

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

285 *Resolución de 21 de diciembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de mercantil y de bienes muebles III de Valencia, por la que se suspende el depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2015 de una entidad mercantil.*

En el recurso interpuesto por don O. G. C., actuando como de administrador único de la mercantil «Osga Levante, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador de Mercantil y de Bienes Muebles III de Valencia, don Carlos Javier Orts Calabuig, por la que se suspende el depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2015 de dicha entidad mercantil.

Hechos

I

El día 27 de julio de 2016 se presentaron en el Registro Mercantil de Valencia las cuentas anuales de la sociedad «Osga Levante, S.L.», correspondientes al ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2015. Del historial registral de la sociedad resulta que, según la inscripción 7ª, practicada con fecha 29 de diciembre de 2015, por el administrador de la sociedad se procedió al nombramiento de auditor titular y auditor suplente, con carácter voluntario, para los ejercicios 2015, 2016 y 2017.

II

Dicha documentación fue objeto de la siguiente nota de calificación en el Registro Mercantil de Valencia: «Carlos Javier Orts Calabuig, Registrador Mercantil de Valencia Mercantil, 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: 32925/38 F. presentación: 27/07/2016 Entrada: 2/2016/2.583.0 Sociedad: Osga Levante Sociedad Limitada Ejercicio depósito: 2015 Fundamentos de Derecho (defectos): 1.–No se acompaña el Informe de Auditoría, ni constan en la Certificación del Acta de la Junta las menciones relativas a esta circunstancia, dado que la sociedad está obligada a la verificación contable, al haberse designado voluntariamente y constar inscrito un Auditor para este ejercicio. Artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital –RD 1/2010 de 2 de Julio– en la redacción dada por la Ley 22/2015 de 20 de Julio de Auditoria de Cuentas (BOE 21–07–2015) que entró en vigor el 01–01–2016 y Resolución de la DGRN de 15–03–2016 (BOE 06–04–2016). Defecto de carácter subsanable. En relación con la presente calificación: (...) Valencia, a 1 de Septiembre 2016 El registrador».

III

Contra la anterior nota de calificación, don O. G. C., actuando como de administrador único de la mercantil «Osga Levante, S.L.», interpuso recurso el día 30 de septiembre de 2016 en virtud de escrito en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Que la sociedad presentaba en el ejercicio 2015 una situación económica de la que se deduce indubitadamente que no está obligada legalmente a auditar las cuentas; Que la nota de calificación invoca como fundamentos de Derecho el artículo 279 de la Ley de Sociedades

de Capital, que en su redacción dada por la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, entró en vigor el día 1 de enero de 2016, así como la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de marzo de 2016. En cuanto al artículo 279, considera que no afecta al depósito de cuentas de 2015, al entrar en vigor dicha modificación con fecha 1 de enero de 2016 se estarían modificando las reglas de juego para el ejercicio 2015, cuando éste estaba transcurrido en su mayor parte. En cuanto a la Resolución de 15 de marzo de 2016, no recoge las mismas circunstancias, ya que el nombramiento voluntario de auditor había sido realizado por la junta general y no como en este caso por uno de los dos administradores solidarios. Destaca esta circunstancia, puesto que, precisamente, esta Resolución se separa en su dictamen de las Resoluciones 6 y 10 de julio de 2007 y 8 de febrero de 2008. Así, la Resolución del 15 de marzo de 2016, por remisión la Resolución de 25 de agosto de 2005 recoge que: «...si bien es cierto que la sociedad no está, en principio, sujeta a la obligación de presentar sus cuentas junto con su informe de auditoría, no es menos cierto que ese ámbito de voluntariedad en el que pudo moverse, terminó cuando la Junta General de accionistas acordó, entre otros acuerdos, el nombramiento de auditor de cuentas y esos acuerdos, elevados a públicos, se inscribieron en el Registro Mercantil. Así se deduce del artículo 93 de la Ley de Sociedades Anónimas que dispone taxativamente –sin que quepa margen interpretativo alguno– que los acuerdos adoptados por la Junta general son obligatorios para todos los socios». Así, en el caso que nos ocupa el nombramiento voluntario de auditor fue realizado por la administración de la sociedad. Y ni si quiera por toda ella, sino únicamente por uno de los dos administradores solidarios. Así mismo, la Resolución de fecha 6 de julio de 2007, en el supuesto de una sociedad unipersonal recoge que: «Así, tratándose ahora de una sociedad unipersonal, es evidente que no puede existir perjuicio para otros socios, y sobre todo, que en aquel tampoco se habían presentado el informe de gestión y la certificación a la que se refieren los apartados 2º y 7º del artículo 366.1 del Reglamento del Registro Mercantil». Así mismo, la Resolución de fecha 10 de julio de 2007, recoge los mismos argumentos de la del 6 de julio de 2007, para concluir que: «Siendo así que el artículo 366.1.5º del citado texto reglamentario sólo exige la presentación del informe de auditoría cuando la sociedad está obligada a verificación contable o cuando se hubiere nombrado auditor a solicitud de la minoría –lo que no es el caso– no cabe la exigencia de dicho informe para que el Registrador Mercantil tenga por efectuado el depósito de los documentos contables correspondientes al ejercicio 2005 tal y como la sociedad tiene solicitado». Y en idénticos términos a las anteriores se pronuncia la Resolución de 8 de febrero de 2008. Otras Resoluciones, como la de 16 de mayo de 2008, recogen la obligación de exigirse la presentación del informe de auditoría voluntaria porque no exigir el referido informe de auditor «podría perjudicar los derechos de los socios minoritarios que, sabiendo de la existencia de tal acuerdo y de su inscripción, se hubieran abstenido de solicitar el nombramiento registral de auditor para verificar las cuentas correspondientes a dicho ejercicio (artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas)». Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la posible vulneración de los derechos del socio minoritario es del todo imposible puesto que todos los socios son administradores solidarios de la sociedad. Y, en consecuencia, tienen perfecto y absoluto conocimiento de toda la información societaria, contable, financiera, comercial y de cualquier otra clase de la mercantil. O, al menos, con las facultades que cuentan pueden tener acceso directo e inmediato a la misma. A similares conclusiones se llega de la lectura de la sentencia de fecha 18 de septiembre de 2011 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Salamanca, confirmada por la Audiencia Provincial de Salamanca el día 9 de abril de 2013, nombrada en la Resolución recogida en la nota calificación. La referida sentencia recoge que: «...admitir el depósito de cuentas sin el informe de auditor cuando éste ha sido nombrado voluntariamente por la sociedad y consta inscrito en el Registro, supondría restringir los derechos de los socios respecto al conocimiento de la situación económica y gestión de la sociedad en cuestión, incluyendo aquellas situaciones en que la sociedad no resulte obligada legalmente a auditar sus cuentas al poder presentar balance abreviado». Insistimos, en relación a la citada sentencia que, en el caso que nos ocupa, no hay ningún

tipo de restricción a los derechos de los socios, puesto que todos y cada uno de los socios de la mercantil tienen acceso absoluto a la situación económica y gestión de la sociedad en su condición de administradores solidarios, y Que, por ello solicita la anulación de la nota de calificación recurrida.

IV

La registradora Mercantil y de Bienes Muebles VI de Valencia, doña Isabel Querol Sancho, como interina, emitió informe el día 7 de octubre de 2016, ratificándose en la negativa a practicar el depósito de las cuentas, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 264, 265, 266 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital; 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de agosto de 2005, 16 de mayo y 6 y 10 de julio de 2007, 8 de febrero de 2008, 25 de junio y 18 de noviembre de 2015 y 15 de marzo y 18 de mayo de 2016.

1. El objeto de este recurso es dilucidar si pueden depositarse las cuentas anuales de una sociedad limitada, no obligada a verificación contable, que designó voluntariamente auditor para tres ejercicios constando dicha designación inscrita en el Registro Mercantil, cuando las cuentas no vienen acompañadas del informe del auditor designado. El registrador sostiene que el depósito no es posible si no viene acompañado del citado informe de verificación mientras que el recurrente sostiene lo contrario basándose en que el nombramiento del auditor no se hizo por la junta general, sino por un administrador solidario, por lo que no es aplicable el criterio de la Resolución de 15 de marzo de 2016, invocada en la nota de calificación, puesto que las circunstancias son diferentes.

2. Como ha puesto de manifiesto la reciente Resolución de 18 de noviembre de 2015, esta Dirección General ha construido una completa doctrina, en el ámbito de los recursos contra las resoluciones de los registradores mercantiles sobre nombramiento de auditores a instancia de la minoría (artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), sobre los efectos de la inscripción en el Registro Mercantil por parte de la sociedad no obligada a verificación contable de un nombramiento de auditor realizado con carácter voluntario. Del contenido de dicha doctrina (Resoluciones en materia de expertos y auditores 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 y 14 de mayo y 27 de julio de 2015, entre otras muchas), resulta que inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Esta doctrina ha recibido sanción legal de modo expreso por cuanto la redacción del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (por modificación que entró en vigor el pasado día 17 de junio de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), afirma en su inciso final: «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». Aunque la redacción anterior no es aplicable a las cuentas objeto del presente expediente, puesto que esta modificación será de aplicación a los estados financieros que se correspondan con los ejercicios que comiencen a partir del 1 de enero de 2016, (disposición final decimocuarta, punto 4), resulta indubitada de acuerdo a la repetida doctrina de este Centro Directivo, la necesidad de acompañar el informe de

auditoría cuando la sociedad no obligada a verificación contable ha designado e inscrito, auditor voluntario.

3. Alega el recurrente que la doctrina contenida en la citada Resolución de 15 de marzo de 2016, invocada en la nota de calificación, no sería aplicable al presente expediente, al ser diferentes las circunstancias del caso concreto, por cuanto el nombramiento de auditor no se hizo por la junta general sino por uno de los administradores solidarios. Pero el argumento debe rechazarse por cuanto el fundamento en que se basa la vigente doctrina recogida en la Resoluciones citadas es el mismo: la defensa del interés del socio minoritario. Nombrado e inscrito el nombramiento de un auditor con carácter voluntario se enerva el derecho del socio minoritario a solicitar el nombramiento por el registrador mercantil reconocido por artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, ya 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, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora. Y como también ha sido reconocido por este Centro Directivo este derecho del socio minoritario se enerva aun cuando el auditor voluntario haya sido nombrado no por la junta general, sino por el órgano de administración: (por todas, Resolución de 18 de mayo de 2016) «...en cuanto a la competencia para el nombramiento de auditor voluntario, y pesar de lo alegado por el recurrente, el órgano de administración está perfectamente legitimado para designar auditor con el fin de que verifique las cuentas anuales en aquellos supuestos en que la sociedad no esté obligada a la verificación contable. De los artículos 263, 264 y 265 de la Ley de Sociedades de Capital, resulta ineludiblemente que la competencia de la Junta General para proceder al nombramiento de auditor de cuentas, así como los términos para realizar dicho nombramiento y su duración, sólo son de obligado cumplimiento en aquellas sociedades que no pueden presentar en el Registro Mercantil sus cuentas en forma abreviada y que, por tanto, están obligadas por ley a la verificación contable. Fuera de estos supuestos la sociedad puede, a través de su órgano de administración, contratar los servicios de un auditor de cuentas, si lo considera necesario para la buena marcha de la empresa, pues este acto tiene la naturaleza propia de un acto de gestión y buena administración cuando se trata de sociedades no sujetas por ley a la obligación de auditar sus cuentas anuales (art. 209 de la Ley de Sociedades de Capital)».

4. Por último y en cuanto a la alegación de que al registrador le consta que la vulneración de los derechos del socio minoritario es del todo imposible, por cuanto todos los socios son administradores solidarios de la sociedad, y en consecuencia, tienen perfecto y absoluto conocimiento de toda la información societaria, contable, financiera, comercial y de cualquier otra clase de la mercantil, tampoco puede admitirse. El Registro no publica la titularidad de las participaciones de los socios salvo en contadas excepciones, como por ejemplo cuando está inscrita la situación de unipersonalidad; y además, según la hoja registral, como resulta de la inscripción octava, al tiempo de la formulación de las cuentas no existían dos administradores solidarios sino que el recurrente era el administrador único.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar del recurso y confirmar íntegramente 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, 21 de diciembre de 2016.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.