código de Comercio, así como, en íntima conexión con los preceptos citados, con infracción de los artículos 164, 279, 280, 281, 282, 283 y 284 Ley Sociedades de Capital, preceptos que tienen su origen en la normativa comunitaria invocada en los motivos precedentes.

" Motivo cuarto.- El interés casacional resulta, conforme al artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil y al amparo del artículo 477.2.3 de la citada Ley, por infracción del 205.2 de la Ley de Sociedades de Capital en íntima conexión con el art 3 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009; así como con infracción de la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo 29/10/2008 (nº 964/2008); 15/07/2004 (nº 858/2004); 3/04/2003 (nº 320/2003); se acompañan, como documentos nº 2 a 4 copia de las citadas resoluciones".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 9 de diciembre de 2020, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La representación de Concentric, S.A. se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de mayo de 2020, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 24 de febrero de 2017, D.ª Cristina y D. Iván interpusieron demanda contra Concentric, S.A., de la que eran socios titulares de la nuda propiedad del 30% de su capital social, por la que solicitaban la declaración de nulidad de los acuerdos sociales adoptados por la junta general celebrada el 30 de diciembre de 2015, por los que se aprobaron las cuentas anuales de los ejercicios 2009, 2010 y 2011, cuentas que se depositaron en el Registro Mercantil el 29 de febrero de 2016.

2.- En la demanda se alegaban incumplimientos materiales de los principios contables en las cuentas de los ejercicios señalados, que no reflejarían la imagen fiel de la sociedad. Se señalaba como origen de esos incumplimientos la declaración judicial de nulidad de las cuentas del ejercicio de 2004; se reprochaba, además, que en la memoria de las cuentas impugnadas no se contuviera referencia alguna a la anulación de las cuentas de 2004; se afirmaba que las cuentas de los ejercicios intermedios (desde 2005 hasta 2009) también habían sido objeto de impugnación en un proceso diferente, al igual que las cuentas de ejercicios posteriores a las que constituyen el objeto de la presente litis (las de 2013 a 2015). La demanda añadía la mención de otras irregularidades, en esencia se trataba de: a) menciones contradictorias en las respectivas memorias en relación con las retribuciones del administrador; b) la falta de legalización de los libros contables; y c) la falta de verificación contable de las cuentas del ejercicio 2009, pese a que la sociedad tenía designado auditor. Además, los demandantes alegaban que habían tratado sin éxito de obtener las actas de las juntas.



3.- La sociedad demandada se opuso al fondo de la pretensión sosteniendo la validez de las cuentas y la irrelevancia de los defectos denunciados, y alegó que: (i) los actores tuvieron pleno conocimiento de la celebración de la junta general del día 30 de diciembre de 2015; (ii) los demandantes no obtuvieron copia de las actas porque no pasaron a recogerlas; (iii) la sentencia de fecha 15 de julio de 2013 anuló las cuentas anuales del ejercicio 2004 al no haberse provisionado un crédito contra los demandantes; las cuentas de los ejercicios 2005 y siguientes fueron reformuladas y se aprobó su reformulación en junta general celebrada el día 17 de abril de 2009 para la aprobación de las cuentas de 2005; (iv) era innecesario hacer referencia en la memoria de las cuentas anuales de los ejercicios 2009 a 2011 a los efectos de la sentencia de fecha 15 de septiembre de 2003, pues la demandada ya había procedido a la reformulación de las cuentas anuales; (v) la demandada no dispone de libros legalizados porque no es exigible desde su presentación telemática; (vi) la demandada no llevó durante el tiempo en el que la administración la ejerció Valeriano los libros de contabilidad, pero a partir del año 2003 se empezó a llevar la contabilidad.

Además, opuso la caducidad de la acción, pues los acuerdos impugnados se adoptaron en la junta de 30 de diciembre de 2015, por lo que la demanda (presentada el 24 de febrero de 2017) se interpuso con posterioridad al transcurso del plazo anual.

4.- El juzgado de primera instancia estimó la excepción de caducidad. Tras exponer el fundamento normativo de la excepción, la sentencia primero concreta la fijación del *dies a quo* para el cómputo del plazo anual que estima debe coincidir con la fecha de depósito de las cuentas en el Registro Mercantil, que tuvo lugar el 29 de febrero de 2016. Después, analiza la cuestión de la fecha en que debió entenderse ejercitada la acción en las concretas circunstancias del caso, en el que la demanda se presentó el día 24 de febrero de 2017 pero el poder *apud acta* del procurador fue otorgado con posterioridad, en un momento en el que ya había transcurrido el plazo anual desde la fecha del depósito de las cuentas. A la vista de estos datos y de la jurisprudencia constitucional sobre la materia concluye que la posterior comparecencia *apud acta* no subsana la omisión inicial del poder, por lo que la acción se encontraba caducada.

5.- Los demandantes recurrieron en apelación la sentencia de primera instancia. En el recurso combatieron el pronunciamiento de caducidad de la acción y reiteraron los argumentos de fondo sobre la impugnación de los acuerdos de aprobación de las cuentas. En relación con la caducidad, los recurrentes aceptan el criterio del cómputo del plazo desde la fecha del depósito, pero consideran contrario al derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial la decisión de no retrotraer la fecha del apoderamiento *apud acta* al momento de la presentación de la demanda. El recurso sostiene que se trata de un vicio subsanable y que, en aplicación del art. 416 LEC (sic), una vez admitida la demanda sus efectos se retrotraen al instante de su presentación. Respecto del fondo, los recurrentes reiteran los argumentos de la demanda sobre la existencia de vicios materiales en las cuentas de los ejercicios aprobados.

6.- La Audiencia desestima el recurso. Parte del art. 205 LSC que, en relación con el inicio del cómputo del plazo de un año para la impugnación de los acuerdos sociales, establece una regla general (cómputo desde la adopción del acuerdo) y una especial para los acuerdos sujetos a inscripción (cómputo desde la "oponibilidad" de la inscripción). Entiende que esta última regla debe interpretarse con arreglo a lo dispuesto en el art. 21.1 Ccom, conforme al cual los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil; por tanto, el plazo computa desde el momento de la inscripción si el demandante ha tenido conocimiento de ésta, y si es un tercero de buena fe que no ha tenido un conocimiento "extratabular" entra en juego la regla del cómputo desde la fecha de la publicación en el Borme. Después, destaca que esta regla especial afecta a los acuerdos inscribibles, no a los no inscribibles, para los que rige la regla general del cómputo desde la adopción del acuerdo. A continuación, afirma que "el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales no está sujeto a inscripción", afirmación que apoya en los siguientes razonamientos:

"Respecto de las cuentas anuales, el Registro Mercantil desempeña un papel de depósito o archivo y de publicidad de los documentos contables. El Registro Mercantil es un registro de personas y de actos, y respecto de los hechos inscribibles desempeña un papel de publicidad legal, en el sentido de que los actos inscritos resultarán oponibles a terceros independientemente de su conocimiento efectivo, por virtud del hecho mismo de la inscripción o, más precisamente, (en virtud de la reforma operada por la Ley de 25.7.1989), desde la publicación de aquélla en el boletín oficial. La ley exige la inscripción de los empresarios individuales y de ciertos actos (art. 87 RRM) y de las sociedades y de los actos y ciertos acuerdos en función del tipo de sujeto al que se refieran (arts. 94, 114, 175, 209, 216, 238 y concordantes, 249, etc.). La inscripción se sujeta a un principio de tipicidad, en el sentido de que sólo pueden ser inscribibles los sujetos y actos determinados legalmente, y en general la inscripción resulta obligatoria.

"14. Junto con las funciones registrales típicas, la reforma de 1989 añadió al Registro nuevas funciones (Título III del RRM): la legalización de libros, el depósito de cuentas, y el nombramiento de expertos independientes



y de auditores. La regulación del depósito de las cuentas, contenida en los arts. 365 - 378 RRM, contiene requisitos específicos que determinan el alcance, los documentos a depositar, la publicidad del depósito y las consecuencias de la infracción de dicho deber. El término inscripción, en el sistema registral, tiene un significado propio, típico, cuenta con un régimen específico de calificación, y produce determinados efectos jurídicos como asiento de carácter principal.

"15. Por tales motivos, cuando la ley usa el término inscripción entendemos que lo hace en sentido propio, estricto, referido a los asientos de tal clase. En tal sentido, cuando el art. 205.2 LSC establece, en su último inciso, una regla especial de cómputo del plazo anual de caducidad referida al momento de la oponibilidad de la inscripción, entendemos que se refiere a los actos típicos sujetos a inscripción, sin que existan razones para extender el término a las otras funciones que desempeña el Registro, en especial al depósito de cuentas, que presenta una finalidad y una eficacia diferente".

A través de esta argumentación, la Audiencia llega a la conclusión de que el *dies a quo* del plazo anual en el caso del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales, es el general que computa desde la fecha de su adopción en la junta general. En el caso, la junta fue celebrada el 20 de diciembre de 2015 y durante su celebración se produjo la votación y la proclamación del resultado de la aprobación de las cuentas, por lo que cuando se presentó la demanda, el 24 de febrero de 2017, la acción se encontraba caducada. En consecuencia, la sentencia de apelación desestima el recurso, sin entrar a analizar el problema relativo al otorgamiento ulterior del poder, pues entiende que en el momento en que se presentó la demanda el derecho a impugnar el acuerdo ya se había extinguido.

7.- Los demandantes ha interpuesto un recurso de casación, articulado en cuatro motivos, que han sido admitidos.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Formulación de los motivos primero a cuarto.*

1.- *Planteamiento de los motivos primero y segundo.* Los dos primeros motivos se refieren a la infracción común de varios artículos de la Directiva 2009/101/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009. En concreto, el motivo primero se introduce con el siguiente encabezamiento:

"Motivo primero.- el interés casacional resulta, conforme al artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al amparo del artículo 477.2.3 de la citada Ley, por infracción de los artículos 1, 2, 3 y 5 de la "Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros" (Diario Oficial Unión Europea 1/10/2009 L258/11. Los invocados preceptos se encuentran en íntima conexión, son el presupuesto habilitante del art. 205.2 in fine, de la Ley de Sociedades de Capital.

"La invocada Directiva ha sido derogada por la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades; no obstante mantiene incólume el contenido de los preceptos invocados como infringidos, reconocidos en la nueva Directiva como artículos 14 y 16".

2.- El motivo segundo se encabeza con el siguiente epígrafe:

"Motivo segundo.- la normativa comunitaria (art. 2, 3 y 5 Directiva 2009/101) disciplina un régimen propio de publicidad y encomienda su gestión al Registro Mercantil; y, además, los requisitos y formalidades de esa obligada publicidad son los establecidos por la normativa comunitaria. La Sentencia impugnada contraviene las previsiones normativas comunitarias al negar valor alguno al "depósito" de las cuentas; así como desconocer como requisito y formalidad habilitante, para su eficacia *erga omnes*, el "depósito de las cuentas".

3.- En el desarrollo de ambos motivos, sustancialmente coincidente, se argumenta, en síntesis, lo siguiente: (i) la obligación de publicar las cuentas anuales es una obligación principal de análoga naturaleza a la de cualesquiera otros actos o indicaciones objeto de obligatoria publicidad en el Registro Mercantil, por disposición expresa de la invocada normativa comunitaria; (ii) no es conforme con el régimen de publicidad impuesto por la normativa comunitaria la interpretación del término inscripción que hace la sentencia impugnada, en la que se confunde "publicación" (género) con "inscripción" (especie); siendo la segunda un instrumento al servicio de la primera; (iii) la sentencia impugnada contrapone, como excluyentes, los términos depósito de las cuentas e inscripción, lo que no tiene acomodo en la normativa comunitaria, ni en nuestro Derecho positivo; (iv) desde la primera Directiva del Consejo de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, y en sus reformas posteriores, el Registro Mercantil pasa a realizar otras funciones diferentes, aunque complementarias y de



análoga naturaleza y finalidad a las que le eran propias en nuestra tradición jurídica, incluyendo el depósito de las cuantas anuales, que pasan a estar sometidas a un régimen de publicidad obligatoria.

4.- Planteamiento del motivo tercero. Este tercer motivo se encabeza del siguiente modo:

"Motivo tercero- El interés casacional resulta, conforme al artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil y al amparo del artículo 477.2.3 de la citada Ley, por infracción del art. 18 y art. 22.2 del Código de Comercio, así como, en íntima conexión con los preceptos citados, con infracción de los artículos 164, 279, 280, 281, 282, 283 y 284 Ley Sociedades de Capital, preceptos que tienen su origen en la normativa comunitaria invocada en los motivos precedentes".

5.- En su desarrollo, en resumen, se reiteran los argumentos basados en las Directivas comunitarias a que se refieren los motivos anteriores y se ponen en relación con la regulación contenida en el Código de comercio (art. 22.2) y en la Ley de Sociedades de Capital (164, 279, 280, 281, 282, 283 y 284), sobre la obligatoriedad y publicidad del depósito de cuentas en el Registro Mercantil.

6.- Planteamiento del motivo cuarto. El motivo denuncia la infracción del art. 205.2 LSC en conexión con el art. 3 de la Directiva 2009/101/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, y de la jurisprudencia contenida en las sentencias de esta sala 964/2008, de 29 de octubre, 858/2004, de 15 de julio de 2004 y 320/2003, de 3 de abril.

7.- En su desarrollo, se argumenta, en resumen, que: (i) el socio que no acude a la junta y que no tiene conocimiento de los acuerdos adoptados es un tercero; (ii) por lo tanto, conforme a lo dispuesto en el art. 3 de la Directiva 2009/101, en conexión con el art. 205 LSC, el *dies a quo* para el cómputo del plazo tendrá lugar después de la obligatoria incorporación de las cuentas al Registro Mercantil; (iii) la doctrina que se contiene en la sentencia que se impugna incentiva conductas y prácticas perversas, como la subrepticia aprobación de cuentas, su mantenimiento al margen del Registro durante un año y, transcurrido ese plazo, su inscripción/publicación; (iv) conforme a la doctrina que se contiene en la sentencia de la Audiencia el incumplimiento de la obligación de inscribir/publicar sólo tendría una sanción económica para la compañía y daría lugar el cierre, temporal, de la hoja registral; (v) la previsión que se contiene en la normativa comunitaria y su trasposición en nuestro ordenamiento, atribuye a las cuentas anuales la naturaleza de "acto o indicación" objeto de publicación obligatoria; la "publicación" está disciplinada en el art. 3 de la Directiva 2009/101, sustituida por la Directiva 2017/1132 que mantiene en idénticos términos el contenido del art. 3 en su artículo 16; (vi) la publicación de las cuentas, mediante su "depósito" en el expediente (art. 3.5 Directiva 2009/101), determinarán el *dies a quo* para su eficacia *erga omnes* (art. 3.6 de la citada Directiva).

TERCERO.- Examen de admisibilidad de los motivos. Decisión de la sala.

1.- Alegaciones de inadmisibilidad de los motivos primero, segundo y cuarto: invocación novedosa de normativa comunitaria, carencia de justificación del interés casacional y falta de relación de la infracción denunciada con la *ratio decidendi* de la sentencia.

1.1. En su escrito de oposición al recurso la sociedad demandada alega la concurrencia de distintas causas de inadmisibilidad del recurso: (i) los recurrentes introducen cuestiones nuevas, no debatidas en la instancia, como la relativa a la infracción de la normativa comunitaria sobre la obligatoria publicidad de las cuentas anuales; (ii) no se acredita el interés casacional en ninguna de sus modalidades, pues no se cita jurisprudencia de la sala infringida, ni existe jurisprudencia que afirme que el plazo de impugnación se computa desde la fecha del depósito de las cuentas anuales; y aun siendo cierto que el art. 205 LSC, en su vigente redacción, no llevaba en vigor cinco años cuando fue invocada en el procedimiento, el recurso tampoco tiene por ello interés casacional porque existe doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar redacción, en cuanto al tema del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos sociales no susceptibles de inscripción; (iii) finalmente, se añade que, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, la supuesta infracción normativa denunciada es irrelevante para el fallo, pues éste no se basa en que no sea obligatorio dar publicidad a las cuentas anuales en el Registro, sino en el ejercicio tardío de la acción de impugnación.

1.2. La última de las causas de inadmisibilidad alegada es inatendible, pues la caducidad de la acción se declara precisamente por haber estimado la Audiencia la inaplicabilidad de la regla especial del art. 205 LSC respecto del cómputo del plazo del ejercicio de la impugnación de los acuerdos sociales que tengan carácter inscribible en el Registro Mercantil. Tampoco puede acogerse favorablemente la alegación relativa a la falta de acreditación del interés casacional. Como pone de manifiesto la propia sociedad demandada en su escrito de oposición, sobre la específica materia controvertida (cómputo del plazo para la impugnación de los acuerdos sociales de aprobación de las cuentas anuales) no existe jurisprudencia de esta sala, lo que permite apreciar su interés casacional.



1.3. Como hemos dicho en la sentencia 134/2021, de 9 de marzo, aunque es cierto que la ausencia de jurisprudencia puede producir el efecto paradójico de que no existan sentencias de esta sala que puedan invocarse para justificar el interés casacional, no cabe olvidar que:

(i) El objeto de la casación es comprobar si ha sido correcta la aplicación del Derecho sustantivo a la cuestión de hecho (SSTS 532/2011, de 18 de julio; y 429/2018, de 9 de julio).

(ii) Como recuerda el Tribunal Constitucional, "esta función de unificación de la doctrina corresponde a los órganos superiores de la Jurisdicción ordinaria, a través de los recursos de casación o revisión, siendo, pues, sus criterios los que resultan vinculantes como fuente complementaria del Derecho (art. 1.6 CC) sin perjuicio de la evolución de la propia doctrina originada en los órganos superiores o en la confirmación de resoluciones suficientemente fundadas de los inferiores" (STC 246/1993, de 19 de julio).

(iii) No puede crearse jurisprudencia sin un primer caso en el que se analice la aplicación de la norma cuya interpretación se discute. Para el Tribunal Constitucional la finalidad básica de la casación "en un Estado de Derecho consiste en fijar y unificar la interpretación jurisprudencial de las leyes, y a la par asegurar el sometimiento del Juez a la Ley como garantía de su independencia" (STC 230/1993, de 12 de julio). De prevalecer la tesis obstativa de la parte recurrida, resultaría imposible el cumplimiento de la finalidad nomofiláctica de control de la aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial que tiene el recurso de casación.

(iv) Por ello, en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, establecimos que: "[...] no será imprescindible la cita de sentencias cuando, a criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de establecer jurisprudencia o modificar la ya establecida en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia".

1.4. La misma respuesta debemos dar a los óbices planteados respecto de la alegación relativa a la invocación de las normas comunitarias cuya infracción se denuncia en los dos primeros motivos.

Ciertamente, es una exigencia derivada del art. 477.1 LEC que el recurso de casación respete el ámbito de la discusión jurídica habida en la instancia, sobre el que se proyecta la revisión propia de tal recurso extraordinario. La jurisprudencia de esta sala veda plantear cuestiones *per saltum*, que son aquellas que pudiendo plantearse, no lo fueron, en la primera instancia y/o en la apelación (sentencias 614/2011, de 17 noviembre; 632/2012, de 29 octubre; 32/2013, de 6 de febrero; 268/2013, de 22 de abril, entre otras muchas). No pueden plantearse en casación cuestiones que no hayan sido formuladas en la apelación, "pues el recurso de casación permite denunciar las infracciones legales en que el tribunal de apelación haya podido incurrir al resolver las cuestiones planteadas en el recurso de apelación, pero no permite hacer un nuevo planteamiento de la cuestión litigiosa, distinta a la que se sometió a la consideración del tribunal de apelación" (sentencia del Pleno 772/2014, de 12 de enero de 2015).

En el caso de la litis, aunque es cierto que la argumentación en que se apoya el recurso en sus dos primeros motivos (basados en infracción de la Directiva 2009/101), es novedosa y no giró en torno a ella el debate de la instancia, sin embargo, la cuestión puesta en discusión sigue siendo la misma que se ventilaba ante la Audiencia, esto es, la tempestividad del ejercicio de la acción de impugnación de los acuerdos sociales. Por ello no resulta aplicable *in casu* la jurisprudencia citada que proscribe el planteamiento de cuestiones *per saltum* en casación.

1.5. La pertinencia del examen de la cuestión debatida a la luz también de las Directivas comunitarias invocadas por el recurrente, aplicables al ámbito material y temporal propio del objeto de la litis, resulta también de la jurisprudencia del TJUE. Como afirmó ya la sentencia de 10 de abril de 1984, *Von Colson*, y ha reiterado, entre otras, la sentencia de 14 de julio de 1994, *Paola Faccini Dori*, asunto C-91/92 :

"26 Debe recordarse además que es jurisprudencia reiterada, a partir de la sentencia de 10 de abril de 1984, *Von Colson* y *Kamann* (14/83, Rec. p. 1891), apartado 26, que la obligación de los Estados miembros, dimanante de una Directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales. Según se desprende de las sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing* (C-106/89, Rec. p. I-4135), apartado 8, y de 16 de diciembre de 1993, *Wagner Miret* (C-334/92, Rec. p. I-6911), apartado 20, al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación,



alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado".

1.6. Además, en relación específicamente con el motivo cuarto la entidad recurrida opone también la falta de interés casacional y el defecto de hacer supuesto de la cuestión. Estas causas de inadmisión tampoco pueden ser acogidas. El interés casacional ha quedado claramente acreditado con la identificación precisa de la norma cuya infracción se denuncia y con la cita de la jurisprudencia que habría sido vulnerada. Tampoco se incurre en el defecto de hacer supuesto de la cuestión, no se altera la base fáctica ni el ámbito de discusión fijado en la instancia. La cuestión debatida entonces y ahora es si cabe tomar como *dies a quo* para comenzar el cómputo del plazo para la impugnación de los acuerdos sociales de aprobación de las cuentas anuales la del depósito de éstas en el Registro Mercantil, sin que haya quedado acreditado que los demandantes asistieran a la junta en que se adoptaron esos acuerdos ni que hubieran tenido conocimiento cierto y completo de estos antes de la fecha de aquel depósito.

2.- En consecuencia, se rechazan los óbices de admisibilidad opuestos respecto de los motivos primero, segundo y cuarto del recurso.

3.- *Alegaciones de inadmisibilidad del motivo tercero: cita como infringidos de preceptos heterogéneos.*

3.1. En su escrito de oposición, la sociedad demandada alega como causas de inadmisibilidad del tercer motivo del recurso, además de la carencia de justificación de interés casacional, al no citarse jurisprudencia infringida, el hecho de que el motivo se basa en la cita como infringidos de preceptos heterogéneos.

3.2. En este caso procede estimar este óbice de admisibilidad. Esta sala ha declarado en innumerables sentencias (por todas, sentencia núm. 760/2011 de 4 noviembre) que la exigencia de claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa que resulta del artículo 477.1 LEC es determinante de que el escrito de interposición del recurso de casación no consista en un mero escrito de acarreo de alegaciones, siendo precisa una estructura ordenada y con tratamiento separado de cada cuestión mediante el motivo correspondiente, lo que es determinante del rechazo de motivos en los que se mezclan cuestiones de hecho y de derecho, o sustantivas y procesales, o jurídicas, cuando sean heterogéneas entre sí y en el rechazo de motivos fundados en preceptos genéricos, con un contenido demasiado amplio, por no ser función de esta sala averiguar dónde se halla la infracción que se denuncia. Esto es lo que acontece en el presente supuesto en el que la mezcla de cuestiones heterogéneas dificulta la identificación del motivo del recurso.

En definitiva, el recurso no explica cómo y por qué se produce la vulneración de los distintos preceptos que cita como infringidos, que constituyen el marco regulatorio general de los depósitos de cuentas en el Registro Mercantil.

Ello no impide que la sala, en el marco del enjuiciamiento de los motivos del recurso admitidos, pueda examinar, en la medida necesaria para el objeto de dicho enjuiciamiento, algunos de los preceptos a que se refiere este motivo tercero, por su valor para la interpretación sistemática del art. 205 LSC y los arts. 2, 3 y 5 de la Directiva 2009/101, a que se refieren aquellos. Además, la razón que subyace en este motivo tercero (aplicación de la regla especial del art. 205 LSC del cómputo del plazo de impugnación de los acuerdos sociales inscribibles a los que tienen por objeto la aprobación de las cuentas anuales) es en buena medida concurrente con la que fundamenta los restantes motivos del recurso, en cuyo ámbito se examinará dicha cuestión, según exponemos a continuación.

4.- En consecuencia, apreciamos la inadmisión del tercer motivo del recurso. La causa de inadmisión se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación del recurso de casación. No obsta que en su día fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión acordada inicialmente, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia (sentencias 97/2011, de 18 de febrero, 548/2012, de 20 de septiembre, 564/2013, de 1 de octubre, y 146/2017, de 1 de marzo).

5.- *Valoración conjunta de los motivos admitidos.* Dada la estrecha relación entre los tres motivos admitidos, en los que se plantea una misma cuestión jurídica, relativa a la eventual caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales litigiosos, debemos proceder a analizarlos conjuntamente.

CUARTO.- Decisión de la sala (i). *El dies a quo para el cómputo del plazo de impugnación de los acuerdos sociales inscribibles.*

1.- Es objeto de recurso la sentencia de la Audiencia que confirmó la desestimación de la demanda de impugnación de los acuerdos sociales de aprobación de las cuentas anuales de la demandada Concentric, S.A. correspondientes a los ejercicios 2009, 2010 y 2011. La sentencia ha considerado que la acción se encontraba caducada por el transcurso del plazo anual al entender que debe computarse desde la fecha de adopción de los acuerdos y no desde el depósito de las cuentas en el Registro Mercantil.



2.- El art. 205 LSC, bajo el epígrafe "Caducidad de la acción de impugnación", en su redacción actual aplicable al caso por razón de la fecha de la adopción de los acuerdos impugnados y del ejercicio de la acción, dispone:

"1. La acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá.

"2. El plazo de caducidad se computará desde la fecha de adopción del acuerdo si hubiera sido adoptado en junta de socios o en reunión del consejo de administración, y desde la fecha de recepción de la copia del acta si el acuerdo hubiera sido adoptado por escrito. Si el acuerdo se hubiera inscrito, el plazo de caducidad se computará desde la fecha de oponibilidad de la inscripción".

3.- Esta redacción del precepto es fruto de la reforma introducida por el art. único 8 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. En su versión original el art. 205 LSC, en sus apartados 1 y 3, establecía:

"1. La acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año. Quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público. [...]

"3. Los plazos de caducidad previstos en los apartados anteriores se computarán desde la fecha de adopción del acuerdo y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil".

Este precepto, a su vez, tenía como antecedente el art. 116 del Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, cuyos apartados 1 y 3 tenían la misma redacción que los del art. 205 LSC en su redacción inicial.

4.- Esta Sala Primera ha establecido doctrina jurisprudencial en relación con el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales en supuestos sujetos al régimen de los arts. 116 TRLSA y 205 LSC, en sus sentencias 320/2003, de 3 de abril, 858/2004, de 15 de julio y 964/2008, de 29 de octubre. En la primera de estas sentencias declaramos:

"[...] la tesis casacional que mantiene la parte recurrente (...), es que el plazo para esgrimir su acción de nulidad de acuerdos sociales no había caducado, porque no había transcurrido el plazo fatal de un año que establece el párrafo primero del artículo 116 de la Ley de Sociedades Anónimas, y no había pasado tal plazo, sigue diciendo dicha parte, ya que hay que constatar como día inicial del mismo el de la publicación del acuerdo impugnado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

"Es cierto que tal momento puede estimarse como "*dies a quo*", pero, sin embargo, hay que tener en cuenta, que en el presente caso, y así se desprende del "*factum*" de la sentencia recurrida, dichos acuerdos que se trata de impugnar, el cómputo del plazo a que se refiere el artículo 116 de dicha Ley societaria, tuvo que iniciarse en el mes de mayo de 1993, ya que fue en ese mes cuando el actor y, ahora, recurrente en casación tuvo conocimiento exacto y fehaciente de los mencionados acuerdos ya que se le comunicaron en su literalidad por el liquidador de la sociedad en carta de 28 de abril de 1993 remitida por conducto notarial, y que dicha parte reconoció que la recibió en el mes de mayo de 1993. Y como la demanda impugnatoria se interpuso el 7 de junio de 1993, había transcurrido el plazo de caducidad en cuestión.

"Por ello, no se puede mantener dicha tesis casacional, como es el empezar a contar dicho plazo a partir de la inscripción en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, ya que el "*dies a quo*" en el presente caso se ha de contar desde el momento en que se acredite que el actor conoció exactamente el acuerdo por notificación fehaciente y exacta, pues ya no hace falta esperar a la inscripción en el Boletín Oficial de dicho acuerdo.

"Se dice lo anterior, porque esa espera indicaría una situación redundante y además establecería un periodo de inseguridad jurídica inaceptable. Sobre todo cuando dicha inscripción va dirigida a terceros que no han tenido la oportunidad de conocer los acuerdos sociales; situación en la que no se encuentra el actual impugnante que es un socio y que ha tenido noticia fiel de los acuerdos [...]".

5.- Este mismo criterio aparece reflejado en la sentencia 858/2004, de 15 de julio, en la que, tras recordar el tenor del art. 9.1 RRM ("1. Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde la publicación en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil". Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción"), afirmamos:

"No puede reputarse "tercero" a un socio de la entidad y que asistió a la referida sesión desde su inicio a su fin, intervino en varias ocasiones y cuando el acuerdo se tomó por unanimidad. Tercero es el que no ha intervenido en el acto inscrito y aún habría que cuestionar que fuera de buena fe, pues aun cuando ésta se presume (art.



433) no puede de buena fe pretender para utilizar una vía impugnativa ser tercero cuando intervino de principio al fin en el acto inscrito".

La misma sentencia salió al paso de la alegación de la infracción del principio de igualdad entre socios, al razonar que "no puede alegar[se] con éxito el principio de igualdad entre el socio que ha asistido a la sesión y el que ha estado ausente, porque no se trata de casos iguales que están en las mismas condiciones para que se pueda exigir la igualdad".

6.- Nuevamente ratificamos esta doctrina en la sentencia 964/2008, de 29 de octubre:

"[...] lo que declara la sentencia de esta Sala de 26 de mayo de 2000 (rec. 2368/95), citada en su apoyo por el recurrente, es que el plazo de un año para impugnar un acuerdo adoptado bajo la vigencia de la LSA de 1951 deberá computarse tomando como fecha inicial "la de la adopción del acuerdo y, si éste fuera inscribible, a lo sumo la de su inscripción en el Registro Mercantil, ya que de otro modo se daría el contrasentido de que los acuerdos sociales inscribibles adoptados bajo la vigencia de la normativa anterior pudieran quedar indefinidamente bajo la amenaza de una acción de impugnación no sujeta a plazo alguno por no ser publicables en el BORME, consecuencia a todas luces incompatible con la nueva normativa y con el espíritu general que la presidió". En definitiva, la fecha de inscripción del acuerdo sería la última de las posibles ("a lo sumo"), pero no la aplicable en este caso porque, como después declaró la sentencia de 15 de julio de 2004 (rec. 1352/98), el socio que conoce el acuerdo no es tercero y para él rige como fecha inicial la de su conocimiento de tal acuerdo, según resuelve la sentencia impugnada y decidió también, aunque desde otra perspectiva, la sentencia de primera instancia [...]"

7.- Esta sala no ha tenido hasta ahora ocasión de pronunciarse sobre la adecuación o no de la jurisprudencia expuesta a la nueva redacción del art. 205 LSC, dada por la Ley 31/2014, en relación con el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción de impugnación de acuerdos sociales. La regla general sigue siendo sustancialmente la misma: el plazo de caducidad se computará "desde la fecha de la adopción del acuerdo", regla a la que ahora se añade una previsión específica para el caso de que el acuerdo se hubiera adoptado por escrito, en cuyo caso el plazo se computará "desde la fecha de recepción de la copia del acta". Lo que varía es la regla especial. Donde el precepto, en su redacción anterior, decía que el plazo de caducidad se computaría "si [los acuerdos] fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil"" (art. 205.3), tras la reforma dice ahora que "si el acuerdo hubiera sido inscrito, el plazo de caducidad se computará desde la fecha de oponibilidad de la inscripción".

8.- Sobre el alcance de esa reforma en relación con los acuerdos de junta inscritos y su interpretación ha habido división de opiniones en la doctrina. Para algunos autores en esta materia, bajo la nueva redacción del art. 205 LSC, sigue siendo de aplicación la jurisprudencia anterior y, por tanto, la regla que fija el *dies a quo* en la de la oponibilidad de la inscripción se aplicará salvo en los casos en que el impugnante hubiera tenido conocimiento del acuerdo con anterioridad a la práctica de la inscripción, pues en este último caso el cómputo se iniciará en el momento en que tuvo lugar dicho conocimiento. Según esta tesis, la distinta formulación de la dicción del precepto no comporta una modificación de la regla legal porque, dado que la actual referencia a la "oponibilidad" de la inscripción debe integrarse con la regulación que de este principio registral se contiene en los arts. 21.1 Ccom y 9.1 RRM, que refieren esa oponibilidad a los terceros de buena fe, no resulta aplicable a los administradores y socios asistentes a la reunión. Por ello, para estos el acuerdo, conforme a la citada interpretación, resulta vinculante (les afecta, les perjudica, les es oponible) desde su adopción, fecha en que comenzaría el cómputo del plazo de impugnación.

Esta es la tesis que ha seguido también la jurisprudencia menor de las Audiencias, para casos en que ya resultaba aplicable la versión reformada del art. 205 LSC, y la DGRN (resolución de 30 de mayo de 2018).

9.- Según otros autores, la reforma provocada por la Ley 31/2014 ha modificado la regla material de determinación del *dies a quo* del plazo para impugnar los acuerdos sociales inscritos, de forma que tras la reforma se fija en la fecha de oponibilidad de la inscripción en todo caso, esto es, con independencia de que el impugnante sea un tercero ajeno a la sociedad, un administrador o un socio, y sin distinción en función de estos que hubieran asistido o no a la reunión. Tratándose de acuerdos inscritos, conforme a esta tesis, no se aplicaría en ningún caso la regla del cómputo desde la fecha de adopción del acuerdo, tampoco cuando el impugnante sea un socio o administrador asistente a la junta. Por tanto, de acuerdo con esta opinión, la jurisprudencia anterior no seguiría siendo aplicable a estos últimos casos. Con ello no se niega que quien tenga conocimiento previo de la adopción del acuerdo inscribible pueda impugnarlo incluso antes de la práctica de la inscripción.

10.- Esta sala, en el trance del enjuiciamiento de este caso, considera que no hay motivos para apartarnos de la doctrina jurisprudencial antes expuesta. Estimamos que la modificación de la dicción legal del art. 205 LSC, tras la Ley 31/2014, no ha cambiado la regla material aplicable al inicio del cómputo del plazo de impugnación respecto de los acuerdos inscribibles, por las razones que exponemos a continuación.



Como se ha afirmado por los partidarios de la primera de las tesis expuestas, la distinta formulación literal del precepto no supone una alteración de la regla legal, pues la referencia a la "oponibilidad" de la inscripción debe interpretarse sistemáticamente con la regulación de este principio registral en los arts. 21.1 Ccom y 9.1 RRM, que refieren esa oponibilidad a los terceros de buena fe, condición que no resulta predicable respecto de los administradores y socios asistentes a la reunión, pues conforme al apartado 4 del mismo art. 21 Ccom (y 9.4 RRM), "la buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción". Por tanto, tercero de buena fe sólo puede ser quien desconocía el acto inscribible no inscrito o no publicado (o la discordancia entre la publicación y la inscripción). Solo quien incurra en esa situación de desconocimiento puede invocar a su favor la inoponibilidad del acuerdo, circunstancia que obviamente no concurre en el administrador o en el socio asistente a la reunión de la junta en que se adoptó el acuerdo que se pretende impugnar.

El origen de la nueva dicción del precepto en este punto, sobre la que no existe una explicación en el preámbulo de la Ley 31/2014 ni resulta fácil de colegir de los antecedentes legislativos, puede explicarse por la necesidad de concordar la redacción del art. 205 LSC con la regulación que del principio de oponibilidad se contiene en los citados arts. 21.1 y 2 Ccom y 9.1 y 2 RRM. Según el apartado 1 de estos preceptos, "los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil". Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción". Sin embargo, conforme al apartado 2 de esos preceptos, el tercero todavía podrá quedar protegido (amparado en el principio de la inoponibilidad) cuando sea un tercero de buena fe "cualificada", esto es, cuando pruebe que no pudo conocer el acto inscribible, a pesar de su inscripción y de su publicación en el BORME, durante los quince días siguientes a ésta.

11.- La conclusión anterior viene abonada, además, por los siguientes argumentos, algunos de los cuales han sido acogidos en algunos precedentes de las Audiencias:

1.º) Criterio de interpretación literal. El art. 205 LSC contempla tres momentos para el inicio del cómputo del plazo de caducidad: (i) desde la fecha de adopción del acuerdo en junta de socios; (ii) desde la fecha de recepción de la copia del acta si el acuerdo fue adoptado por escrito; y (iii) desde la fecha de oponibilidad de la inscripción si el acuerdo hubiera sido inscrito.

La "oponibilidad" deriva del principio de publicidad registral, y viene referida a uno de los efectos de la inscripción, en el concreto ámbito de la publicidad material: la publicidad jurídica (cognoscibilidad legal) que el Registro otorga a los diversos actos o derechos inscritos afecta a los terceros, aun cuando éstos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo. En relación con el Registro Mercantil esta manifestación del principio de publicidad material se recoge, como hemos visto, en los arts. 21 Ccom y 9 RRM ("Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil"). El concepto de "oponibilidad" se vincula, por tanto, como hemos dicho, con la noción de "tercero de buena fe", categoría a la que resultan ajenos quienes son parte o intervienen en la adopción de los acuerdos inscritos.

2.º) Criterio de interpretación sistemática. El artículo 206 de la LSC regula la legitimación para impugnar los acuerdos sociales, y la otorga a los socios y a terceros "que acrediten un interés legítimo". En este contexto normativo se sitúa el artículo 205.2 LSC. Los administradores y socios asistentes a la junta pueden ejercitar la acción de impugnación desde la adopción del acuerdo, en tanto que los terceros solo pueden hacerlo una vez que adquieren o pueden adquirir conocimiento cierto de su existencia y contenido con la publicación de la inscripción de dichos acuerdos (una vez que les resulta ya oponible). En ambos casos, el inicio del cómputo del plazo tiene lugar desde el momento en el que se puede ejercitar la acción: en el caso de los administradores y socios desde que se adopta el acuerdo (o desde que se recibe comunicación escrita, en su caso) y en el caso de terceros (o de los socios no asistentes a la reunión) desde que les resulta oponible. Esta interpretación es también la más ajustada a la jurisprudencia conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción (por todas, sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015).

A la misma solución conduce la interpretación conforme con la Directiva 2017/1132, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, cuyo art. 16.6, párrafo primero, dispone que "Los actos e indicaciones no serán oponibles frente a terceros por la sociedad hasta después de la publicación mencionada en el apartado 5, salvo si la sociedad demuestra que estos terceros ya tenían conocimiento de los mismos". Norma que reproduce *ad pedem litterae* la norma contenida en el art. 3.6, párrafo primero, de la Directiva 2009/101/CE, de 16 de septiembre de 2009.

3.º) Desde el punto de vista de la interpretación lógica, carece de sentido entender que si el socio asistente a la reunión puede impugnar el acuerdo desde que se adopta, deba posponerse el inicio del cómputo del plazo



para impugnar hasta que la inscripción se practique. Dado que la inscripción, aun siendo obligatoria y debiendo solicitarse, como regla general, en el plazo de un mes desde el otorgamiento del documento inscribible (art. 19.2 Ccom), puede practicarse incluso solicitada fuera de ese plazo (y también puede suspenderse por una calificación registral negativa), admitir ese aplazamiento puede dilatar en exceso el periodo en que se mantiene abierta la impugnabilidad de los acuerdos, en sentido contrario a la finalidad de la regulación societaria en esta materia, que está presidida no solo por el principio de salvaguardia de la legalidad, sino también y muy significadamente por el de seguridad jurídica. Inversamente, el tercero o el socio no asistente, que no haya tenido antes conocimiento efectivo del contenido del acuerdo, no puede verse impedido de ejercitar la acción de impugnación, por lo que respecto de estos impugnantes el plazo no puede comenzar sino desde el momento en que el acto inscrito pasa a ser oponible incluso a terceros de buena fe.

En definitiva, todos los supuestos previstos en el art. 205.2 LSC tienen un denominador común, pues el cómputo del plazo de caducidad se inicia desde que se tuvo o pudo tener conocimiento de los acuerdos sociales: para administradores y socios asistentes a la reunión, cuando se adoptan, y para los terceros (y administradores y socios no asistentes), desde que por el efecto de la oponibilidad cesa la presunción de buena del art. 21.4 Ccom. El efecto de cognoscibilidad legal derivado de la inscripción y reforzado por la publicación en el BORME impide negar la oponibilidad del acuerdo social inscrito y publicado (presunción legal de conocimiento derivada del efecto positivo de la publicidad registral).

4.º) Conforme a una interpretación teleológica de la norma, la reforma introducida por la Ley 31/2014 tenía por objeto fortalecer la tutela material del interés social y la defensa de los derechos de los socios minoritarios. Medidas encaminadas a este fortalecimiento fueron el nuevo régimen unitario de la acción de impugnación, con la consiguiente ampliación del plazo de impugnación de los acuerdos contrarios a los estatutos y al interés social - art. 205.2 -, o la ampliación de la excepción relativa a la impugnación de los acuerdos contrarios al orden público (que ahora alcanza tanto a los casos en que su contravención se deba a la causa o contenido del acuerdo, como a los supuestos en que esa vulneración se deba a las "circunstancias" en que se adopte el acuerdo) - art. 205.1 -. Resultaría contrario al espíritu y finalidad de la reforma una interpretación del *dies a quo* del plazo para el ejercicio del derecho de impugnación que condujese a negar este derecho en casos en que, con la regulación anterior a la reforma, la jurisprudencia lo reconocía.

QUINTO. - *Decisión de la sala (ii). Aplicación de la doctrina jurisprudencial anterior a los acuerdos sociales que aprueban las cuentas anuales. Su depósito en el Registro Mercantil. Estimación.*

1.- En el caso de la presente litis no ha quedado acreditado que los demandantes hubieran asistido a la junta general en que se adoptaron los acuerdos impugnados, algo que conforme al principio de facilidad probatoria correspondía acreditar a la sociedad demandada (art. 217.7 LEC). Tampoco se ha acreditado que aquellos hubieran tenido conocimiento efectivo del contenido de los acuerdos y de su aprobación en fecha anterior a la del depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil.

2.- Por tanto, en principio, el cómputo del plazo de ejercicio de la acción impugnativa no debería comenzar en la fecha de la adopción de los acuerdos, sino en la fecha en que el depósito de las cuentas resulta oponible a terceros. Pero para poder afirmar esto último es necesario despejar antes la cuestión de si el depósito de cuentas en el Registro Mercantil, a los efectos de la aplicación del art. 205 LSC, es subsumible en la categoría de "acuerdo inscrito" y, por tanto, en la regla del art. 205.2 LSC conforme a la que "si el acuerdo se hubiera inscrito, el plazo de caducidad se computará desde la fecha de oponibilidad de la inscripción". Cuestión que resolvemos en sentido positivo conforme a los razonamientos que exponemos a continuación.

3.- El art. 34 del Código de comercio impone a los empresarios el deber de formular las cuentas anuales de la empresa al cierre del ejercicio, cuentas que comprenderán "el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria". Estas cuentas, según el mismo precepto, "deben mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica".

4.- La importancia que esta información tiene en el tráfico jurídico, y su relevancia para los terceros que contratan con la sociedad, exige de un régimen de depósito y publicidad de las cuentas anuales (vid. arts. 279 a 284 LSC y 365 a 378 del Reglamento del Registro Mercantil) que, en lo que ahora interesa, impone a los administradores de la sociedad el deber de presentar para su depósito en el Registro Mercantil, dentro del mes siguiente a la aprobación de las cuentas anuales, certificación de los acuerdos de la junta de socios de aprobación de dichas cuentas, así como el informe de gestión y el informe del auditor, en su caso (art. 279.1 LSC).



El incumplimiento de este deber legal de depositar las cuentas provoca un doble efecto. Por un lado, el cierre registral previsto en el art. 282.1 LSC, de forma que no podrá inscribirse en el Registro Mercantil "documento alguno referido a la sociedad mientras el incumplimiento persista" (con las excepciones previstas en el párrafo 2 de dicho precepto). Por otra parte, el incumplimiento de la obligación de depositar está sujeto al régimen sancionador previsto en el art. 283 LSC, que contempla la imposición de multas a la sociedad por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

Por tanto, las cuentas anuales y los acuerdos de su aprobación son documentos y acuerdos de obligatoria constancia en el Registro Mercantil.

5.- A su vez, el art. 280.1 LSC ("Calificación registral"), tras disponer que el registrador calificará si los documentos presentados son los exigidos por la ley y si están debidamente aprobados por la junta general, añade que "si no apreciare defectos, tendrá por efectuado el depósito, practicando el correspondiente asiento en el libro de depósito de cuentas y en la hoja correspondiente a la sociedad depositante". Este precepto, por tanto, prevé el presupuesto legal necesario para toda inscripción registral (la previa calificación registral) y la extensión de los correspondientes asientos, en este caso dos: uno en el libro de depósito de cuentas y otro en el propio libro de inscripciones.

Interesa destacar a estos efectos que el alcance de la calificación registral respecto de las cuentas se extiende no sólo a los aspectos formales de la documentación contable presentada, sino también a la regularidad de la convocatoria y celebración de la junta, pues sólo pueden presentarse y depositarse las cuentas debidamente aprobadas, y a la concordancia de los documentos contables con lo que resulta de la hoja de la sociedad (v.gr. resolución DGRN de 10 de diciembre de 2008 sobre denegación del depósito en caso de que el capital que figura en las cuentas no coincida con el que consta inscrito).

6.- El régimen de publicidad registral de las cuentas anuales se completa con el art. 281 LSC ("Publicidad del depósito"), al disponer que "Cualquier persona podrá obtener información del Registro Mercantil de todos los documentos depositados". Esta redacción fue el resultado de la reforma introducida por el art. 1.16 de la Ley 25/2011, de 1 de agosto. En su redacción originaria contenía el siguiente apartado 1:

"El primer día hábil de cada mes, los Registradores mercantiles remitirán al Registro Central una relación de las sociedades que hubieran cumplido durante el mes anterior la obligación de depósito de las cuentas anuales.

"El Boletín Oficial del Registro Mercantil publicará el anuncio de las sociedades que hubieran cumplido con la obligación de depósito".

Este apartado 1, que establecía la forma de proceder del Registro Mercantil con los depósitos efectuados mensualmente y la obligatoriedad de que en el BORME se publicara un anuncio de las sociedades que hubieran cumplido con la obligación de depósito, fue suprimido por aquella reforma.

La Exposición de Motivos de la Ley 25/2011 explicaba así la supresión de la publicación en el Borme de los depósitos de cuentas de las sociedades:

"En materia de cuentas anuales, dos medidas vienen a reducir el coste de su depósito, facilitando el grado de cumplimiento de esta obligación. Por un lado, la eliminación del requisito reglamentario de que la firma de los administradores tenga que ser objeto de legalización. Y, por otro lado, la supresión de la publicación en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil" del anuncio de las sociedades que hubieran cumplido con esa obligación de depósito, de escasa utilidad desde la entrada en vigor de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades. Las actuales posibilidades de acceso telemático al Registro Mercantil suplen las funciones que años atrás podía cumplir la publicación de las listas de sociedades que habían depositado las cuentas anuales".

La reforma resultaba coherente con la tendencia del derecho europeo de transformar el Registro Mercantil en un registro electrónico, generando la posibilidad de que esa publicidad fuera también electrónica.

7.- El régimen legal expuesto se completa con las previsiones sobre el depósito de cuentas que se contienen en el Reglamento del Registro Mercantil. A los efectos que ahora interesan, destacaremos sólo algunas de esas normas reglamentarias. El art. 368 RRM ("Calificación e inscripción del depósito"), reitera que si la calificación del registrador es positiva se tiene por efectuado el depósito, "practicando el correspondiente asiento en el Libro de depósito de cuentas y en la hoja abierta a la sociedad". Aunque ni la LSC ni el RRM especifican el tipo de asiento a practicar en la hoja de la sociedad, en todo caso se trata de un asiento (normalmente una nota marginal) de efectos sustantivos al estar ordenada por la ley y enervar el fuerte régimen sancionador que se establece en los artículos 282 y 283 de la LSC.

8.- El hecho de que la constancia en la hoja de la sociedad tenga lugar por medio de un asiento con forma de nota marginal no empece su consideración sustantiva de "inscripción" en el sentido amplio del término. Este concepto, en su específica dimensión registral y sus efectos, fue precisado con rigor técnico- jurídico por el Tribunal Constitucional en su sentencia 87/1997, de 24 de abril de 1997:

"[...] en un sistema de registro de inscripción y no de transcripción, como el que tradicionalmente ha imperado e impera en España, los documentos "en virtud de los que se practican los asientos", en expresión reiterada del R.R.M., agotan sus efectos ante el Registro al servir de base para la calificación e inscripción registral. A partir de este momento, al practicarse el asiento, es este acto el que produce los efectos propios del Registro Mercantil (constitutivos, de presunción de exactitud, de publicidad, de fe pública registral, de inoponibilidad, etc.). Es cierto que una parte de los asientos que se practican en el Registro son simple traslación, parcial e incluso integra, de los documentos presentados a registro; es más, en algunos relevantes casos - estatutos de sociedades, poderes, capitulaciones matrimoniales, etc.-, esos documentos en la actualidad se inscriben, si están redactados en castellano, mediante fotocopia o archivo informático por medio de lector óptico. Sin embargo, esta constatación no debe llevar a la conclusión de que lo que produce los efectos registrales son directamente los documentos presentados al Registro o que los asientos no constituyen ningún nuevo documento: en primer lugar debe advertirse que de las cinco clases de asientos previstas en el art. 33 del R.R.M. los de presentación y las notas marginales son creación prácticamente *ex novo* del registrador; en segundo término debe tenerse presente respecto de las inscripciones, anotaciones preventivas y cancelaciones que una parte del asiento la constituyen lo que el art. 37 del R.R.M. denomina "circunstancias generales" que tampoco suponen transcripción alguna de los documentos presentados al Registro; por otra parte, como señala el preámbulo del R.R.M., en su articulado, a diferencia de lo que sucedía en el Reglamento de 1956, se contemplan separadamente las diversas circunstancias que deben figurar en los documentos y en los asientos, de modo que, en la práctica, ni todo lo que figura en los documentos suele ser objeto de asiento, ni el contenido de éstos se ciñe exclusivamente a lo establecido en aquéllos. Y, por fin, lo que es más relevante, aun en los casos en los que los documentos se incorporan íntegramente a los asientos, como queda dicho, los efectos registrales los producen estos últimos o su publicación (art. 9 R.R.M.), no los documentos de los que traen causa, como lo demuestra el reconocimiento de que estos efectos continúan produciéndose incluso en supuestos de inexactitud o nulidad del asiento por discrepancia entre éste y el documento (arts. 7 a 9 R.R.M.). En definitiva, aunque el contenido de determinados asientos sea simple reflejo del contenido de los documentos, la transcripción, incluso literal, de los mismos, tiene lugar mediante un acto que cobra vida jurídica propia y produce unos efectos relativamente autónomos".

9.- Esta interpretación explica también la admisión del término amplio de "inscripción", en relación con los asientos registrales relativos al depósito de las cuentas anuales, por parte de la DGRN. Así, por ejemplo, en su resolución de 9 de enero de 2003 declaró:

"Procede rechazar, en primer lugar, [...] la alegación societaria relativa a haber existido error de concepto en la nota de calificación, por denegar una inscripción, cuando no se trata de una inscripción sino de un depósito. En efecto, tanto la Ley como el Reglamento del Registro Mercantil hablan de tener por efectuado el depósito. Pero ello no significa que el hablar de inscripción (en sentido amplio) constituya un error, puesto que dicho término comprende todo tipo de asientos a realizar en el Registro Mercantil, incluyendo el que, una vez efectuado el depósito, ha de practicar el Registrador en el Libro de Depósito de Cuentas y en la hoja abierta a la sociedad".

10.- Finalmente, las conclusiones anteriores son también las que resultan de las disposiciones de las Directivas comunitarias citadas en los motivos primero y segundo del recurso.

La Directiva (UE) 2017/1132, en su artículo 14, sujeta a publicidad en su letra f) "los documentos contables por cada ejercicio presupuestario, que deben publicarse de conformidad con las Directivas 86/635/CEE, 91/674/CEE del Consejo y la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013". Esta última es la relativa a los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, y es la que regula las cuentas anuales de las sociedades.

Sobre la publicidad, el art. 16.1 establece que "en cada Estado miembro se abrirá un expediente, en un registro central, mercantil o de sociedades (en lo sucesivo, "registro"), por cada una de las sociedades inscritas". El registro se llevará en formato electrónico, con independencia de que los documentos se presenten en formato papel o electrónico, debiendo publicarse en el registro todos los actos mencionados en el art. 14, y por tanto también los depósitos de cuentas. En consecuencia, la legislación comunitaria también establece la constancia del depósito en el expediente abierto a cada sociedad (en el ordenamiento español en el libro de depósitos de cuentas y también en el libro de inscripciones en donde conste la sociedad inscrita).

11.- A su vez, el apartado 5 del art. 16 de la citada Directiva dispone que:

"La publicidad de los actos y las indicaciones que se mencionan en el apartado 3 [es decir, todos los del art. 14] se realizará por medio de una publicación literal o en extracto, o bien bajo la forma de una mención en el boletín nacional designado por el Estado miembro que señale el depósito del documento en el expediente o su inscripción en el registro. El boletín nacional designado al efecto por el Estado miembro podrá estar en formato electrónico.

"Los Estados miembros podrán optar por sustituir dicha publicación en el boletín nacional por otra medida de efecto equivalente que implique, como mínimo, la utilización de un sistema que permita consultar las informaciones publicadas en orden cronológico a través de una plataforma electrónica central".

Y en el apartado 6 añade:

"Los actos e indicaciones no serán oponibles frente a terceros por la sociedad hasta después de la publicación mencionada en el apartado 5, salvo si la sociedad demuestra que estos terceros ya tenían conocimiento de los mismos".

Nuevamente hay que destacar que esta regulación se aplica a todos los actos sujetos a publicidad registral previstos en el art. 14 de la Directiva, incluyendo los "documentos contables por cada ejercicio presupuestario" que deben publicarse conforme, entre otras, a la Directiva 2013/34/UE.

12.- El origen de estas normas está en la llamada Primera Directiva de Sociedades, la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 58, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios.

Esta fue la primera de las directivas y otras normas comunitarias destinadas a regular aspectos concretos del Derecho de sociedades en Europa. En ella ya se establecía, en su art. 2, la publicidad en general del balance y la cuenta de pérdidas y ganancias de cada ejercicio, su inscripción en un registro y su publicación en un boletín oficial (cfr. art. 3 y art. 6 Directiva).

Esta Directiva fue codificada por la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados Miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros. Esta Directiva estableció normas muy similares a las ya vistas de la Primera Directiva y de la Directiva (UE) 2017/1132. En concreto, en su art. 2, letra f) preveía la publicidad obligatoria de las cuentas anuales y en su art. 3.6 contenía una regulación de la publicidad y oponibilidad frente a terceros de los actos publicados equivalente a la de la Directiva de 2017.

13.- Por lo tanto, la legislación europea, desde la primera Directiva sobre sociedades del año 1968, siempre ha considerado el depósito de las cuentas anuales de las sociedades entre los actos o negocios jurídicos de las sociedades de capital, inscribibles y publicables. Los ha sometido a registro, es decir a su constancia en el expediente que debe abrirse a cada sociedad en el registro. Igualmente, el hecho de haber depositado las cuentas anuales queda sujeto a la publicidad, primero en el Boletín que cada Estado miembro organice para ello, y después de forma electrónica, pero siempre sobre la base de que dicha información debe estar dotada de la misma publicidad que el resto de los actos o negocios jurídicos que las Directivas establecen que deben publicarse.

14.- En definitiva, la Directiva de 2017, al igual que la de 2009, identifica los actos sujetos a publicidad (art 14), entre los que se encuentran las cuentas anuales (letra f), con los actos que deben ser parte del expediente de cada sociedad (art 16.3), identificando asimismo la inclusión en dicho expediente con la inscripción (artículo 16.1 o 16.7). En consecuencia, todos los actos que formen parte de la hoja de cada sociedad son susceptibles de publicidad. A su vez, la oponibilidad del contenido de la hoja de cada sociedad frente a tercero depende de su publicación o de su previo conocimiento por el tercero. En cualquier caso, el acto susceptible de constar en la hoja y no conocido por su publicación o por otro medio, no es oponible (art 16. 6). Por tanto, de acuerdo a las citadas Directivas, solo son oponibles los actos publicados (salvo que la sociedad acredite previo conocimiento).

15.- A la vista de todo lo anterior, debemos concluir afirmando que el párrafo final del art. 205.2 LSC ("si el acuerdo se hubiera inscrito, el plazo de caducidad se computará desde la fecha de oponibilidad de la inscripción") resulta aplicable a los acuerdos de aprobación de las cuentas anuales una vez que han sido depositados en el Registro Mercantil, previa su presentación y calificación positiva. Con la precisión de que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de impugnación coincide con el del propio depósito de las cuentas en el Registro, pues, como dijimos *supra*, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, suprimió el apartado 1 del art. 281 LSC, abrogando la obligatoriedad de la publicación en el Borme del anuncio de las sociedades que hubieran cumplido con la obligación del depósito.



Todo lo cual conduce a la estimación del recurso, pues la demanda se presentó antes de que transcurriese un año desde el depósito de las cuentas en el Registro Mercantil.

SEXTO.- Consecuencias de la estimación del recurso.

1.- Anulación de la sentencia de la Audiencia sin confirmación de la sentencia de primera instancia.

Al estimar el recurso debemos casar y anular la sentencia de la Audiencia Provincial, que dejamos sin efecto en cuanto estimó la excepción de caducidad de la acción. Ahora bien, no por ello podemos confirmar la sentencia de primera instancia. Ésta también apreció la caducidad de la acción, pero no por tomar como *dies a quo* del cómputo del plazo anual el de la adopción del acuerdo impugnado (30 de diciembre de 2015), pues, de forma concorde con lo aquí resuelto, estimó que el inicio de dicho cómputo debía fijarse en la fecha del depósito de las cuentas (29 de febrero de 2016). Estimó la caducidad por entender que, aunque la demanda se presentó antes del vencimiento de un año contado desde esta última fecha (el 24 de febrero de 2017), sin embargo, en el momento de su presentación, la demanda adolecía de un defecto insubsanable consistente en que en dicha fecha todavía no se había formalizado el apoderamiento *apud acta* a favor del procurador que firmó la demanda (en concreto, este apoderamiento tuvo lugar el 11 de marzo de 2017, una vez vencido el plazo de presentación de la demanda).

2.- Dies ad quem del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción. Momento en que se produce la litispendencia. El carácter subsanable de la falta de acreditación de la representación del procurador.

2.1. Este criterio no puede ser confirmado por la sala. El art. 410 LEC establece que "la litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda"; y para provocar este efecto impone una condición: "si después [la demanda] es admitida". A su vez, el art. 264 prescribe los documentos que se deben presentar "con la demanda" y, entre estos, cita en primer lugar "el poder notarial conferido al procurador siempre que éste intervenga y la representación no se otorgue *apud acta*". Esta exigencia documental tiene por objeto acreditar el cumplimiento del requisito impuesto por el art. 23.1 LEC conforme al cual "la comparecencia en juicio será por medio de procurador [...]". Es decir, la comparecencia del litigante en el proceso requiere, como regla general, de la intermediación representativa del procurador como requisito de procedibilidad, sin perjuicio de los supuestos de excepción previstos en el art. 23.2 LEC.

2.2. A su vez, el art. 24.1 LEC admite dos modalidades para la formalización documental del apoderamiento del procurador:

"El poder en que la parte otorgue su representación al procurador habrá de estar autorizado por notario o ser conferido *apud acta* por comparecencia personal ante el letrado de la Administración de Justicia de cualquier oficina judicial o por comparecencia electrónica en la correspondiente sede judicial".

Para el caso de que se opte, como ha sucedido en la litis, por la modalidad de apoderamiento *apud acta*, el apartado 3 del mismo art. 24 especifica el modo y momento del otorgamiento:

"El otorgamiento *apud acta* por comparecencia personal o electrónica deberá ser efectuado al mismo tiempo que la presentación del primer escrito o, en su caso, antes de la primera actuación, sin necesidad de que a dicho otorgamiento concurra el procurador. Este apoderamiento podrá igualmente acreditarse mediante la certificación de su inscripción en el archivo electrónico de apoderamientos *apud acta* de las oficinas judiciales".

2.3. La sociedad recurrida, en su escrito de oposición al recurso, admite que, aun estando previsto el poder de representación procesal como un acto previo o coetáneo a la presentación de la demanda, en el marco de la citada regulación el incumplimiento de esa exigencia temporal no impide su subsanación posterior. Y ello tanto en caso de inexistencia del poder, mediante un posterior otorgamiento, como en el supuesto de falta de acreditación del apoderamiento, mediante su posterior aportación. Pero entiende que las consecuencias que acarrear tales defectos tienen que ser distintas: en un caso no habría representación, mientras que en el otro sí la hay, y está solo pendiente de su justificación. La diferencia entre uno y otro supuesto estaría, según la tesis de la recurrida, en que la subsanación produce en un caso efectos *ex nunc* y en el otro *ex tunc*. Admite la eficacia retroactiva en el caso de la falta de justificación del poder, pero no en el de su inexistencia. En este último caso considera que, al no tener eficacia retroactiva el otorgamiento del poder, la demanda no provoca el efecto de la litispendencia, pues en el momento de su presentación todavía no puede tenerse por comparecido a un procurador que carece de poder de representar al litigante. Por ello la posibilidad de subsanación sólo quedaría abierta, según esta tesis, dentro del plazo de presentación de la demanda, pero no después. En consecuencia, si en el interin entre la presentación de la demanda y el otorgamiento del poder *apud acta* transcurre el plazo de un año para el ejercicio de la acción, la caducidad se consuma.

2.4. Esta tesis no se ajusta a la interpretación correcta de los preceptos antes citados. Conforme al art. 410 LEC la litispendencia, a todos los efectos procesales, se inicia con la interposición de la demanda, si finalmente es



admitida. En el presente caso la admisión de la demanda por el letrado de la Administración de la Justicia tuvo lugar el 14 de marzo de 2017, y según la norma de reciente cita, sus efectos se producen desde la presentación, esto es, desde el día 24 de febrero anterior. Ciertamente la finalidad del referido precepto es evitar que la demora en la admisión imputable al órgano judicial puede provocar perjuicios a los derechos del actor, entre ellos la caducidad de la acción. Esta finalidad debe entenderse extensiva al presente caso en el que se hacía constar en la misma demanda que la representación del procurador se acreditaría "mediante apoderamiento *apud acta*". Con ello el actor ya ha cumplido la carga procesal que le es imputable relativa a esa representación. Posteriormente deberá completar esa actuación compareciendo el día y hora que el órgano judicial le señale para formalizar el otorgamiento. El juzgado de primera instancia entendió insuficiente la referencia sobre esta materia contenida en el escrito rector, y estimó necesario para enervar el efecto de la caducidad que en aquel escrito se hubiese solicitado expresamente al juzgado el señalamiento de día y hora para el otorgamiento. Con ello incurre en un exceso de formalismo, pues esa petición debe entenderse en todo caso implícita en la manifestación que se hace de optar por la modalidad de apoderamiento *apud acta*, modalidad que requiere de una actuación subsiguiente del propio juzgado, para concretar el momento de la necesaria comparecencia.

2.5. La invocación que hizo la sentencia de primera instancia a la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en su sentencia 90/2013, de 22 de abril, y que reitera la sociedad recurrida en su escrito de oposición, no son suficientes para desvirtuar la conclusión anterior. Una cosa es que la inadmisión de una demanda por no haber acreditado la representación dentro del plazo para el ejercicio de la acción (existiendo antes el poder) pueda ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, y otra distinta que se pueda afirmar (*quod non*) que dicho derecho se vea perjudicado por el hecho de admitir una demanda en caso de que se subsane la falta de formalización del apoderamiento en un momento posterior a la fecha de vencimiento del plazo de caducidad de la acción si la demanda, con ofrecimiento de acreditar la representación mediante un otorgamiento *apud acta*, se presentó dentro del plazo legal.

3.- Devolución de las actuaciones a la Audiencia.

Dado que la Audiencia Provincial no entró a resolver las cuestiones de naturaleza sustantiva planteadas en la demanda, pues declaró caducada la acción, procede reponer los autos al momento anterior a dictarse la sentencia de la Audiencia Provincial, para que se resuelva el recurso de apelación, una vez desestimada la excepción de caducidad.

Al apreciar la caducidad de la acción ejercitada en la demanda, la sentencia de apelación no valoró la prueba sobre el fondo de la cuestión litigiosa y, lógicamente, tampoco la ha enjuiciado en Derecho. Falta, por tanto, el juicio de hecho y de derecho sobre la cuestión de fondo objeto del proceso.

De ahí que, no siendo la casación un nuevo juicio que, como la apelación, permita una cognición plena sobre todas las cuestiones de fondo de hecho y de derecho sometidas a debate, y no habiendo sido estas enjuiciadas por la Audiencia Provincial, el pronunciamiento de esta sala deba limitarse, como autoriza el art. 487.2 LEC, a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, las resuelva en sentencia que no podrá ya apreciar la caducidad de la acción ejercitada en la demanda, solución ya adoptada, entre otras, por las sentencias 87/2018, de 15 de febrero, 899/2011, de 30 noviembre, y las que en ellas se citan.

En todo caso, tanto la apelación como el eventual recurso de casación que se interponga contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial, serán de tramitación preferente.

SÉPTIMO .- Costas y depósito

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Cristina y D. Iván contra la sentencia núm. 204/2018, de 9 de julio, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el recurso de apelación núm. 110/2018.

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.



3.º- Devolver las actuaciones al referido tribunal de apelación para que, una vez desestimada la excepción de caducidad de la acción ejercitada en la demanda, dicte nueva sentencia pronunciándose sobre todas las demás cuestiones planteadas en el recurso de apelación de los demandantes. La apelación y el eventual recurso de casación que se interponga contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial, serán de tramitación preferente.

4.º- No imponer las costas del recurso de casación.

5.º- Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ