

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

- 1813** *Resolución de 30 de enero de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra las notas de calificación extendidas por el registrador mercantil y de bienes muebles XIII de Madrid, por las que se rechaza el depósito de cuentas correspondientes a los ejercicios 2011 y 2012.*

En el recurso interpuesto por don D. P. M. M., en nombre y representación y en su calidad de administrador único de la compañía «Lou Gesacción, S.L.», contra las notas de calificación extendidas por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles XIII de Madrid, don José María Méndez-Castrillón Fontanilla, por las que se rechaza el depósito de cuentas correspondientes a los ejercicios 2011 y 2012.

Hechos**I**

Se solicita del Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Madrid la práctica del depósito de las cuentas correspondientes a los ejercicios cerrados los días 31 de diciembre de 2011 y 2012 respectivamente, con presentación de la documentación correspondiente.

II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil de Madrid fue rechazado el depósito en ambos casos. Nuevamente presentada la documentación, fue objeto de las siguientes notas de calificación: «Depósitos de cuentas. Previo examen y calificación del documento precedente y de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, se resuelve no practicar el depósito de cuentas por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica: Lou Gesaccion SL Presentación: 916.116,0/2013 Asiento: 76.905/31 Fecha: 08/10/2013 Ejercicio: 2011 - Se reitera el defecto anterior (RDGRN 21/11/11): Debe aportarse un ejemplar del informe de gestión (Art.262 LSC, 279 LSC y 366 RRM) documento original, y firmado por el certificante. – La hoja de esta sociedad permanecerá temporalmente cerrada hasta que se encuentren depositadas las cuentas anuales. (Art. 378 RRM y RDGRN, entre otras, de 26 de mayo 2009 y 25 de marzo 2011) (...) Sin perjuicio del derecho a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener el depósito de las cuentas el interesado podrá (...) Madrid, a 11 de octubre de 2013 El registrador».

En cuanto a la solicitud de depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio 2012 fueron igualmente calificadas de forma negativa en términos coincidentes con las de 2011 y con la siguiente transcripción respecto a los particulares relevantes: «(...) Ejercicio 2012 - Se reitera el defecto anterior (RDGRN 21/11/11): Debe aportarse un ejemplar del informe de gestión (Art.262 LSC, 279 LSC y 366 RRM) documento original, y firmado por el certificante. No puede efectuarse el depósito por encontrarse la hoja de esta sociedad cerrada temporalmente, hasta tanto no se depositen las cuentas del ejercicio anterior (Art. 378 RRM Y RDGRN de 26 de mayo 2009 y 25 de marzo 2011 entre otras) (...) Madrid, a 11 de octubre de 2013 El registrador».

III

Contra las anteriores notas de calificación, don D. P. M. M., en nombre y representación y en su calidad de administrador único de la compañía «Lou Gesacción, S.L.», interpuso recurso en virtud de escrito, de fecha 7 de noviembre de 2013, en el que alegó, resumidamente, lo siguiente: Que la única cuestión que impide el depósito de las cuentas es la ausencia del informe de gestión debiendo tenerse en cuenta que el supuesto de hecho de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de noviembre de 2011 citada en las notas de calificación es anterior en parte a la entrada en vigor de la reforma llevada a cabo por la Ley 25/2011. Establecido lo anterior, es preciso tener en cuenta: Primero, que frente a la obligación legal de los administradores de elaborar un informe de gestión (artículo 253 de la Ley de Sociedades de Capital), el artículo 262.3 excluye a aquellas sociedades que formulen balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados de lo que se deduce que si bien las cuentas son de obligada formulación no así el informe de gestión, pues su obligatoriedad se limita a las sociedades que no puedan formular balance y estado de cambios abreviados y sin perjuicio de su elaboración voluntaria; Segundo, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 25/2011, el artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital introduce el importante matiz de que «los administradores presentarán también, si fuera obligatorio, el informe de gestión y el informe de auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría...». De la literalidad de la Ley resulta que la presentación de informe de gestión sólo es preceptiva si su elaboración es obligatoria de conformidad con los artículos 253 y 262.3 de la Ley de Sociedades de Capital; Tercero, que el artículo 366 del Reglamento del Registro Mercantil recoge una exigencia indiscriminada de presentación del informe de gestión que no puede interpretarse de forma contraria a los preceptos legales que se han citado; Cuarto, que el informe de auditoría no implica una revisión del informe de gestión, como resulta del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, al tratarse de un documento que no integra las cuentas anuales, lo que explica que ninguno de los dos auditores designados solicitara en ningún momento el informe de gestión para llevar a cabo su labor. Además, como resulta del artículo 268 de la Ley de Sociedades de Capital y de la normativa sobre Auditoría de Cuentas, los auditores no auditan el informe de gestión, por lo que su no existencia no impide la emisión del informe de auditoría. De aquí que el mero nombramiento de auditor no implica existencia de informe de gestión; Quinto, que de todo lo anterior cabe concluir: Sólo el carácter abreviado o no de las cuentas determina la obligación de elaborar informe de gestión; sólo cuando es obligatoria su elaboración procede su presentación a depósito; no existe precepto alguno que exija la elaboración de informe de gestión por el mero hecho de que exista obligación de auditar o se nombre auditor; y, tampoco existe precepto alguno que exija la presentación de informe de gestión cuando exista informe de auditor nombrado a instancia de la minoría; Sexto, que el artículo 272.2 de la Ley de Sociedades de Capital regula el derecho del socio a solicitar, en su caso, el informe de gestión y el informe de auditoría por lo que no existirá tal derecho cuando no sean obligatorios. Más en concreto, el derecho de información de los socios no se ve perjudicado cuando no exista informe de gestión; Séptimo, que las sucesivas modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital han tenido por objeto la reducción de costes y de carga burocrática para las sociedades, por lo que exigir la presentación del informe de gestión cuando no existe obligación de elaborarlo es contrario a dicha finalidad; y, Octavo, que las consecuencias prácticas para sociedades pequeñas no obligadas a verificación contable cuando existe nombramiento a instancia de la minoría son excesivas al exigir repetir todo el proceso.

IV

El registrador emitió informe el día 14 de noviembre de 2013, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 253, 254, 257, 262, 263, 265, 268, 272 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital; 1.15 de Ley 25/2011, de 1 de agosto; 49 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; 171, 175, 202, 203, 205, 208 y 218 de la Ley de Sociedades Anónimas; 366 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de diciembre de 2007, 25 de mayo de 2009 y 21 de noviembre de 2011.

1. Son objeto de recurso dos calificaciones distintas pero de contenido esencialmente idéntico relativas al depósito de cuentas de una sociedad. Es doctrina de este Centro Directivo que al tratarse del mismo recurrente y existir práctica igualdad de los supuestos de hecho y contenido de las notas de calificación, pueden ser objeto de acumulación y objeto de una sola Resolución (vid. Resolución de 20 de enero de 2012).

En concreto se discute si en una sociedad no obligada a verificación contable pero respecto de la que existen nombrados auditores para los ejercicios presentados a depósito, por así haberlo solicitado la minoría, es exigible para llevarlo a cabo la presentación del informe de gestión respecto a cada uno de ellos.

2. Tiene razón el registrador Mercantil de Madrid cuando fundamenta su decisión en la doctrina de este Centro Directivo (contundentemente expresada en la Resolución de 21 de noviembre de 2011), que tiene declarado que en aquellos supuestos en que existe obligación de verificar las cuentas anuales es igualmente obligado presentar el informe de gestión y que dicha obligación concurre cuando la obligación de verificar se produce como consecuencia de la solicitud llevada a cabo por un socio minoritario.

3. Existen sin embargo razones de peso que aconsejan revisar esta doctrina motivada por una confusa redacción de los preceptos legales aplicables y por una indebida aplicación de las consecuencias jurídicas que de los mismos se derivan.

La Ley de Sociedades Anónimas, antecedente inmediato de la regulación actual, estableció la obligación de los administradores de formular las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado en su artículo 171. Por su parte el artículo 203 estableció que: «1. Las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser revisados por auditores de cuentas. 2. Se exceptúa de esta obligación a las sociedades que puedan presentar balance abreviado». Por su parte el artículo 175 estableció los supuestos en que las sociedades podían formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados.

La identificación entre obligación de formular cuentas y elaborar informe de gestión, en la obligación de someter a revisión ambos cuerpos documentales así como en los supuestos de exención, derivó en la afirmación de que ambos tipos de obligaciones estaban sujetos a un idéntico régimen jurídico. Esta asimilación aparente venía reforzada por otros preceptos como eran el que establecía el contenido de la auditoría a llevar a cabo (artículo 208), el que determinaba los documentos a depositar en el Registro Mercantil (artículo 218) y sobre todo por el artículo 202.3 que establecía que: «Las sociedades que formulen balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados no estarán obligadas a elaborar el informe de gestión», que venía a confirmar la identidad de régimen jurídico.

En definitiva, del conjunto de normas aplicables resultaba que las sociedades que podían formular balance abreviado estaban exentas de la obligación de auditar y de la obligación de elaborar informe de gestión. A contrario se llegó a la conclusión que las sociedades obligadas a auditar bien porque no podían formular balance abreviado bien

porque existía nombramiento de auditor a instancia de la minoría, estaban igualmente obligadas a elaborar el informe de gestión y a someterlo a revisión por los auditores.

Sin embargo sólo la primera afirmación era cierta como resulta de la lectura atenta de los preceptos legales, que vinculaban la obligación de elaborar informe de gestión a la imposibilidad de formular balance abreviado y no a la obligación de verificar las cuentas. O dicho de otro modo, de la regulación legal resultaba que la sociedad obligada a verificación contable por no reunir los requisitos de exención del artículo 175, (artículo 203), estaba igualmente obligada a elaborar informe de gestión por la misma causa (artículo 202.3) y a someterlo a revisión por los auditores (artículo 203). Sin embargo, la sociedad que elaboraba balance abreviado no estaba obligada a elaborar informe de gestión (artículo 202.3) sin perjuicio de la obligación de someter sus cuentas a verificación contable por exigencia de la minoría (artículo 205.2 de la propia Ley de Anónimas).

4. La conclusión a que debía haber llevado el análisis de la regulación legal es que no siempre que existía obligación de verificar cuentas existía correlativa obligación de elaborar informe de gestión. Así lo reconoció este Centro Directivo en el supuesto de que la obligación de auditar derivase del nombramiento voluntario de auditor por la propia sociedad en situación de formular balance abreviado. Con no excesiva precisión afirma la Resolución de 14 de diciembre de 2007: «Las sociedades como la que nos ocupa, no obligadas a verificación contable, están expresamente excluidas por el artículo 203.2 y 3 de la Ley de Sociedades Anónimas de la obligación de elaborar el informe de gestión. Es cierto que el artículo 366.1.4.º del Reglamento del Registro Mercantil exige entre la documentación a presentar un ejemplar del informe de gestión para que los Registradores tengan por efectuado el depósito, más no cabe otra interpretación que entender se refiere exclusivamente a las sociedades que está obligadas a elaborar dicho informe, es decir, las obligadas a verificación contables, pues lo contrario significaría que una norma de rango inferior, aprobada por Real Decreto, estaría contrariando una Ley y, en consecuencia, el principio de legalidad. Nada significa ni añade a este respecto, como la sociedad entiende, la circunstancia de que tenga designado e inscrito auditor en el Registro Mercantil con carácter voluntario para la verificación de sus cuentas anuales».

Acertando en el fondo la Resolución partía de una afirmación insostenible: que es la obligación de verificar cuentas la que determina la obligación de elaborar informe de gestión cuando, como se ha reiterado, era la posibilidad o no de elaborar balance abreviado la que condicionaba dicha circunstancia.

No es de extrañar por tanto que se produjese un salto lógico que llevó a afirmar que cuando la sociedad estaba obligada a auditar por haberlo exigido la minoría se debía elaborar informe de gestión y someterlo a revisión aun cuando la sociedad pudiera formular balance abreviado en flagrante contradicción con el artículo 202.3 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Expresión de este razonamiento es el argumento contenido en la Resolución de 25 de mayo de 2009: «Igual rechazo merece la alegación relativa al defecto segundo -la obligación de emitir informe de gestión y que sea verificado por el auditor-... porque la obligación de presentarlo solo surge una vez nacida la obligación de auditar, y ello, porque... los preceptos invocados en dicho fundamento (cfr. artículos 208 y 218 de la Ley de Sociedades Anónimas y 366.1.4.º del Reglamento del Registro Mercantil) son tajantes exigiendo un ejemplar del informe de gestión comprobado por el auditor de cuentas también cuando la auditoría se haya practicado a petición de la minoría».

La Resolución consagró así, indebidamente, la vinculación entre la obligación de verificar con la de elaborar el informe de gestión. La identificación carecía de apoyo legal pues siendo cierto que existiendo obligación de elaborar informe de gestión el mismo debía ser objeto de revisión (artículo 208) y de depósito (artículo 218), cuando no existía obligación de elaborarlo por concurrir los requisitos legales (artículo 175 en relación al 202.3), ni podía ser objeto de revisión ni de depósito en el Registro Mercantil. Aunque del conjunto de la normativa aplicable se podía llegar sin dificultad a esta conclusión (vid. artículo 205.2, así como los anteriormente citados), lo cierto es que la doctrina errónea se asentó y se trasladó al posterior periodo de vigencia de la Ley de Sociedades de Capital.

5. El Texto Refundido mejoró sensiblemente la redacción de los preceptos que habían conducido a la doctrina expuesta especialmente en los artículos 263 y 268 de la Ley de Sociedades de Capital al introducir la previsión de que el informe de gestión sólo sería revisable por el auditor de cuentas para determinar su concordancia con las cuentas anuales «en su caso», reconociendo implícitamente el hecho de que la obligación de auditar cuentas no tiene porqué comprender en cualquier caso la obligación de elaborar informe de gestión. Por su parte el artículo 279.1 establece que: «...Los administradores presentarán también, si fuera obligatorio, el informe de gestión y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría». Del precepto resulta con claridad que el informe de gestión sólo deberá ser presentado a depósito cuando fuere obligatorio lo que, de acuerdo con la dicción del artículo 262.3 (equivalente al artículo 202.3 de la Ley de Anónimas) sólo resulta para las sociedades que no pueden elaborar balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados.

Este Centro Directivo no obstante reiteró la doctrina elaborada por la Resolución de 2009 sin percatarse no ya del distinto alcance y consecuencias de las obligaciones de verificar y elaborar el informe de gestión sino de los cambios legales que se habían operado en contra de dicha asimilación. La Resolución de 21 de noviembre de 2011 afirma: «...la obligación de la sociedad de presentar el informe de gestión surge desde que nace para la sociedad la obligación de auditar sus cuentas, bien por haber alcanzado durante dos años consecutivos dos de los límites señalados en el artículo 257 de la Ley de Sociedades de Capital, bien por haber solicitado la auditoría de cuentas del último ejercicio vencido los socios minoritarios, al amparo del derecho que les reconoce el artículo 265.2 de la precitada Ley». Y añade a continuación: «Así resulta del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital que dispone, de manera taxativa, que “los administradores presentarán también, si fuera obligatorio, el informe de gestión y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría”».

Sin embargo y como ha quedado acreditado esta doctrina debe ser objeto de revisión porque la Ley vincula la obligación de elaborar el informe de gestión a la imposibilidad de formular cuentas y estado de patrimonio abreviados y no a la obligación de verificar cuentas. Por este motivo el artículo 279 debe interpretarse de forma distinta a como lo hace la Resolución de 2011 pues la condicionalidad a que hace referencia («si fuera obligatorio»), se refiere exclusivamente al informe de gestión ya que en aquellos supuestos en que no existe obligación de elaborarlo puede existir, como obligación distinta, la de auditar las cuentas si así lo ha exigido la minoría. La dicción del artículo 262.3 así lo impone junto con el resto de preceptos estudiados.

6. Si las anteriores consideraciones deben prevalecer en el supuesto de hecho que ha dado lugar a la presente, cuentas formuladas para los ejercicios 2011 y 2012 bajo el imperio 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 y de su modificación llevada a cabo por la Ley 25/2011, de 1 de agosto (entrada en vigor 2 de octubre del mismo año), resultan incontestables de futuro para las cuentas que se formulen a la luz de la reforma que ha llevado a cabo la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (entrada en vigor 30 de septiembre de 2013), que en su artículo 49 ha dado nueva redacción al apartado primero del artículo 257 y al apartado segundo del artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital.

La nueva redacción distingue perfectamente los umbrales para que las sociedades puedan formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados (que se elevan sensiblemente facilitando así que más sociedades se acojan a esta forma simplificada de cumplir sus obligaciones contables, artículo 257.1), con los umbrales para que las sociedades se encuentren obligadas a verificar sus cuentas anuales (que se mantienen idénticos a los anteriores para formular cuentas abreviadas que indirectamente establecían los de la obligación de verificar, artículo 263.2). En consecuencia bajo la nueva regulación es incontestable que hay sociedades que pueden encontrarse en situación de obligación de verificación de sus cuentas por exceder de los mínimos legales pero que no

obstante pueden formular sus cuentas y estado de cambios en el patrimonio neto de forma abreviada por no alcanzar los nuevos límites del artículo 257.2. En este caso resulta igualmente incontestable que dichas sociedades, pese a estar obligadas a verificar sus cuentas no están obligadas a elaborar informe de gestión por concurrir la exención prevista en el artículo 262.3: «Las sociedades que formulen balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados no estarán obligadas a elaborar el informe de gestión».

En definitiva, siendo indudable que hay sociedades obligadas a verificar sus cuentas pero no a elaborar informe de gestión, lo es igualmente que el mero hecho de estar obligadas a verificación contable porque la minoría así lo ha exigido no les acarrea la obligación de elaborar informe de gestión sino exceden de los límites del nuevo artículo 257.2 de la Ley de Sociedades de Capital. En consecuencia sólo deberá ser objeto de presentación a depósito el informe de gestión en aquellos supuestos en que de acuerdo con el artículo 257.2 en relación con el 262.3 de la Ley sea legalmente exigible sin que la literalidad del artículo 366.1.4.^a del Reglamento del Registro Mercantil pueda constituir obstáculo que lo impida por aplicación elemental del principio de jerarquía (como ya advirtiera la Resolución de 14 de diciembre de 2007).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar las notas 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, 30 de enero de 2014.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.