

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8798 *Resolución de 4 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil de Madrid n.º XX a practicar el depósito de cuentas anuales de una sociedad relativas al ejercicio de 2018.*

En el recurso interpuesto por don A.A.M., en representación de la sociedad «Comercial Serrano Cano, S.A.» contra la negativa de la registradora mercantil de Madrid número XX, doña María Concepción Rodríguez Gil, a practicar el depósito de cuentas anuales de dicha sociedad relativas al ejercicio de 2018.

Hechos

I

El 29 de septiembre de 2019 se presentaron en el Registro Mercantil de Madrid, para su depósito, las cuentas anuales de la sociedad «Comercial Serrano Cano, S.A.», relativas al ejercicio de 2018, causando el asiento 253.508/37.

II

La documentación presentada fue objeto de calificación negativa que a continuación se transcribe únicamente respecto del único defecto impugnado:

«María Concepción Rodríguez Gil, registradora 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:

(...) - No podrá efectuarse el depósito de cuentas del ejercicio 2018 de esta sociedad, al haberse instado expediente de nombramiento de auditor por un socio minoritario de conformidad con el artículo 265.2 de la Ley de sociedades de capital, el cual se encuentra en tramitación (art. 11 y 58 RRM). No podrá efectuarse el depósito objeto de esta calificación en tanto no se proceda al nombramiento del auditor y se acompañe el informe con las cuentas, debidamente aprobado por la junta de socios (art. 366-1-5 y 378-4, RRM y RDGRN 11/02/09) (arts. 265 LEC; 366 y 378 RRM y RDGRN 30/09/08, 26/09/09, 6/11/13, 25/07/19, 15/06/17 y 5/10/17 entre otras).

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 2019. La Registradora.»

III

Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 10 de enero de 2020, don A.A.M., en representación de la sociedad «Comercial Serrano Cano, S.A.» interpuso recurso contra dicha calificación en que alega los siguientes motivos:

«(...) Primero.—Está pendiente de resolución a esta fecha el Recurso Extraordinario de Revisión que aportamos y en el que denunciamos la existencia de un error de hecho que se observa de la simple apreciación de los propios documentos existentes en el expediente 395/2019 y 161/2019, este último de la DGRN, consistente en que al

subsana la socio minoritario su petición, lo que hace no es precisamente subsanarla sino formalizar una nueva, presentando una y otra tales divergencias sustanciales que las hacen ser diferentes, por lo que al estar la última fuera del plazo que prevé el art. 359.1.2a del RRM, debe decaer la admisión solicitada,

El Informe 998/2013 de 16 de enero de 2014 del Consejo de Estado, circunscribe los errores de hecho (circunstancia 1a del art., 118.1 de la LRJPAC) resultantes de los propios documentos incorporados al expediente.

Quedan designados a efectos de prueba.

Segundo.—De estimarse el recurso, bien en vía administrativa, bien en vía judicial y revisarse la calificación y asiento producido respecto del nombramiento de auditor de la cuentas del año 2018 de la sociedad, de permanecer vigente la calificación contra la que nos alzamos ahora, inferiría a la sociedad un daño objetivo al imposibilitarle el inscribir los actos o acuerdos inscribibles, yendo tal criterio contra la compatibilidad que el propio art. 125.3 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre contempla, entre la interposición del recurso extraordinario de revisión y la posibilidad de solicitar la nulidad de actos administrativos y su derecho a que se sustancien y resuelvan.

Tercero.—Del texto de la clasificación de la que es objeto de este recurso, se colige que no consta la inscripción de nombramiento de auditor a la fecha en que se califica, pues claramente se indica: “el cual se encuentra (expediente) en tramitación. No podrá efectuarse el depósito objeto de esta clasificación en tanto no se proceda al nombramiento del auditor y se...”.

El art. 265.3 de la LSC, en materia de solicitud y nombramiento de auditores en las sociedades no obligadas a someter las cuentas anuales a verificación, remite al RRM.

El art. 359.2 del RRM, contempla como aplicable al nombramiento de auditores para sociedades no obligadas a verificación, el art., 358 del RRM, y éste en sus apartados 1 y 2, disocian dos fases formales: una, el nombramiento de auditor, y el apartado 2, la aceptación, al señalar que “aceptado el cargo, el nombramiento de auditor se inscribirá en el Libro de nombramiento de expertos... y además, en la hoja abierta a la sociedad extendiéndose las oportunas notas de referencia.”

Resulta claro que tan solo se produce la inscripción tanto en Libro de nombramientos como en la hoja abierta de la sociedad, cuando no solo se haya nombrado al auditor, sino también cuando haya efectuado la aceptación del cargo.

La doctrina de la DGRN sobre los efectos de la inscripción en el RM de las sociedades no obligadas a verificación contable por auditor, en clara concordancia con el art. 279.1 del RRM, exige la obligación de la inscripción del nombramiento una vez aceptado el cargo, pues claramente condiciona el depósito de las cuentas cuando esté inscrito el nombramiento y vayan acompañadas del oportuno informe de verificación. (RRDGRN de 3 de enero, 6 de junio, 22 de agosto de 2011; 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012; 25 de julio y 29.10.2013; 13 de mayo y 17 de junio de 2014 y 14 de mayo y 27 de julio de 2015, entre otras).

Si el art. 7 del RRM, en relación con el art., 20 del C. de c., preceptúan que los efectos de un asiento (inscripción) durarán mientras no se inscriba su declaración judicial de inexactitud o nulidad, en este caso, al no existir inscripción, no cabe que de lo inexistente se desprendan efectos que nieguen el depósito de las cuentas sociales del año 2018 de esta sociedad.»

IV

La registradora mercantil emitió informe y elevó el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado, con registro de entrada de 16 de enero de 2020. En dicho informe manifiesta que

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 y 20 del Código de Comercio; 253, 263, 265.2, 270, 272 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; 6 de la Ley 15/2015, de 2 julio, de la Jurisdicción Voluntaria; 354, 358, 359, 366.1.5.º 368 y 378 del Reglamento del Registro Mercantil; y 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, 4 de julio de 2008, 11 de febrero, 26 de junio y 6 de noviembre de 2009, 15 de noviembre de 2011, 12 de noviembre de 2012, 3 de diciembre de 2013, 18 de noviembre de 2015, 18 y 19 de enero de 2016, 15 de junio y 14 de septiembre de 2017, 28 de febrero y 27 de julio de 2018 y 20 de marzo de 2019; y las Resoluciones de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y fe Pública de 3 y 7 de febrero de 2020.

1. De los defectos que el registrador opone a la práctica del depósito de las cuentas anuales solicitado únicamente se impugna el que consiste en que no se aporta informe de auditoría de las mismas.

El recurrente alega que, al no haberse inscrito el nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad instado por un socio minoritario conforme al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, por haberse interpuesto recurso en dicho expediente, el cual se encuentra en tramitación, no cabe que de lo inexistente se desprenda la negativa al depósito de tales cuentas.

2. El motivo alegado en el escrito de recurso no puede ser estimado.

Según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. la de 28 de febrero de 2018, entre otras), reiterada por esta Dirección General de Seguridad Jurídica y fe Pública en Resoluciones de 3 y 7 de febrero de 2020, la reforma del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital no ha modificado los derechos reconocidos por la ley a los socios minoritarios a obtener un informe de auditoría, ni ha alterado el régimen de protección que, para ello, le ofrece el Registro.

Por ello, cuando en las sociedades no obligadas a verificación contable se hubiese solicitado por los socios minoritarios el nombramiento registral de un auditor de cuentas no puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales si no se presenta el correspondiente informe. De tal modo que, presentadas las cuentas a depósito cuando ya había sido solicitado respecto a dichas cuentas el nombramiento de auditor por socio minoritario y teniendo además conocimiento de ello la sociedad, si la junta general en que se aprobaron las cuentas se celebró con anterioridad al nombramiento del auditor designado por el registrador mercantil, dichas cuentas deberán aprobarse nuevamente para que su depósito pueda tenerse por efectuado.

3. Frente a tales consideraciones no pueden prevalecer las alegaciones del recurrente.

Es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado (vid. Resoluciones de 28 de febrero de 2018 y 20 de marzo de 2019), que ante una situación de indeterminación sobre el estado del Registro cuando se solicita una designación de auditor, el registrador mercantil debe esperar a que la misma adquiera firmeza. Hasta ese momento no se podrá determinar la situación registral y, en consecuencia, la procedencia o no de proceder a la designación de un auditor a instancia de la minoría con las consecuencias que de ello se derivan en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 272 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital). En los supuestos normales, pendiente la decisión del registrador sobre la procedencia de designación de un auditor a instancia de la minoría habrá que esperar a que se finalice el oportuno expediente con la resolución estimatoria o desestimatoria. Hasta ese momento la situación registral no resultará definitiva y no podrá el registrador decidir sobre el resto de solicitudes de asiento que estén presentadas en el Registro Mercantil.

Si la resolución del registrador, estimatoria o desestimatoria, ha sido impugnada ante esta Dirección General, la indeterminación sobre si definitivamente procederá o no el nombramiento afecta al contenido del Registro por lo que la decisión sobre si procede o no la designación de auditor previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital deberá demorarse hasta que quede resuelta en vía administrativa. Esta doctrina es plenamente coherente con la regulación de nuestro ordenamiento jurídico que prevé que el registrador de la propiedad no emita calificación hasta que la situación del contenido del Registro sea definitiva (vid. artículo 18 de la Ley Hipotecaria). Este mismo esquema de cosas se reproduce en el ámbito del Registro Mercantil sin que la particular existencia de más de un Libro Diario altere el principio general del artículo 18.4 del Código de Comercio dada la coordinación prevista en el ordenamiento (vid. artículos 23, 29, 80 y 358.2 del Reglamento del Registro Mercantil).

4. El mismo razonamiento es aplicable cuando, como consecuencia de la suspensión del procedimiento de designación de auditor a instancia de la minoría por existencia de litispendencia civil, existe una indeterminación sobre cual haya de ser la situación registral, indeterminación que impide al registrador Mercantil pronunciarse hasta que devenga definitiva (artículo 18 del Código de Comercio). La Dirección General de los Registros y del Notariado ha reiterado que el registrador debe suspender el ejercicio de su competencia si se le acredita debidamente que la cuestión que constituye el objeto del expediente está siendo objeto de conocimiento por los tribunales de Justicia. Así lo ha afirmado la doctrina elaborada por esa Dirección General en sede de recursos contra la designación de auditor a instancia de la minoría (Resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 5 de agosto, 1 de octubre y 10 de diciembre de 2014, entre las más recientes), cuando afirma que procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial su legitimación en cuanto constituye la base sobre la que se ejercita el derecho (bien porque se discuta su condición de socio, bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones concretas, bien de un porcentaje sobre un conjunto de ella o bien por cualquier otro motivo relevante). El hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida este siendo ejercitada por los tribunales impide que esta Dirección General se pronuncie en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto. Así lo dispone hoy expresamente la Ley 15/2015, de 2 julio, de la Jurisdicción Voluntaria, cuando prescribe afirma en su artículo 6.3: «Se acordará la suspensión del expediente cuando se acredite la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución pudiese afectarle, debiendo tramitarse el incidente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

5. Ciertamente la dilación del procedimiento conlleva una situación de incertidumbre de la que pueden resultar situaciones no deseadas, pero ello es consecuencia de la aplicación de las normas de salvaguarda de nuestro ordenamiento y de la necesidad de que los pronunciamientos del Registro se fundamenten en situaciones ciertas habida cuenta de los fuertes efectos que de los mismos se derivan (artículo 20 del Código de Comercio).

La sociedad no puede alegar indefensión porque es el ejercicio de su derecho de oposición a la designación de auditor (artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil), el que impide a la registradora pronunciarse sobre la procedencia o no de la designación de auditor a instancia de la minoría. En cualquier caso, no es esta la cuestión que se dilucida en el presente expediente.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación recurrida.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las

normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 4 de junio de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.