

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

7672 *Resolución de 21 de mayo de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil IV de Madrid, por la que se rechaza el depósito de cuentas de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don D. G. N., en su condición de secretario del consejo de administración de la compañía «Pamicom Comunicaciones, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil IV de Madrid, don Alfonso Ventoso Escribano, por la que se rechaza el depósito de cuentas de la sociedad.

Hechos

I

Se presentó la documentación correspondiente para el depósito de cuentas de la sociedad «Pamicom Comunicaciones, S.L.» correspondiente al ejercicio 2016.

II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Alfonso Ventoso Escribano, registrador mercantil de Madrid, previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, y con cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, resuelve no practicar el depósito de cuentas por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica: Pamicom Comunicaciones, Sociedad Limitada Presentación: 56.270,0/2017 Asiento:78:341/35 Fecha:12/12/2017 Ejercicio:2016 No se aporta un ejemplar del informe emitido por el auditor independiente nombrado por este registro mercantil. (arts. 265 LSC; 366 y 378 RRM y RDGRN 30/09/08, 26/09/09, 6/11/13, 25/07/14, 15/06/17 y 5/10/17 entre otras). No se aporta un ejemplar de la memoria anual (art. 254 LSC y 366 RRM). Sin perjuicio del derecho a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener el depósito de las cuentas el interesado podrá: (...) Madrid, a 13 de diciembre de 2017 El registrador».

III

Contra la anterior nota de calificación, don D. G. N., en su condición de secretario del consejo de administración de la compañía «Pamicom Comunicaciones, S.L.», interpuso recurso el día 28 de febrero de 2018 en virtud de escrito en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Primero.–Antecedentes: Que por socia minoritaria se solicitó designación de auditor conforme el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Formulada oposición, el registrador la desestimó recibiendo la sociedad notificación de designación de auditor el día 29 de junio de 2017. El día 25 de julio de 2017, la parte presenta en el Registro Mercantil de Madrid un escrito en el que pone de manifiesto que en fecha 26 de junio de 2017 se había celebrado junta general a la que se presentó el informe de auditoría llevado a cabo por la sociedad auditora designada voluntariamente y poniendo de manifiesto los inconvenientes y gastos inherentes a una segunda auditoría; Que se da trato de recurso a la cuestión y la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 25 de septiembre de 2017, desestima por extemporáneo y confirma la procedencia del nombramiento de auditor, y Que la sociedad

de auditoría designada por el registrador Mercantil de Madrid se puso en contacto con la sociedad el día 4 de octubre de 2017 y la sociedad le comunica el día 20 inmediato posterior que va a recurrir la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado y que no le va a permitir realizar la auditoría, por lo que la sociedad de auditoría comunica al Registro Mercantil de Madrid la imposibilidad de llevarla a cabo. La parte ha recurrido judicialmente la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 25 de septiembre de 2017; Segundo.—Que, en cuanto al fondo del asunto, existe un informe de auditoría elaborado a petición de la sociedad por auditor colegiado e inscrito que emite una opinión técnica; Que la propia Dirección General de los Registros y del Notariado ha reconocido (con cita), que dados los principios que rigen el ejercicio de la actividad cualquier auditor ha de llevar a cabo sus trabajos de conformidad con las mismas reglas; Que el informe de auditoría se puso a disposición de la socia que demandó del registrador la designación de auditor; Que, como consecuencia de los hechos narrados, el expediente de nombramiento de auditor se encuentra cerrado por imposibilidad manifiesta de realización del informe, por lo que la calificación carece de base jurídica pues solicita el acompañamiento de un informe materialmente imposible, y Que se produce una situación en la que es imposible la presentación del informe solicitado, lo que impide, a su vez, a los terceros que puedan conocer por el Registro Mercantil la situación de la sociedad, y Tercero.—Que el Tribunal Supremo ha reconocido en distintas ocasiones que el derecho del socio queda enervado por el encargo de auditoría realizado voluntariamente, pues la finalidad es que la auditoría se realice; Que también ha señalado el Tribunal Supremo que la Ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, y Que también la Dirección General de los Registros y del Notariado (con cita) ha señalado en diversas ocasiones que es innecesario el nombramiento de un nuevo auditor si existe otro ya designado (con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de marzo de 2007».

IV

El registrador emitió informe el día 26 de marzo de 2018, 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; la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; los artículos 38 y 326 de la Ley Hipotecaria; 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, 21 de noviembre y 3 de diciembre de 2013, 19 de enero, 22 de julio y 15 de septiembre de 2016 y 15 de junio, 14 de septiembre y 20 de noviembre de 2017.

1. De los dos defectos señalados por el registrador, el escrito de recurso sólo se refiere al primero acotando así lo que ha de constituir el objeto de la presente (artículo 326 de la Ley Hipotecaria). Determinado así el ámbito de este expediente, la cuestión se limita a determinar si procede el depósito de cuentas de una sociedad en cuya hoja registral consta inscrita la designación de un auditor para llevar a cabo la auditoría de cuentas de un ejercicio, como consecuencia de un procedimiento a instancia de socia minoritaria, cuando resulta que las cuentas se acompañan del informe de auditoría llevado a cabo por otro auditor.

El registrador Mercantil rechaza el depósito porque considera que el informe de auditoría que acompaña a las cuentas, al no haber sido realizado por quien consta designado e inscrito en la hoja correspondiente de la sociedad, no es hábil a tales

efectos. La sociedad recurre, en esencia, porque considera que la doctrina de esta Dirección General y del Tribunal Supremo entiende que la solicitud de un minoritario queda enervada por la existencia de un auditor designado de forma voluntaria por la sociedad y porque el informe emitido por este último tiene la misma virtualidad que el realizado por el designado por el registrador.

La adecuada comprensión de los hechos que dan lugar a la presente aconseja ordenarlos de la forma siguiente:

a) En fecha 10 de marzo de 2017, una socia de la sociedad solicita del Registro Mercantil de Madrid la designación de auditor para la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2016, fundamentando su solicitud en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

b) La sociedad se opuso a su pretensión en ejercicio del derecho reconocido en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil recayendo resolución del registrador Mercantil de fecha 12 de abril de 2017, por la que estimaba la solicitud de la socia con rechazo de los motivos de oposición de la sociedad.

c) La resolución del registrador Mercantil es notificada a la sociedad el día 19 de abril por medio de correo certificado con acuse de recibo. La sociedad no interpone recurso contra la anterior resolución adquiriendo firmeza en vía administrativa de conformidad con el artículo 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

d) Firme la resolución, el registrador, tras varios intentos fallidos lleva a cabo la designación en fecha 26 de junio de 2017 y, tras su aceptación, procede a inscribirlo en la hoja de la sociedad de conformidad con la previsión del artículo 358.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

e) La sociedad presenta un escrito contra la anterior dando lugar a la Resolución de esta Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 25 de septiembre de 2017 de inadmisión por resultar la Resolución de fecha 12 de abril de 2017 firme en vía administrativa.

Ahora, la sociedad presenta a depósito las cuentas del ejercicio 2016 acompañadas de un informe de verificación llevado a cabo, no por el auditor designado e inscrito en el procedimiento seguido por el registrador Mercantil, sino por el que en su día fue designado por la propia sociedad.

2. La cuestión planteada, y que constituye el asunto de fondo, ha sido objeto de tratamiento anterior por esta Dirección General por lo que procede la reiteración de la doctrina al efecto elaborada (vid. «Vistos» y, especialmente, las Resoluciones de 21 de noviembre de 2013 y 22 de julio y 15 de septiembre de 2016). De conformidad con dicha doctrina, esta Dirección General ha afirmado que, habiendo sido designado auditor a instancia de la minoría, constando dicha circunstancia por inscripción en la hoja de la sociedad, y no acompañándose para su oportuno depósito, el correspondiente informe de verificación llevado a cabo por el auditor designado, no procede que el registrador Mercantil lleve a cabo el depósito de cuentas solicitado (vid. «Vistos»). La situación registral al tiempo de llevar a cabo la calificación objeto de este expediente era la de existencia de auditor nombrado e inscrito a instancia de la minoría por lo que, de conformidad con la expresada doctrina de esta Dirección General, no cabe llevar a cabo el depósito de las cuentas si la solicitud no se acompaña precisamente del preceptivo informe de auditoría realizado por el auditor nombrado e inscrito en el Registro Mercantil.

Así resulta indubitadamente del contenido del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital que dice: «1. 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, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría

por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil».

3. Los argumentos de contrario no puede enervar la conclusión anterior.

En primer lugar porque el recurrente entiende que la designación de un auditor voluntario enerva o deja sin virtualidad la solicitud llevada a cabo en su día por la socia minoritaria. Esta cuestión sin embargo, ni es objeto de este expediente ni puede ser objeto de discusión en vía administrativa al tener la consideración de firme.

Ahondando en esta afirmación, las cuestiones relativas a la procedencia o improcedencia de que el registrador Mercantil llevase a cabo la designación de auditor a instancia de una socia al amparo de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital fueron ventiladas en el procedimiento que dio lugar a la resolución del registrador Mercantil de fecha 12 de abril de 2017, resolución que ha devenido firme en vía administrativa de conformidad con lo establecido en el artículo 114 de la Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por lo que no pueden ser objeto de nuevo conocimiento en esta vía administrativa.

Establecido lo anterior, el objeto de la presente lo constituye exclusivamente la cuestión que se ha hecho constar en el considerando primero como consecuencia de la calificación negativa del registrador Mercantil a la rogación de depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio 2016. El artículo 326 de la Ley Hipotecaria establece que el recurso debe recaer exclusivamente sobre cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, y el artículo 1 de la citada ley determina que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales. No es objeto de este expediente el conjunto de circunstancias que se ventilaron en el procedimiento que dio lugar a la resolución de 12 de abril de 2017 ni tampoco el contenido del asiento de inscripción de designación de auditor por el registrador Mercantil, asiento que se encuentra bajo la salvaguarda judicial.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (vid., por todas, Resoluciones de 10 y 11 de noviembre de 1999, 18 de octubre de 2007, 18 de enero y 26 de octubre de 2012, 18 de enero de 2013, 10, 11 y 17 de febrero, 13 de marzo, 19 de mayo, 1 de agosto, 26 de septiembre, 14 de octubre, 24 de noviembre y 17 de diciembre de 2014, 19 de enero, 27 de junio, 2 de julio y 13 de septiembre de 2015 y 28 de enero y 19 de septiembre de 2016) que sólo puede ser objeto de recurso la nota de calificación negativa de los registradores, pero no los asientos ya practicados. Tal doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), afirma que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad o Mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria.

En definitiva, el objeto de la presente se ciñe al que ha quedado expresado en la consideración inicial lo que nos lleva al siguiente argumento del recurrente.

4. Alega el recurrente la propia doctrina de este Centro Directivo (fundamentada además en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de marzo de 2007), relativa a considerar que el derecho del socio a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores, al ser indiferente el origen de la designación (juez, registrador, órganos sociales), ya que la finalidad del artículo no es que la auditoría se realice por un determinado auditor sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad. El recurrente entiende que en el supuesto de hecho se ha cumplido la finalidad del precepto por cuanto la verificación de las cuentas ha sido llevada a cabo por un auditor debidamente inscrito en el registro oficial, y porque se ha hecho entrega del informe de verificación a la socia que instó el procedimiento.

Prescindiendo del hecho de que la entrega o no a la interesada del informe de verificación no es cuestión que pueda ser considerada en la presente como quedó explicado más arriba, la alegación del recurrente no puede tenerse en cuenta, ya que, una vez más, procedimentalmente el momento para discutir si la existencia de un auditor voluntario enervaba o no la solicitud de designación llevada a cabo por la socia minoritaria y el nombramiento por el registrador Mercantil no es éste, sino que lo fue el expediente incoado con motivo de tal solicitud, expediente en el que no consta la aportación del informe de verificación. La doctrina de esta Dirección General, amparada en la del Tribunal Supremo, que considera que la existencia de un informe de verificación llevado a cabo por un auditor voluntario enerva la designación de un auditor por el registrador Mercantil tiene el limitado alcance de impedir, efectivamente, que se lleve a cabo una doble auditoría sobre el mismo ejercicio de una sociedad, impidiendo así la designación de auditor en el ámbito del procedimiento previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Ahora bien, finalizado dicho procedimiento y resuelta la procedencia de que la auditoría sea llevada a cabo por el auditor designado por el registrador Mercantil, es evidente la improcedencia de traer a colación dicha doctrina pretendiendo amparar la conducta antijurídica de la sociedad que ante una resolución administrativa firme, incumple su contenido. La concurrencia de rogaciones sobre la determinación del auditor que había de auditar las cuentas anuales del ejercicio 2016 quedó resuelta por la resolución del registrador Mercantil de 12 de abril de 2017 que determinó que correspondía al auditor designado por el registrador Mercantil.

Establecido lo anterior no queda sino reiterar que el recurso no puede prosperar de conformidad con la continua doctrina de este Centro Directivo (vid. «Vistos»), relativa a la necesidad de acompañar el informe de verificación del auditor nombrado por el registrador. La situación registral al tiempo de llevar a cabo la calificación objeto de este expediente es la de existencia de auditor nombrado e inscrito a instancia de la minoría por lo que, de conformidad con la doctrina de esta Dirección General, no cabe llevar a cabo el depósito de las cuentas si la solicitud no se acompaña precisamente del preceptivo informe de auditoría realizado por el auditor nombrado e inscrito en el Registro Mercantil. Mientras que la inscripción de nombramiento de auditor a instancia de la minoría continúe vigente, el registrador debe calificar en función de su contenido de conformidad con las reglas generales (vid. Resolución de 17 de enero de 2012, por todas, y artículos 18 y 20 del Código de Comercio en relación a los artículos 7 y 366.1.5.ª del Reglamento del Registro Mercantil, y 265.2 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital).

Alega el recurrente que la negativa del registrador impide el depósito de las cuentas y su eventual conocimiento por terceros. Con independencia de que esta Dirección General confirma plenamente el criterio del registrador, lo cierto es que si existe la situación a que se refiere el recurrente, se debe exclusivamente a la conducta de la sociedad quien desde el día 19 de abril de 2017 (mucho antes de la celebración de la junta de aprobación de las cuentas anuales), conoció la existencia de la resolución del registrador por la que se resolvía que la auditoría debería ser llevada a cabo por el auditor que el mismo había de designar. Ante esta situación, la sociedad no actuó en consecuencia prescindiendo de la efectividad y ejecutividad de la resolución firme (artículos 38 y 39 de la Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), continuando con una situación de hecho que pretende ahora imponer a la situación de derecho que de aquella resultó y que accedió al Registro Mercantil (cuyo contenido se encuentra bajo la salvaguardia judicial ex artículo 20 del Código de Comercio). De seguirse la tesis del recurrente, el cumplimiento de las resoluciones administrativas firmes dependería de la exclusiva voluntad del obligado haciendo inútil el procedimiento y el ejercicio de su competencia por esta Administración.

En cuanto a la afirmación de parte de que el interés de la solicitante se satisfizo poniendo a su disposición el informe de verificación, reiterando que dicha cuestión no puede ser objeto de un pronunciamiento al haber sido alegada en trámite de recurso, lo cierto es que la interesada expresó el contenido de su interés en la solicitud de

designación de auditor por el registrador Mercantil y que, una vez firme la pertinencia de atender a dicho interés no puede pretender la sociedad decidir al respecto. Es la socia a quien se reconoció el interés expresado la única que puede disponerlo, decidiendo si persiste o no pudiendo, incluso, renunciar al mismo si así lo considera oportuno (artículo 84 de la Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Mientras que no se haga constar en el Registro Mercantil mediante la presentación de la oportuna instancia que refleje dicha renuncia, el registrador está obligado a calificar de acuerdo con el contenido del Registro y a rechazar el depósito de cuentas que no venga acompañado del informe de verificación firmado por el auditor que conste en el asiento correspondiente.

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 mayo de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.