

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9089 *Resolución de 15 de septiembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles II de Santa Cruz de Tenerife, por la que se deniega el depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2011 de una sociedad mercantil.*

En el recurso interpuesto por don R. U. J., en calidad de administrador solidario de la mercantil «Urbanización Playa Fañabé, S.A.», contra la nota de calificación extendida por la registradora Mercantil y de Bienes Muebles II de Santa Cruz de Tenerife, doña Ana Margarita López Rubio, por la que se deniega el depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2011 de la mencionada sociedad mercantil.

Hechos

I

El día 7 de abril de 2016 se presentaron en el Registro Mercantil de Tenerife las cuentas anuales de la sociedad «Urbanización Playa Fañabé, S.A.» correspondientes al ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2011, auditadas por «González Herrera Auditores, S.L.P.». Del historial registral de la sociedad resulta que, según la inscripción 61.^a, practicada con fecha 25 de junio de 2013, se solicitó el nombramiento de un auditor al amparo del artículo 265, párrafo segundo, de la Ley de Sociedades de Capital, habiéndose designado a «Jab System Auditores, S.L.».

II

La referida documentación fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Don CB Registradores Mercantiles de Tenerife, Registrador 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: 27/448 F. presentación: 07/04/2016 Entrada: 2/2016/553 Sociedad: Urbanización Playa Fañabé Sociedad Anónima Ejercicio Depósito: 2011 Fundamentos de Derecho (defectos) 1. Se reitera la calificación anterior, por no haberse subsanado el defecto en ella expresado (art. 64.1 RRM). Se hace constar: Para practicar el depósito de las cuentas del ejercicio «2011» deberá previamente efectuarse el depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2010 (art. 378 RRM y RDGRN de 21 de noviembre de 2011) 2.–Del registro resulta que el Auditor que expide el Informe «González Herrera Auditores, SLP», no coincide con el nombrado por este Registro Mercantil, «Jab System Auditores, SL» bajo expediente número 8/2012, instando por socio minoritario (arts. 94.1.42, 204 y 205 del RRM).–3.— Se advierte (...) Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15º R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro. En relación con la presenta calificación: (...) Santa Cruz de Tenerife, a 28 de Abril de 2016 (firma ilegible) El registrador».

La nota de calificación fue notificada mediante correo certificado recibido el día 23 de mayo de 2016.

III

Contra la anterior nota de calificación, don R. U. J., en calidad de administrador solidario de la mercantil «Urbanización Playa Fañabé, S.A.», interpuso recurso, en virtud de escrito de fecha 16 de junio de 2016, presentado en el Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife el día 22 de junio de 2016, y en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Respecto al defecto referido en el punto 1, está en íntima relación con el defecto contenido en el punto 2, ya que la falta de depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2010, es por el mismo defecto que las del 2011, que se nombró por el Registro Mercantil un auditor, existiendo ya auditor nombrado voluntariamente por la sociedad para dicho ejercicio, los cuales han elaborado su informe, ha sido aportado tanto al expediente, como al depositar las cuentas anuales de dicho ejercicio y, lo que es más importante, ha sido, como en este caso, entregado al socio, por lo que teniéndose por depositadas las cuentas anuales de 2010, deberán, igualmente tenerse por depositadas las de 2011, quedando subsanado así el defecto referido. Respecto al defecto señalado en el punto 2, alega que las cuentas presentadas está auditadas y ha procedido a aportar al Registro Mercantil las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2011 y el informe de auditoría de dichas cuentas anuales; que el derecho del socio que solicita la auditoría no es que ésta sea elaborado por un auditor nombrado por el Registro Mercantil, pues es doctrina jurisprudencial consolidada que el origen del nombramiento es indiferente, sino que exista una auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio que el socio ha solicitado se audite, elaborada por un auditor colegiado. Invoca la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado 25 de junio de 2015, que ha mantenido 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 y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social. Como excepción a esta regla general, este Centro Directivo 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», criterio sancionado por la doctrina el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de marzo de 2007, y el caso que nos ocupa encaja en la excepción, puesto que existe un profesional independiente que ha realizado su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora. Señala que en este caso el nombramiento del auditor se efectúa por la sociedad mucho antes que la solicitud del socio minoritario, puesto que se hizo en el 2008, y se prorrogó tácitamente el contrato en la junta general de 29 de diciembre de 2011 dado que a la finalización del período de contratación inicial ni el auditor de cuentas ni la entidad auditada manifestaron su voluntad en contrario, y la sociedad ha puesto a disposición y entregado al accionista solicitante de la auditoría los informes de auditoría correspondientes a los ejercicios 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014, según copia del recibí firmado por el representante legal de dicho accionista. Alega doctrina consolidada de la Dirección General de los Registros y del Notariado en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores (Resoluciones de 17, 24 y 26 de abril y 6 y 18 de mayo de 1991 y 24 de junio de 1992, etc.), estimándose indiferente el origen de la designación (juez, registrador, órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que «dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad» (Resoluciones de 3 de septiembre y 15 de octubre de 1991) y «ajustada a la legislación sobre auditoría de cuentas y a los artículos

208 y 209 LSA» (Resoluciones de 4 y 11 de septiembre de 1991), ya que la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio, sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad (Resolución del 29 de junio de 1992). Alega que en el expediente número 8/2012 -el instado por el accionista minoritario y que concluyó con el nombramiento del auditor inscrito en el Registro Mercantil- la sociedad, tres días antes de presentar a su depósito las cuentas, presentó escrito en el cual solicitaba enervar el nombramiento de auditor por el Registro Mercantil justificando y fundamentando la petición en los documentos que se presentaron en el escrito referido, solicitando, además la incorporación del informe de auditoría al expediente, a fin de cumplir con lo que este propio Centro Directivo afirma; que dicho se encuentra cerrado y que de acuerdo con el artículo 361 del Reglamento del Registro Mercantil auditor nombrado por el Registro Mercantil no va a emitir informe alguno. Señala dicho precepto que «emitido el informe, el auditor entregará el original a la sociedad auditada. Si el auditor no pudiese realizar la auditoría por causas no imputables al propio auditor, emitirá informe con opinión denegada por limitación absoluta en el alcance de sus trabajos y entregará el original al solicitante remitiendo copia a la sociedad. En ambos casos comunicará tal entrega al Registrador Mercantil que lo hubiere nombrado, quien lo hará constar en el expediente, que cerrará en ese momento mediante la correspondiente diligencia. Esta circunstancia se consignará asimismo al margen del asiento de nombramiento». Por lo que la negativa a hacer entrega al socio minoritario del informe de auditoría elaborado por el auditor nombrado por la sociedad, al no incorporar el mismo al expediente y el no admitir el depósito de las cuentas anuales 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. Invoca la Resolución por la que la Dirección General de los Registros y del Notariado resolvió el recurso en el expediente número 8/2012, interpuesto contra el nombramiento de auditor por el accionista minoritario. En dicha Resolución, el concreto y único motivo por el que se desestimó el recurso es que la sociedad representada no le había entregado el informe al accionista o no lo había incorporado al expediente, pero al fecha de depositar la cuentas anuales ya le había entregado el informe de auditoría al accionista, ya había presentado el informe de auditoría al expediente y procedió, además, a aportarlo junto con las cuentas anuales de 2014. En consecuencia, se constata: Primero.-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; Segundo.- Que dicho informe de auditoría se ha entregado al accionista que instó el nombramiento del auditor; Tercero.-Que el informe de auditoría se ha presentado para su incorporación al expediente del nombramiento; Cuarto.-Que el informe de auditoría se ha presentado para su depósito junto con las cuentas anuales del ejercicio; Quinto.-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 realizado por los administradores (Resoluciones de 17, 24 y 26 de abril, 6 y 18 de mayo de 1991, 24 de junio de 1992, etc.), estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, órganos sociales)»; Sexto.-Que el Tribunal Supremo ha venido señalando que la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio, sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad (Resolución del 29 de junio de 1992); Séptimo.-Que el Tribunal Supremo ha venido señalando que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos (artículo 7.2 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 de la 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 Octavo.—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 esta. Invoca también la doctrina sostenida en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el expediente cuando establece: «Es cierto que la solicitud de inscripción de la auditoría ha sido posterior a la presentación de la instancia como resulta del escrito de oposición y del escrito de recurso pero si tenemos en cuenta: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la realización de la inscripción de nombramiento anterior del auditor nombrado por la sociedad; b) que no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho del solicitante, circunstancia que en cualquier caso debe ser objeto de pretensión ante los tribunales de Justicia; c) que resulta innecesario y económicamente injustificable el nombramiento de un auditor para llevar a cabo el mismo cometido que el realizado por un profesional cuyo ejercicio se rige por los principios de independencia, objetividad e imparcialidad; d) que cualquier desviación de la anterior conducta debe ser puesta en conocimiento de la administración competente por el interesado para que adopte las medidas previstas en el ordenamiento; e) que como ha puesto de relieve esta Dirección General (vid. Resoluciones de 11 de marzo y 30 de julio de 2014), la objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. f) que resulta en definitiva que, satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado. Si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga». 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 2011 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 2011 en el Registro Mercantil.

IV

En el expediente incoado con motivo de la solicitud de nombramiento de auditor por el socio minoritario (expediente 8/2012) ya se había presentado recurso ante la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, oponiéndose al nombramiento de auditor por el registrador Mercantil, y fue resuelto por este Centro Directivo mediante Resolución de 24 de enero de 2013 favorable al nombramiento solicitado por el socio minoritario.

V

La registradora emitió informe el día 23 de junio de 2016, ratificándose en su negativa a practicar el depósito de las cuentas, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18, 20, 40 y 41 del Código de Comercio; 264, 265.2, 270 y 279 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 7, 8, 9, 10 y 350 y siguientes, en particular 366.1.5.º y 378.1 y.4 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil; 38 y 326 de la Ley Hipotecaria, y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de septiembre de 1991, 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, 20 de enero y 15 de noviembre de 2011, 17 de enero y 12 de noviembre de 2012, 21 de junio de 2013, 30 de julio de 2014, 27 de abril, 7 y 13 de mayo, 3 de junio, 19 de octubre y 15 de noviembre de 2015 y 11 de julio de 2016.

1. De los dos defectos invocados en la nota de calificación sólo es objeto de debate el segundo, puesto que el recurrente admite que para depositar las cuentas de un ejercicio social es obligatorio tener efectuado el de los ejercicios anteriores; sin perjuicio de poner de manifiesto que también se interpondrá recurso contra la denegación del depósito de las cuentas del ejercicio anterior, que es el que impide el actual y además es el mismo defecto objeto de debate en éste.

2. Respecto al segundo defecto, vuelve a plantearse la cuestión de si es posible llevar a cabo el depósito de cuentas de una sociedad respecto de la que un socio minoritario ha ejercido su derecho a que el registrador Mercantil designe auditor para la verificación de las cuentas anuales cuando, nombrado e inscrito, no se acompaña informe de auditoría llevado a cabo por dicho auditor sino que se pretende aportar otro realizado por auditor nombrado por la propia sociedad.

3. Alega el recurrente la doctrina de este Centro Directivo relativa a considerar que el derecho del accionista 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; estimándose indiferente el origen de la designación (juez, registrador, órganos sociales), ya que la finalidad del artículo no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad. Pero como el propio recurrente reconoce 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.

4. Entiende el recurrente que las dos condiciones se cumplen ya que había un auditor designado voluntariamente por la sociedad el 26 de junio de 2008 y tácitamente prorrogado por un plazo de tres años, en junta general de la entidad celebrada el día 29 de diciembre de 2011 dado que, a la finalización del período de contratación inicial ni el auditor de cuentas ni la entidad auditada manifestaron su voluntad en contrario. Pero esta alegación del recurrente no puede tenerse en cuenta, ya que procedimentalmente el momento para discutir tal nombramiento y poder enervar así la designación del auditor por el registrador Mercantil no es éste, sino en el expediente incoado con motivo de tal solicitud. Y en este caso resulta además que en el expediente incoado con motivo de la solicitud por el socio

minoritario (expediente 8/2012) esta alegación ya fue objeto de discusión y resuelta por este Centro Directivo mediante Resolución de 24 de enero de 2013 favorable al nombramiento solicitado por el socio minoritario. Por este motivo tampoco puede ser apreciada la remisión a la doctrina relativa a la enervación del nombramiento de auditor a instancia de la minoría por existencia de un previo nombramiento voluntario por parte de la sociedad, circunstancia que no es la que ahora se discute, puesto que ya se resolvió en el expediente relacionado.

5. Establecido lo anterior es evidente 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).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, confirmando íntegramente la nota de calificación de la registradora.

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, 15 de septiembre de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.