

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

5300 *Resolución de 21 de marzo de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles I de A Coruña, por la que rechaza el depósito de cuentas de una sociedad correspondiente al ejercicio 2016.*

En el recurso interpuesto por don J. J. F. V., en nombre y representación y como administrador único de la entidad mercantil «Construcciones Razo da Costa, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de A Coruña, don Juan Carlos González Nieto, por la que rechaza el depósito de cuentas de la sociedad correspondiente al ejercicio 2016.

Hechos

I

Se solicitó del Registro Mercantil de A Coruña la práctica del depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio 2016 con presentación de la documentación correspondiente.

II

La referida documentación fue objeto de la siguiente nota de calificación en el Registro Mercantil de A Coruña:

«Don Juan Carlos González Nieto, Registrador Mercantil de A Coruña, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar el depósito solicitado conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos

Diario/Asiento: 92/17655.
F. presentación: 10/12/2018.
Entrada: 2/2018/514794,0.
Sociedad: Construcciones Razo da Costa SL.
Ejerc. depósito: 2016.
Hoja: C-48321.

Fundamentos de Derecho (defectos)

– Habiéndose practicado con fecha 14 de Mayo de 2018 anotación preventiva del auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de esta ciudad del 6 de Marzo anterior, estimando la medida cautelar para que en tanto no recaiga resolución definitiva se abstenga –el Registrador– de proceder al nombramiento de Auditor de Cuentas, se suspende el depósito de las presentadas correspondientes al ejercicio 2.1016 [sic], en tanto no recaiga sentencia firme, estando a su contenido la obligación o no, de acompañar a dichas cuentas el Informe de Auditoría. (Art. 58 del R.R.M.).

Se mantiene el defecto de la primera presentación.
En relación con la presente calificación: (...)

A Coruña, a trece de diciembre de dos mil dieciocho.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. J. F. V., en nombre y representación y como administrador único de la entidad mercantil «Construcciones Razo da Costa, S.L.», interpuso recurso el día 11 de enero de 2019 en virtud de escrito en el que alegaba, resumidamente, lo siguiente:

Que la exesposa del administrador de la sociedad presentó, en fecha 31 de marzo de 2017, instancia solicitando la designación de auditor a fin de verificar las cuentas anuales del ejercicio 2016; Que, tras la oposición de la sociedad, el registrador resolvió la procedencia de la designación por resolución de 17 de abril de 2017, que fue recurrida ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual resolvió desestimar el recurso por Resolución de 5 de julio de 2017; Que, por la parte, se procedió a interponer demanda ante el Juzgado de lo Mercantil número 2 de A Coruña, el cual, por medio de auto de 6 de marzo de 2018, ordenó la toma de anotación preventiva en el Registro Mercantil (en los términos que resultan de la calificación que se ha hecho constar más arriba); Que la Dirección General de los Registros y del Notariado no se opuso a la medida cautelar ni tampoco la promotora del expediente de designación de auditor, y Que, con tales antecedentes, formula los siguientes fundamentos de Derecho: 1.º) Que la calificación esta deficientemente motivada, pues el artículo 58 del Reglamento del Registro Mercantil no sería de aplicación al caso y, de serlo, la calificación no explica los concretos motivos de suspensión del depósito, pues la resolución judicial nada prevé al respecto y la interpretación que del mismo hace el registrador contradice la finalidad última del depósito, que es la publicidad de las cuentas; Que, a lo anterior hay que sumar los artículos 19 bis y 59 y siguientes de la Ley Hipotecaria; Que, de todo lo anterior y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la motivación de las resoluciones de la Administración, resulta la necesidad de una completa motivación de la nota de calificación, lo que conllevaría la nulidad de la calificación, y Que, no obstante, es cierto que la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo permite que se entre a resolver el fondo del asunto si en el expediente constan los elementos suficientes, a fin de evitar dilaciones innecesarias; 2.º) Que el depósito de las cuentas de la sociedad es obligatorio, conforme a los artículos 279 y 280 de la Ley de Sociedades de Capital; Que la resolución del registrador incumple el auto de medidas cautelares del Juzgado que acuerda que el registrador no designe auditor de cuentas, lo que implica que no puede suspenderse el depósito de cuentas por falta de una auditoría de cuentas que no tiene que practicarse; Que la resolución judicial ampara el buen derecho de la sociedad para que sus cuentas no sean auditadas, por lo que no existe motivo para que no se depositen, y Que, sin con posterioridad se resolviese lo contrario, por el tribunal, ningún problema habría en llevar a cabo la subsanación, y 3.º) Que la suspensión del depósito de las cuentas de 2016 tiene unos efectos negativos notables y, además, afecta a los ejercicios sucesivos, y Que la suspensión supone un deterioro de la imagen de la empresa, el cierre de la hoja registral y la posibilidad de que la empresa sea sancionada, amén del incumplimiento de la resolución judicial que ha aceptado el buen derecho de la sociedad y sin que de la resolución impugnada resulte qué perjuicio podría resultar de un depósito de las cuentas que, posteriormente, podría subsanarse si así se estimase.

IV

El registrador emitió informe el día 15 de enero de 2019, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 y 20 del Código de Comercio; 265.2 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital; 721, 726, 727 y 728 de la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil; la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; los artículos 326 y 328 de la Ley Hipotecaria; 6 de la Ley 15/2015, de 2 julio, de la Jurisdicción Voluntaria; 366.1.5.º y 378.1 y.4 del Reglamento del Registro Mercantil, y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de noviembre de 2002, 29 de enero y 22 de mayo de 2003, 16 de diciembre de 2005, 31 de agosto de 2007, 11 de febrero, 26 de junio y 6 de noviembre de 2009, 15 de noviembre de 2011, 12 de noviembre de 2012, 3 de diciembre de 2013, 19 de enero de 2016, 14 de septiembre de 2017 y 28 de febrero de 2018.

1. Por parte de una sociedad de responsabilidad limitada se solicita el depósito de sus cuentas correspondientes al ejercicio 2016. El registrador Mercantil suspende su práctica en los términos que resultan de la nota de calificación transcrita en los hechos a la luz de la situación registral. El interesado recurre.

De la documentación que forma parte del expediente resulta lo siguiente:

a) Con fecha 31 de marzo de 2017 se solicita la designación de auditor para la verificación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 al amparo de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

b) La sociedad se opone a la designación, el registrador estima la solicitud y su resolución es confirmada por la de esta Dirección General en fecha 5 de julio de 2017.

c) El registrador Mercantil lleva a cabo la designación del auditor solicitado y se practica la inscripción correspondiente en fecha 18 de julio de 2017.

d) La sociedad impugna ante el Juzgado de lo Mercantil la Resolución de esta Dirección General de los Registros y del Notariado. Del contenido del Registro Mercantil resulta que consta en la hoja de la sociedad la anotación preventiva, de fecha 14 de mayo de 2018, por la que se hace constar el auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de A Coruña de fecha 6 de marzo de 2018 estimando la solicitud de medida cautelar en los términos que resultan de la nota de calificación.

2. En definitiva, existe un procedimiento de solicitud de designación de auditor a instancia de la minoría que ha sido estimado de forma definitiva en vía administrativa, resolución que ha sido impugnada en vía judicial ordenando el juez de lo Mercantil al registrador Mercantil que se abstenga de designar auditor en tanto no recaiga resolución definitiva.

La cuestión central de la presente es si la calificación registral de suspensión del depósito de cuentas solicitado es o no conforme a Derecho a la luz de la situación registral descrita.

Con carácter previo, el recurrente sostiene que la motivación de la nota es insuficiente pues no contiene los motivos concretos por los que se lleva a cabo la suspensión del depósito solicitado. La respuesta a esta cuestión ha de ser la misma que esta Dirección General ya expusiera al requirente cuando impugnó la resolución del registrador Mercantil por la que estimó la procedencia de la designación de auditor. En línea con citada Resolución de esta Dirección General de 5 de julio de 2017, es preciso recordar que esta Dirección General ha afirmado (por todas, vid. Resolución de 16 de octubre de 2017), que cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 14 de abril de 2010, 26 de enero de 2011, 20 de julio de 2012 y 18 de noviembre de 2013, entre otras muchas). Es indudable que, de este modo, serán

efectivas las garantías del interesado recurrente, quien al conocer en el momento inicial los argumentos en que el registrador funda jurídicamente su negativa a la inscripción solicitada podrá alegar los fundamentos de Derecho en los que apoye su tesis impugnatoria, a la vista ya de los hechos y razonamientos aducidos por el registrador que pudieran ser relevantes para la resolución del recurso.

Este régimen es de plena aplicación a los registros de naturaleza mercantil ha vida cuenta de que la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social establece: «La regulación prevista en el sección 5.ª del capítulo IX bis del Título V para los recursos contra la calificación del registrador de la Propiedad es también aplicable a los recursos contra la calificación del Registrador Mercantil y del de Bienes Muebles».

No obstante, conviene tener en cuenta que es igualmente doctrina de esta Dirección General (Resoluciones de 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo, 1 de abril y 13 de octubre de 2005, 8 de mayo y 3 de diciembre de 2010, 28 de febrero, 22 de mayo y 20 de julio de 2012, 19 de julio de 2013 y 22 de diciembre de 2015) que la argumentación en que se fundamenta la calificación es suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado haya podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo acredita en este caso el mismo contenido del escrito de interposición, por lo que procede entrar en el fondo del asunto.

Igual razonamiento es aplicable a la solicitud de depósito de cuentas de conformidad con la remisión que el artículo 368.3 del Reglamento del Registro Mercantil realiza al régimen general de calificación de títulos defectuosos.

Así ocurre en el supuesto de hecho de la presente en el que la nota de defectos contiene el fundamento de la suspensión del registrador Mercantil: la situación registral derivada de la anotación preventiva ordenada por el Juzgado de lo Mercantil. Es cierto que la calificación podría haber sido más explicativa pero también lo es que contiene, en lo esencial, el fundamento de la decisión del registrador como lo es que así lo ha entendido el recurrente quien expone sus motivos en función del mismo.

3. Entrando en el fondo del asunto, es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que ante una situación de indeterminación sobre el estado del Registro cuando se solicita una designación de auditor, el registrador Mercantil debe esperar a que la misma adquiera firmeza cuando se le solicita una actuación cuya efectividad dependa de aquélla. Hasta ese momento no se podrá determinar la situación registral y, en consecuencia, las consecuencias que de la existencia de un auditor nombrado se derivan en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 272 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital).

En los supuestos normales, pendiente la decisión del registrador sobre la procedencia de designación de un auditor a instancia de la minoría habrá que esperar a que se finalice el oportuno expediente con la resolución estimatoria o desestimatoria. Hasta ese momento la situación registral no resultará definitiva y no podrá el registrador decidir sobre el resto de solicitudes de asiento que estén presentadas en el Registro Mercantil.

Si la resolución del registrador, estimatoria o desestimatoria, ha sido impugnada ante esta Dirección General, la indeterminación sobre si definitivamente procederá o no el nombramiento afecta al contenido del Registro por lo que la decisión sobre si procede o no la designación de auditor previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital deberá demorarse hasta que quede resuelta en vía administrativa.

Esta doctrina es plenamente coherente con la regulación de nuestro ordenamiento jurídico que prevé que el registrador de la Propiedad no emita calificación hasta que la situación del contenido del Registro sea definitiva (vid. artículo 18 de la Ley Hipotecaria). Este mismo esquema de cosas se reproduce en el ámbito del Registro Mercantil sin que la particular existencia de más de un Libro Diario altere el principio general del artículo 18.4 del Código de Comercio dada la coordinación prevista en el ordenamiento (vid. artículos 23, 29, 80 y 358.2 del Reglamento del Registro Mercantil).

4. El mismo razonamiento se produce cuando como consecuencia de la suspensión del procedimiento de designación de auditor a instancia de la minoría por existencia de litispendencia civil, existe una indeterminación sobre cual haya de ser la situación registral, indeterminación que impide al registrador Mercantil pronunciarse hasta que devenga definitiva (artículo 18 del Código de Comercio).

Esta Dirección General ha reiterado que el registrador debe suspender el ejercicio de su competencia si se le acredita debidamente que la cuestión que constituye el objeto del expediente está siendo objeto de conocimiento por los tribunales de Justicia. Así lo ha afirmado la doctrina elaborada por esta Dirección General en sede de recursos contra la designación de auditor a instancia de la minoría (Resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 5 de agosto, 1 de octubre y 10 de diciembre de 2014, entre las más recientes), cuando afirma que procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial su legitimación en cuanto constituye la base sobre la que se ejercita el derecho (bien porque se discuta su condición de socio, bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones concretas, bien de un porcentaje sobre un conjunto de ella o bien por cualquier otro motivo relevante). El hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida este siendo ejercitada por los tribunales impide que esta Dirección General se pronuncie en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto.

Así lo entiende hoy expresamente la reciente Ley 15/2015, de 2 julio, de la Jurisdicción Voluntaria cuando afirma en su artículo 6.3: «Se acordará la suspensión del expediente cuando se acredite la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución pudiese afectarle, debiendo tramitarse el incidente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

5. En el expediente que da lugar a la presente existe una resolución definitiva en el ámbito del procedimiento administrativo de designación de auditor que incluso ha dado lugar a su designación y a la inscripción correspondiente en el Registro Mercantil. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.1 del Código de Comercio: «El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad».

De acuerdo con dicho precepto la inscripción de designación de auditor debería producir todos sus efectos y, consecuentemente, el derivado del artículo 279.1 de la Ley de Sociedades de Capital conforme al cual: «Dentro del mes siguiente a la aprobación de las cuentas anuales, los administradores de la sociedad presentarán, para su depósito en el Registro Mercantil del domicilio social, certificación de los acuerdos de la junta de socios de aprobación de dichas cuentas, debidamente firmadas, y de aplicación del resultado, así como, en su caso, de las cuentas consolidadas, a la que se adjuntará un ejemplar de cada una de ellas. Los administradores presentarán también el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o esta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil».

La particularidad del supuesto de hecho es que de la hoja particular de la sociedad resulta la anotación preventiva de medida cautelar ordenada por el juez de lo Mercantil para que en tanto no recaiga resolución definitiva se abstenga –el registrador– de proceder al nombramiento de auditor de cuentas.

Con independencia de la imposibilidad de cumplir el tenor literal del mandato judicial, dada la efectiva designación e inscripción en el Registro Mercantil del auditor de cuentas, el registrador suspende la práctica del depósito de cuentas solicitado hasta que, recaída la resolución judicial firme, se despeje la incógnita de si es preciso o no acompañar al depósito el informe de verificación realizado por auditor de cuentas.

Esta Dirección General confirma la decisión del registrador Mercantil porque, de conformidad con la doctrina expuesta más arriba, en tanto el contenido del Registro no

sea definitivo no es posible calificar de conformidad con el mismo (artículo 18 del Código de Comercio), y, en consecuencia determinar de forma igualmente definitiva si las cuentas anuales deben ir o no acompañadas del informe de auditor.

Los argumentos de contrario del recurrente no pueden enervar dicha conclusión. No es cierta la afirmación de que el registrador está incumpliendo el mandato del juez de lo Mercantil porque no es cierta la afirmación de que de la existencia de la medida cautelar se sigue que no existe obligación de verificar las cuentas anuales. Bien al contrario. El registrador ha cumplido rigurosamente las consecuencias lógicas de la existencia de la anotación preventiva de medidas provisionales que le impone abstenerse de actuar en tanto no recaiga una resolución firme. La deducción del recurrente de que no existe obligación de auditar porque existe la medida provisional prevista en el auto del juez es inadmisibles. El objeto del procedimiento judicial que ha entablado el recurrente es precisamente determinar si procede o no la verificación de las cuentas anuales y si, en consecuencia, es preceptivo o no que el depósito de cuentas venga acompañado del oportuno informe. En tanto no recaiga sentencia firme el registrador no puede tomar la decisión de si procede o no la aplicación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital.

Es igualmente inadmisibles la afirmación de que el juez ha apreciado el buen derecho del recurrente por lo que el depósito debe practicarse sin venir acompañado del informe de verificación. Una cosa es que el juez de lo Mercantil haya aceptado la solicitud de una medida provisional y otra muy distinta que haya resuelto sobre la pretensión de fondo. Que el juez haya estimado la existencia de buen derecho para la adopción de la medida cautelar no prejuzga su decisión final (artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ni impone un comportamiento como si existiera una decisión sobre el fondo. La propia naturaleza de las medidas cautelares exige su provisionalidad a resultados de la sentencia que se dicte (artículos 721 y 726 de la misma ley procedimental).

No es aceptable tampoco la afirmación sobre la procedencia del depósito de las cuentas sin perjuicio de la modificación del asiento si resulta una sentencia contraria a sus intereses. El esquema legal sobre el que se basa el funcionamiento de nuestro Registro Mercantil no obedece a semejante lógica sino a la necesidad de que se practiquen asientos de carácter definitivo únicamente cuando la situación publicada sea igualmente definitiva. Por lo que ahora interesa, no otra cosa proclama el artículo 10.1 del Reglamento del Registro Mercantil al recoger el denominado principio de prioridad: «Inscrito o anotado preventivamente en el Registro Mercantil cualquier título, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que resulte opuesto o incompatible con él». Así ocurre en el supuesto de hecho en el que del contenido del Registro resulta la inscripción de designación de auditor a instancia de la minoría así como la anotación preventiva de medida cautelar. Es la existencia de estos asientos la que impide practicar el depósito de las cuentas; y así continuará en tanto no resulte del Registro la inexistencia de un obstáculo que lo impida.

Finalmente esta Dirección General reconoce que, como dice el recurrente, la falta de depósito de las cuentas sociales tiene o puede tener consecuencias negativas. Ahora bien dichas consecuencias son el resultado de que el ordenamiento jurídico ha garantizado el derecho de la sociedad a oponerse y a recurrir contra la pretensión de un socio minoritario de que se verifiquen las cuentas anuales suspendiendo los efectos de una resolución administrativa definitiva en tanto no resulte una resolución judicial firme. Es precisamente el ejercicio por la sociedad del conjunto de derechos que le reconoce el ordenamiento el que provoca una dilación que sin duda no es beneficiosa, por mucho que sea inevitable. Lo que no puede pretender el recurrente es que la defensa de su derecho se resuelva en el perjuicio del derecho de la otra parte, la que ha solicitado la verificación contable, en un procedimiento en el que no está llamada a participar (artículo 328 de la Ley Hipotecaria).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 21 de marzo de 2019.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.