

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

14159 *Resolución de 26 de septiembre 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 VII de Valencia, por la que se rechaza el depósito de cuentas de una sociedad correspondiente al ejercicio 2014.*

En el recurso interpuesto por don M. V. R., abogado, en nombre y representación de la sociedad «Conex Levante, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil VII de Valencia, don Miguel María Molina Castiella, por la que se rechaza el depósito de cuentas de la sociedad correspondiente al ejercicio 2014.

Hechos

I

Se solicitó del Registro Mercantil de Valencia la práctica del depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio 2014 con presentación de la documentación correspondiente. Entre dicha documentación se encontraba el informe de verificación de cuentas llevado a cabo por la firma «Iberaudit Kreston FRP, S.L.».

De la hoja particular de registro de la sociedad constaba la inscripción 7.^a conforme a la que, como consecuencia de solicitud llevada a cabo por socio minoritario, resultaba nombrado auditor para la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2014 don J. J. L. S.

II

Tras sucesivas presentaciones, la referida documentación fue objeto de la siguiente nota de calificación en el Registro Mercantil de Valencia:

«Miguel María Molina Castiella, Registrador Mercantil de Valencia, previo el siguiente 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: 39/64088.

Fecha de presentación: 22/11/2017.

N.º de entrada: 2/2018/505503,0.

Sociedad: Conex Levante Sociedad Limitada.

Ejerc. depósito: 2014.

Hoja: V-114518.

Fundamentos de Derecho (defectos).

– Se reitera el primer defecto de las notas anteriores: No se aporta el informe de verificación del auditor D. J. J. L. S. con número de ROAC (...) nombrado por el Registro a instancia de socio minoritario por lo que de conformidad con las resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado 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. (RDGRN de 15 de septiembre de 2016 y concordantes, artículo 366 del Reglamento del Registro Mercantil y 265.2 y 279 de La ley de Sociedades de Capital). Es de advertir que el informe de Auditoría, deberá estar a disposición de los socios en la fecha exigida por el artículo art.

272 de la Ley de Sociedades de Capital, RD 1/2010 de 2 de Julio. Defecto de carácter denegatorio. Es de advertir: Que una vez instalada la última versión del programa D2, la subsanación del envío telemático completo deberá hacerse en un nuevo envío subsanatorio, en el que se tendrá que indicar el número de entrada subsanado (que consta en esta misma notificación). Y se deberán incorporar al nuevo envío subsanatorio todos los documentos que forman parte del depósito y no solo los modificados (...)

En relación con la presente calificación: (...)

Valencia, a veintidós de mayo de dos mil dieciocho».

III

Contra la anterior nota de calificación, don M. V. R., abogado, en nombre y representación de la sociedad «Conex Levante, S.L.», interpuso recurso el día 29 de junio de 2018 en virtud de escrito en el que alegó lo siguiente:

Primero. Que tal y como consta a la Dirección General de los Registros y del Notariado, a la petición inicial de nombramiento de auditor por la minoría se opuso la sociedad interponiendo recurso en el que alegaba que no estaba obligada a verificar sus cuentas, y que, no obstante, se había designado por el órgano de administración auditor y que dicha designación había sido previa; Que la Dirección General de los Registros y del Notariado estimó el recurso pero señalando, de acuerdo a su doctrina, que sólo se cumpliría el deber jurídico si se acreditaba haber puesto a disposición de los socios el informe de verificación al tiempo de la convocatoria para la aprobación de cuentas; Que el Registro Mercantil de Valencia dio un plazo hasta el día c30 de junio de 2015 para la celebración de la junta sin tener en cuenta el artículo 164.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y Que, su representada, procedió a proporcionar un ejemplar del informe de verificación a cada uno de los socios minoritarios, por lo que las cuentas del ejercicio 2014 cumplen con todos los requisitos legales.

Segundo. Que constan acreditados en el expediente que la sociedad convocó a sus socios a junta general compareciendo la totalidad de ellos, que en la convocatoria se hizo expresa mención del derecho de los socios a solicitar un ejemplar del informe de auditoría, y que así ocurrió, como consta en la documentación que acompaña a las cuentas anuales, y Que, resultando la concurrencia de todos los requisitos para la práctica del depósito, debe procederse al mismo.

IV

El registrador Mercantil sustituto VII de Valencia, don José Luis Gómez-Fabra Gómez, emitió informe el día 20 de julio de 2018, ratificándose en la 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, 15 de junio, 14 de septiembre y 20 de noviembre de 2017 y 23 de abril y 21 de mayo de 2018.

1. El objeto de este expediente consiste en determinar si instado en su día por un socio minoritario la designación de auditor para la verificación de las cuentas anuales de

la sociedad, que dio lugar a su nombramiento y a la oportuna inscripción en el folio de la sociedad, procede ahora el depósito de cuentas del mismo ejercicio cuando el informe de verificación que las acompaña está firmado por auditor distinto al designado en su día por el registrador y que consta en la inscripción.

Ante la negativa del registrador a realizar el depósito, la sociedad recurrente alega, en síntesis (*vid.* «hechos»), que la sociedad recurrió en su día la resolución del registrador de que procedía la designación de auditor a instancia de la minoría y que llevó a cabo, de acuerdo a las instrucciones de esta Dirección General, la puesta a disposición del informe de verificación realizado por el auditor voluntario al tiempo de la convocatoria de la junta que había de aprobar las cuentas. En definitiva, que se cumplen todos los requisitos para que se lleve a cabo el depósito de las cuentas anuales por lo que procede la revocación de la resolución del registrador.

Es importante para la correcta comprensión del contenido de la presente ordenar los hechos de la forma que consta a continuación, especialmente porque no coinciden con el relato que de los mismos lleva a cabo la parte recurrente:

a) El día 6 de marzo de 2015 un socio minoritario ejerce el derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital solicitando del Registro Mercantil de Valencia la designación de un auditor para la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2014. La sociedad se opone alegando existir un previo nombramiento voluntario llevado a cabo por el órgano de administración de la sociedad.

b) El registrador Mercantil desestima la oposición por resolución de 28 de mayo de 2015 en base a la falta de fehaciencia de la fecha de designación del auditor voluntario y a la falta de acción de garantía por la sociedad en beneficio del solicitante de que se pondrá a su disposición el informe de auditoría que se lleve a cabo, de conformidad con la reiterada doctrina de este Centro Directivo.

c) Interpuesto recurso por la sociedad, esta Dirección General dictó su Resolución de 24 de septiembre de 2015 por la que, estimando que la fecha de designación del auditor voluntario no precisaba de una especial acreditación de fehaciencia, desestimó el recurso porque la sociedad ni había inscrito la designación de auditor voluntario, ni había acreditado en el expediente la entrega del informe de la auditoría realizada al socio solicitante ni había hecho entrega, para su incorporación, del informe realizado a esta Dirección General. En suma, porque de acuerdo a la muy reiterada doctrina al respecto, no procedía la enervación del ejercicio del derecho individual del socio al no garantizarse en modo alguno la satisfacción del interés protegible.

Desestimado el recurso, el registrador Mercantil de Valencia procedió a la designación de auditor y a su inscripción en la hoja de la sociedad (artículo 358.2 del Reglamento del Registro Mercantil).

d) Ahora, la sociedad presenta a depósito las cuentas de dicho ejercicio acompañadas del informe de verificación llevado a cabo por el auditor voluntario que en su día designó el órgano de administración y no por el auditor en su día designado por el registrador mercantil que consta en la oportuna inscripción de la sociedad.

2. La cuestión planteada, y que constituye el asunto de fondo, ha sido objeto de tratamiento 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, 22 de julio y 15 de septiembre de 2016 y 23 de abril y 21 de mayo de 2018). 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. El escrito de recurso trae de nuevo a colación las vicisitudes que dieron lugar a la Resolución en materia de auditores de esta Dirección General de fecha 24 de septiembre de 2015.

La pretensión no puede ser aceptada en primer lugar porque las cuestiones relativas a la procedencia o improcedencia de que el registrador Mercantil llevase a cabo la designación de auditor a instancia de un socio 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 citada 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 por esta Dirección General.

En segundo lugar porque lejos de ser estimatorio el contenido de dicha Resolución, como afirma el escrito de recurso, se desestimó por esta Dirección General dando lugar al oportuno nombramiento de auditor y a su inscripción en la hoja de la sociedad, inscripción que se encuentra bajo la salvaguarda judicial de conformidad con el artículo 20 del Código de Comercio.

La sociedad tergiversa el contenido de la Resolución de 24 de septiembre de 2015 afirmando que ha dado cumplimiento a sus previsiones al haber hecho constar en la convocatoria de la junta convocada el derecho de los socios a solicitar el informe de verificación y al haber, efectivamente, entregado dicho informe. Incansablemente esta Dirección General ha afirmado (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, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo y 17 de junio de 2014, 14 de mayo y 27 de julio de 2015 y 4 de julio de 2016 y 8 de mayo de 2017, entre otras muchas), que la solicitud por socio minoritario de verificación de cuentas sólo puede enervarse por la sociedad cuando, acreditado el nombramiento de auditor voluntario anterior, se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. Si dicha garantía no se acredita durante la sustanciación del procedimiento recae resolución desestimatoria y se procede a la designación de auditor por el registrador Mercantil, designación que prevalece.

Nada de esto ha ocurrido y no queda salvado, como pretende el recurrente, porque el informe de verificación llevado a cabo por auditor distinto al que consta en la inscripción se haya puesto a disposición de los socios al tiempo de la convocatoria de la junta que aprobó las cuentas anuales. Como afirmó la reciente Resolución de este Centro Directivo de 23 de abril de 2018, ante la Resolución de esta Dirección General por la que se desestimó su recurso y se confirmó la resolución del registrador Mercantil de que procedía la designación de auditor a instancia del socio que inició el procedimiento, la sociedad, con claro desprecio de su contenido, no actuó en consecuencia prescindiendo de su efectividad y ejecutividad (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 imponer a la situación de derecho que de aquella resultó y que accedió al Registro

Mercantil (cuyo contenido, como queda dicho, 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.

Como igualmente afirmó dicha Resolución, tampoco el hecho de que el informe de verificación llevado a cabo por auditor distinto al designado por el registrador haya sido entregado a los socios, permite salvar la situación. El socio minoritario en su día expresó el contenido de su interés en la solicitud de designación de auditor por el registrador Mercantil por lo que, una vez reconocida por esta Dirección General la pertinencia de atender a dicho interés no puede pretender la sociedad decidir al respecto. Es el socio a quien se reconoció el interés expresado el único 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, 26 de septiembre de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.