

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8577 *Resolución de 22 de julio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto en relación a la calificación por el Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Santa Cruz de Tenerife del depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2014 de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don R. U. J., administrador solidario «Urbanización Playa Fañabé. S.A.», en relación a la calificación por el Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Santa Cruz de Tenerife del depósito de cuentas anuales del ejercicio 2014 de la mencionada sociedad.

Hechos

I

El día 7 de abril de 2016 se presentó en el Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Santa Cruz de Tenerife el depósito de cuentas del ejercicio 2014 de la sociedad «Urbanización Playa Fañabé. S.A.», el cual motiva el asiento de presentación 27/451 y número de entrada 2/2016/556,0.

II

Este documento fue calificado con nota del siguiente tenor literal: «Don CB registradores Mercantiles Tenerife, Registrador Mercantil de Mercantil de Tenerife, 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: 27/451 F. Presentación: 18/02/2016 Entrada: 2/2016/556,0 Sociedad: Urbanización Playa Fañabe Sociedad Anónima Ejercicio Depósito: 2014 Fundamentos de Derecho (defectos) 1.–Se reitera el punto 1 de la calificación anterior por no haberse subsanado el defecto expresado (art. 64.1 RRM). Se hace constar: Para practicar el depósito de las cuentas del ejercicio «2014» deberá previamente efectuarse el depósito de las cuentas anuales de los ejercicios 2010, 2011, 2012 y 2013 (art. 378 RRM y RDGRN de 21 de noviembre de 2011). 2.–Del Registro resulta que el Auditor que expide el Informe «Assap Auditores SL», no coincide con el nombrado por este Registro Mercantil para las cuentas del ejercicio 2.014, «Albadit Auditores SL», bajo expediente número 22/2015, instado por socio minoritario (art 94.1.4º, 204 y 205 del RRM). 3.–Se advierte que en la hoja de datos generales de identificación se han consignado dos CNAE (Clasificación Nacional de Actividades Económicas) correspondientes a la actividad principal de la entidad durante el ejercicio social. A los efectos deberá constar una única actividad principal del CNAE aprobado por el Real Decreto 475/2007, de 13 de Abril. Artículo 20 de la Ley 14/2013, de 27 de Septiembre. Resolución 14 de enero de 2015. 4.–En la documentación que se presenta para el depósito de cuentas correspondientes al ejercicio 2013, no aportan la Hoja de Datos Generales de Identificación y el Estado de Cambios de Patrimonio neto que han sido aprobados por la Resolución de 28 de enero de 2014 de la D.G.R.N., publicada en el BOE de fecha 6 de febrero de 2014, que modifica los modelos establecidos en la Orden JUS/206/2009 de 28 de enero, publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 35 de 10 de febrero 2009, en lo concerniente a la página de identificación y al estado de cambio en el patrimonio neto (...) En relación con la presente calificación: (...) Santa Cruz de Tenerife, a 12 de Abril de 2016 (firma ilegible) El registrador».

III

Con fecha 16 de mayo de 2016, se recibió en el Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife recurso contra la nota de calificación antedicha. Dicho recurso se basa en los siguientes fundamentos de Derecho: De los motivos que constan en los fundamentos de Derecho y que en conjunto determinan que se deniegue el depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2014, son cuatro los que impiden la práctica del depósito. Uno de ellos, el relativo a la consignación de dos Códigos Nacionales de Actividades Económicas, que será objeto de subsanación. Otro, consistente en que en las cuentas del ejercicio 2013 no se aportan las hojas de datos generales de identificación y estado de cambios en el patrimonio neto se refieren a un ejercicio distinto del cuestionado, que es el 2014. Y por su parte el defecto referido en el punto 1 está en íntima relación con el defecto contenido en el punto 2 y que, igualmente, motivará la interposición, en su caso, de un recurso por parte de esta entidad, tan pronto se notifique la nota de calificación del depósito referido a dichas cuentas, pues la razón que señala este apartado y que lleva a negar el depósito de las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios de 2012, 2013 y 2014 es la falta de depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2011, ejercicio para el cual se nombró por el Registro Mercantil un auditor, existiendo ya auditor nombrado voluntariamente por la sociedad para dicho ejercicio. No obstante, es conveniente advertir que esta entidad ha presentado para su depósito las cuentas anuales de 2010, 2011, 2012 y 2013, tal y como se acredita con copia de los justificantes de presentación de dichas cuentas anuales que se acompaña como documento 1. Sin embargo, el hecho que a fecha de hoy no tenga la sociedad constancia de ninguna nota de calificación en defecto de las cuentas del ejercicio de 2011, habida cuenta que éstas fueron nuevamente presentadas para su depósito tras una calificación negativa anterior, impide formalizar recurso contra dicha nota de calificación, así como subsanar, en su caso, defectos de calificación referidos al depósito de las cuentas anuales de 2011 con las consecuencias que ello tiene para la subsanación del defecto advertido en el punto 1 correspondiente al depósito de las cuentas anuales de 2014. Con relación al defecto consignado en el apartado segundo, consiste en que del Registro resulta que el auditor que expide el informe («Assap Auditores, S.L.») no coincide con el nombrado por este Registro Mercantil para las cuentas del ejercicio 2014 («Albadit Auditores, S.L.») en el expediente 22/2015, instado por el socio minoritario. De aquí se desprende que existe un informe de auditoría formalizado por un auditor colegiado y que este informe fue presentado en el Registro con relación con un expediente de nombramiento de auditor a petición de la minoría. La negativa del Registro Mercantil tiene como consecuencia que aun existiendo informe de auditoría y voluntad de entrega y depósito de las cuentas anuales y, con ello, voluntad de acceso y publicidad del mismo tanto para socios y terceros, el registro Mercantil está impidiendo a éstos el acceso a los mismos. A este respecto, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2015 dice que «ciertamente la concurrencia de rogaciones en relación a la designación de un auditor para el mismo ejercicio requiere de la oportuna coordinación de acción por parte del registrador Mercantil. Presentada una solicitud de inscripción de nombramiento de auditor voluntario por sociedad no obligada que entre en conflicto con una solicitud de designación realizada por socio minoritario en ejercicio de la facultad reconocida en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador debe proceder de acuerdo a la doctrina de este Centro Directivo». En sede de recursos contra la decisión de registradores mercantiles sobre designación de auditores (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011. 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido de modo reiteradísimo que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio

social. Como excepción a esta regla general, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha reconocido desde antiguo el hecho de que, dados los principios de objetividad, independencia e imparcialidad que presiden la actividad auditora, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea éste judicial, registral o voluntario, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas y sujeto a un especial régimen de disciplina, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora. Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su Sentencia de 9 de marzo de 2007. En el caso que nos ocupa nos encontramos ante un supuesto que tiene verdadero encaje en esta excepción a la regla general ya que existe un profesional independiente, «Assap Auditores, S.L.» inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas y sujeto a un especial régimen de disciplina, y que ha realizado su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora. Significa esto que se presenta una concurrencia de rogaciones en relación a la designación de un auditor para el mismo ejercicio que requiere de la oportuna coordinación de acción por parte del registrador Mercantil. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha reiterado que para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor, y b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que sólo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. En este caso la instancia se presentó el día 31 de marzo de 2015 mientras que el nombramiento societario había tenido lugar el 27 de diciembre de 2012 y la aceptación el 28 de diciembre de 2012, fechas, ambas anteriores a la presentación de la instancia. Se acredita documentalmente este hecho con copia de acta de presencia de la entidad de fecha 27 de diciembre de 2012 formalizado por el notario de Adeje, don Roberto Jesús Cutillas Morales al número 5.042 de su protocolo. Este nombramiento se extiende también a los ejercicios 2012 y 2013 siendo contradictorio que el socio minoritario haya aceptado y se haya aquietado a que dicho auditor elabore informe para las de 2012 y 2013 y sin embargo no admita que auditen las de 2014 siendo el hecho y fecha de su nombramiento el mismo que les ha permitido a dicha empresa auditora elaborar los informes de 2012 y 2013. En cuanto al segundo de los requisitos, la sociedad ha puesto a disposición del accionista solicitante de la auditoría los informes correspondientes a los ejercicios 2010, 2011, 2013 y 2014. Se acredita esta circunstancia con copia del recibí firmado por el representante legal de dicho accionista, que se acompaña como documento 4, acreditativo de la puesta a disposición en su favor y entrega de los informes de auditoría correspondientes a los ejercicios de 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014. Esta posición, partiendo de que hay que suponer en todos y cada uno de los profesionales inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas una actuación basada en los criterios de competencia o profesionalidad y de independencia (Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 23 de abril de 1991, entre otras), viene sugerida por el juego de los artículos 354, 355, 356 y 358 del Reglamento del Registro Mercantil ahora vigente a los que se refiere el artículo 359 del mismo texto, que eran los artículos 319 y 320, en relación con el artículo 323.2 del Reglamento vigente en el momento en que se solicitó la auditoría. La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional sin por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas. La pretensión de nulidad que se pudiera basar en que no firme el informe el concreto auditor designado cuando se ha llevado a cabo la verificación por otros auditores implica un ejercicio abusivo del derecho, pues se dan las circunstancias tomadas en cuenta por el Tribunal Supremo al aplicar el artículo 7.2 del Código Civil. El registrador al calificar ha podido tener en cuenta todos los documentos a los que estamos haciendo referencia en este escrito, pues todos ellos constan debidamente presentados al tiempo de la calificación. Así, con fecha 7 de abril de 2016, como así consta en la nota de calificación, se depositan (*sic*) las cuentas anuales de 2010, 2011, 2012, 2013

y 2014. En esta nota de calificación, apartado 2, se hace expresa referencia al expediente 22/2015 instado por el socio minoritario y en dicho expediente consta que con fecha 4 de abril de 2016, esto es, tres días antes de presentar para su depósito las cuentas, esta entidad presentó escrito en el cual solicitábamos enervar el nombramiento de auditor por el Registro Mercantil justificando y fundamentando nuestra petición en los documentos que hemos en el presente escrito referido, solicitando la incorporación del informe de auditoría al expediente a fin de cumplir con lo exigido por el Centro Directivo. En consecuencia, al tiempo de calificar el depósito de las cuentas anuales, el Registro Mercantil tenía pleno conocimiento de la existencia del informe de auditoría, de su entrega al socio que había instado el nombramiento y de su solicitud de incorporación al propio expediente de nombramiento; a pesar de lo cual respondió que se archivaba copia del escrito presentado y que el expediente estaba cerrado, por lo que no incorporaba al mismo el informe del auditor designado por la sociedad. Con ello frustra el interés de la sociedad, de los socios, del socio que interesó se auditasen las cuentas anuales y de los terceros que no pueden acceder al informe de auditoría cuyo depósito ha interesado la sociedad; ya que el auditor designado por el Registro Mercantil no va a emitir informe alguno. No podemos olvidar que, como así ha venido señalando el Centro Directivo que hay que partir en cualquier caso de que la finalidad de la norma es dar satisfacción al interés de socios y terceros o de un socio minoritario en que se nombre «un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio (artículos 263.1 y 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital)». Por eso no debe rechazarse el informe emitido aun cuando por razones cronológicas no provenga del auditor designado por el Registro Mercantil, pues el mantener el actual criterio impide y frustra el interés del socio a la revisión de las cuentas anuales y de los eventuales terceros, por lo que no debe rechazarse su depósito en el Registro Mercantil, al acarrear la falta de depósito más perjuicios que el depósito de unas cuentas anuales de una sociedad aprobadas por mayoría por sus socios y acompañadas de un informe de auditoría elaborado por profesionales independientes colegiados. La sociedad ha cumplido con el objeto del expediente desde el momento en que existe un auditor que ha elaborado un informe obteniendo con ello el socio una opinión técnica, independiente e imparcial, y que el informe le ha sido entregado. En consecuencia, se constata: 1. La existencia de un informe de auditoría elaborado por un auditor colegiado independiente adscrito al Registro Oficial de Auditores de Cuentas y que emite una opinión técnica, independiente e imparcial, sobre si las cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación; 2. Que dicho informe de auditoría se ha entregado al accionista que instó el nombramiento del auditor; 3. Que el informe de auditoría se ha presentado para su incorporación al expediente del nombramiento; 4. Que el informe de auditoría se ha presentado para su depósito junto con las cuentas anuales del ejercicio; 5. Que el Tribunal Supremo ha venido señalando que «el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 205.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizada por los administradores (Resoluciones de 17. 24 y 26 de abril. 6 y 18 de mayo de 1991. 24 de junio de 1992. etc.) estimando indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador. Órganos sociales)»; 6. Que el Tribunal Supremo ha venido señalando que la finalidad del artículo 205.2 no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio, sino que aquella efectivamente se realice y que el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad (Resolución del 29 de junio de 1992); 7. Que el Tribunal Supremo ha venido señalando que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos (artículo 7.2 del Código Civil) y las pretensiones que se formulen teniendo por base este tipo de ejercicio han de ser rechazadas por los tribunales (artículo 11.2 Ley Orgánica del Poder Judicial) denotándose este ejercicio abusivo porque el interés en que se lleve a efecto una verificación de las cuentas por experto independiente ya ha quedado satisfecho, y 8. Que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha venido señalando que si el acuerdo de designación voluntaria por la compañía, fuera de fecha fehacientemente anterior a la de la presentación de la solicitud de nombramiento por los socios minoritarios, prevalecería aquella sobre ésta

y que es innecesario y económicamente injustificado proceder al nombramiento de un auditor cuando la sociedad ofrece para ese mismo ejercicio un informe realizado por un profesional independiente. Y que ni jurídica ni económicamente es admisible que el mismo ejercicio sea objeto de verificación por dos profesionales distintos siendo su actividad merecedora de idéntica consideración (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007). Por lo que, habiéndose cumplido la finalidad prevista en la ley que es que la auditoría se realice dando con ello satisfacción al interés del accionista solicitante, de los restantes socios y de los terceros, habiéndose entregado dicha auditoría al accionista solicitante, habiéndose presentado el mismo al expediente que tramitó el nombramiento de auditor, habiéndose presentado para su depósito las cuentas anuales del ejercicio 2014 acompañadas del Informe de auditoría, siendo un informe elaborado por un auditor colegiado independiente adscrito al Registro Oficial de Auditores de Cuentas y que emite una opinión técnica, independiente e imparcial, sobre si las cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, no siendo ni jurídica ni económicamente admisible que el mismo ejercicio sea objeto de verificación por dos profesionales distintos siendo su actividad merecedora de idéntica consideración y resultando de la falta de depósito enormes perjuicios, habida cuenta que impide y frustra el interés del socio a la revisión de las cuentas anuales y de los eventuales terceros, a conocer a través del Registro la situación de la compañía, interesa al derecho de esta entidad que, en revocación del punto 2 de la nota de calificación, no se rechace el depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014 en el Registro Mercantil, al tratarse de unas cuentas anuales aprobadas por mayoría por sus socios y acompañadas de un informe de auditoría elaborado por profesionales independientes colegiados.

IV

A la vista de las alegaciones del recurrente en el citado recurso, la registradora Mercantil y de Bienes Muebles II de Santa Cruz de Tenerife, doña Ana Margarita López Rubio, decidió mantener la nota de calificación en cuanto a los defectos señalados con los números 1, 2 y 3 y estimar las alegaciones del recurrente en cuanto al defecto 4, emitiendo el correspondiente informe.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 20 del Código de Comercio; 265.2 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital; 38 y 326 de la Ley Hipotecaria; 366.1.5 y 378.1.4 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de febrero de 2010, 21 de noviembre de 2011, 25 de julio de 2014 y 18 de abril de 2016.

1. En el presente recurso se plantean diversas cuestiones, si bien, como señala el recurrente en su escrito y la registradora en su informe, pueden circunscribirse a dos: La primera es que, existiendo auditor nombrado por el Registro en un expediente instado conforme al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, se pretende el depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio que el auditor debía verificar presentando un informe emitido por un auditor diferente y que, según alegaciones de la sociedad, fue designado con fecha anterior. La segunda, si puede procederse al depósito de las cuentas de un ejercicio cuando faltan los depósitos de cuentas de los ejercicios anteriores (en este caso los correspondientes a 2010, 2011, 2012 y 2013).

2. Por lo que respecta a la primera cuestión, recuerda el recurrente que es doctrina reiterada de esta Dirección General en materia de auditores que el nombramiento de auditor voluntario por parte de la sociedad enerva el derecho del socio minoritario a solicitar la designación de otro por el Registro, ya que presupuestas en todos ellos idénticas cualidades de profesionalidad e independencia lo relevante es que la verificación de las cuentas se lleve a cabo independientemente del origen del nombramiento.

Para ello es imprescindible, según reiterada jurisprudencia, que la designación por parte de la sociedad sea anterior a la petición del minoritario y que se garantice a este socio el derecho de información que le concede la Ley, bien sea por la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, por la puesta a disposición del informe o por su incorporación al expediente.

Esta doctrina podría muy bien ser aplicable al supuesto que nos ocupa, ya que de la documentación aportada resulta que existe un acta notarial de fecha 27 de diciembre de 2012 que refleja un acuerdo de nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas de los ejercicios 2012, 2013 y 2014 y que, al mismo tiempo, consta fehacientemente la aceptación del auditor.

Sin embargo, no se puede desconocer que en el año 2015 se tramitó un expediente de nombramiento de auditor a solicitud de la minoría en el que, a pesar de que la sociedad alegó haber llevado a cabo la designación a que se acaba de hacer referencia, esta Dirección General resolvió con fecha 22 de julio de 2015 desestimar las alegaciones de la sociedad y reconocer el derecho del socio minoritario a obtener una designación de auditor por el Registro.

Ese nombramiento figura inscrito y el auditor designado fue, según reconoce el recurrente, uno distinto al que emite el informe de verificación de cuentas del ejercicio 2014 cuyo depósito se pretende.

Hay que recordar que, como dijo este Centro Directivo en Resolución de 18 de abril de 2016, la situación registral al tiempo de llevar a cabo la calificación del documento objeto de este recurso es la de existencia de un auditor nombrado e inscrito a instancia de la minoría, por lo que no cabe llevar a cabo el depósito de las cuentas si no se acompaña el preceptivo informe emitido por ese auditor designado por el Registro y no por otro.

Mientras esta inscripción continúe vigente, el registrador debe calificar en función del contenido del Registro –cuyo contenido, según el artículo 20 del Código de Comercio se presume exacto y válido produciendo sus asientos todos sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad–, debiendo cumplir lo preceptuado por los artículos 279.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 366.1.5 del Reglamento del Registro Mercantil, que exigen que las cuentas vengan acompañadas del informe del auditor cuando hubiera sido nombrado a solicitud de la minoría.

3. En cuanto a la segunda de las cuestiones, imprecisamente planteada ya que se mezcla la procedencia del depósito de las cuentas del ejercicio 2014 con la calificación de las cuentas de los ejercicios anteriores, es doctrina reiterada de esta Dirección (véase la Resolución de 21 de noviembre de 2011) que no puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas de una sociedad cuando su hoja registral se encuentra cerrada por falta del depósito de las cuentas del ejercicio anterior (artículo 366.1.5 del Reglamento del Registro Mercantil), siendo necesario sólo la presentación de las cuentas de los tres últimos ejercicios, como con claridad resulta de la Resolución de 8 de febrero de 2010.

Por todo ello, la nota de calificación debe ser confirmada y el recurso desestimado.

Toda vez que la nota de calificación no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, por esta Dirección General se acordará lo que proceda (artículo 123 del Reglamento Hipotecario).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y mantener 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, 22 de julio de 2016.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.