

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 358** *Resolución de 19 de diciembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles de Almería, por la que se rechaza el depósito de cuentas de una sociedad correspondiente al ejercicio 2016.*

En el recurso interpuesto por don J. A. R. M. y don M. Z. P., en nombre y representación y como consejeros delegados mancomunados de la sociedad «Arcos de la Romanilla, S.A.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Almería, don Gustavo Adolfo Moya Mir, por la que se rechaza el depósito de cuentas de la sociedad correspondiente al ejercicio 2016.

Hechos

I

Se solicitó del Registro Mercantil de Almería la práctica del depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio 2016 con presentación de la documentación correspondiente. El depósito se lleva a efecto en fecha 30 de junio de 2017.

II

Con posterioridad, el día 26 de septiembre de 2017, se comunicó a la sociedad la siguiente nota de calificación: «Notificación de calificación Don Gustavo Adolfo Moya Mir, Registrador Mercantil de Almería, 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: 31/2326 F. presentación: 28/06/2017 Entrada: 2/2017/501910,0 Sociedad: Arcos de la Romanilla Sociedad Anónima Ejerc. depósito: 2016 Hoja: AL-10334 Fundamentos de Derecho (defectos) – Defecto subsanable. – Habiéndose padecido un error en el asiento practicado (depósito), por la omisión del informe preceptivo del auditor pendiente de nombramiento y probado fehacientemente y de forma absoluta de haberse producido un error informático en el sentido de practicado el depósito cuando debió calificarse como defectuoso por no acompañar el informe de auditor y desprendiéndose el error padecido de los propios asientos registrales, resoluciones de 17/9/12 y 3/10/12 entre otros. – Defecto subsanable.–Falta inscripción título anterior por haberse caducado el asiento que impedía el despacho del referido título previo. Artículo 11 del R.RM. En relación con la presente calificación: (...) Almería, a veintiséis de septiembre de dos mil diecisiete».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. A. R. M. y don M. Z. P., en nombre y representación y como consejeros delegados mancomunados de la sociedad «Arcos de la Romanilla, S.A.», interpusieron recurso el día 26 de octubre de 2017 en virtud de escrito en el que alegan, resumidamente, lo siguiente: Primero.–Que la sociedad a la que representan presentó sus cuentas a depósito el día 29 de junio de 2017 provocando la resolución del registrador Mercantil de Almería por la que acordaba su depósito el día 30 de junio de 2017, emitiendo factura de honorarios que fue debidamente satisfecha. El día 26 de septiembre de 2017 se recibe un correo por el que se notifica la calificación negativa

emitiendo el Registro de Almería una factura de rectificación de la anterior y reembolsando su importe; Segundo.–El artículo 6 del Reglamento del Registro Mercantil recoge el principio de legalidad. El depósito de cuentas ya fue calificado positivamente y, en su calificación, el registrador afirmó el hecho del depósito, así como que el asiento se encontraba bajo la salvaguarda judicial. El artículo 7 del Reglamento del Registro Mercantil consagra el principio de legitimación que reitera lo anterior. En consecuencia, practicado el depósito, y aunque la inscripción no convalida los actos nulos, su rectificación exige una declaración judicial. La calificación afirma la existencia de un error informático, pero la parte ignora a qué se debe, así como todo lo que rodea dicho supuesto fallo, siendo completamente ajena al mismo. Calificado favorablemente un documento no puede posteriormente llevar a cabo una segunda calificación desfavorable que lo invalide, pues ya es imprescindible una resolución judicial que desvirtúe el asiento practicado. Las razones que aduzca el registrador podrán servir de base a una impugnación ante el juez, pero no es el cauce legalmente previsto para la declaración de inexactitud o nulidad de un asiento. Consecuentemente, la calificación de 26 de septiembre de 2017 es nula de pleno derecho al existir una previa favorable al depósito, y Tercero.–La calificación impugnada exige que se aporte el informe de auditoría, pero la sociedad no está obligada a designar auditor al no reunir los requisitos legalmente establecidos. La otra posibilidad que resulta es que se haya ejercitado por socios legitimados la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Pero dicha posibilidad tiene un cauce procedimental regulado en el Reglamento del Registro Mercantil. Sin embargo, la sociedad no ha recibido notificación alguna relativa a la apertura del supuesto expediente, sin que sepa nada del mismo o de sus circunstancias y, en caso de existir, no ha recibido traslado para formular la oposición prevista en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil. La sociedad ha seguido al pie de la letra los requerimientos para depositar sus cuentas anuales sin que, en ningún momento, haya tenido noticia de que existiese solicitud de designación de auditor llevada a cabo por algún socio, por lo que no es exigible en modo alguno el informe de verificación.

IV

El registrador emitió informe el día 2 de noviembre de 2017, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del escrito de informe resulta lo siguiente: a) el día 10 de marzo de 2017 se presenta en el Registro Mercantil de Almería escritura pública de cese y designación de miembros del consejo de administración de la sociedad, junto a acta notarial de junta general y junto a acta de notificación y requerimiento, dando lugar al asiento de presentación 1164/66. En la escritura sólo se elevan a público los acuerdos de cese y nombramiento de cargos de consejeros, así como de cargos dentro del consejo de administración. En el acta de junta consta que en el orden del día se contempló la designación de auditor y que el acuerdo 5.ª, relativo a la designación de auditor para los ejercicios 2016 a 2018, fue aprobado por la mayoría. El registrador Mercantil practicó la inscripción de cese y nombramiento de cargos y suspendió la relativa al nombramiento de auditor por no solicitarse expresamente y no acreditarse la aceptación del auditor. El asiento caducó, sin que se subsanase lo anterior, el día 23 de junio de 2017. La documentación anterior, junto a la aceptación del auditor designado, es nuevamente presentada el día 22 de septiembre de 2017, dando lugar a un nuevo asiento de presentación, 4203/66; b) el día 23 de marzo de 2017 se solicita, por tres socios de la sociedad, la designación de auditor para la verificación de las cuentas del ejercicio 2016 de conformidad con el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, dando lugar al asiento de presentación número 6 del Diario de Expertos y Auditores, y prorrogándose su vigencia por estar vigente el anterior asiento 1164/66 del Libro Diario de Inscripciones. Caducado este último asiento, en fecha 27 de junio de 2017, se notifica a la sociedad la solicitud de designación de auditor, notificación que, por ser infructuosa, se lleva a cabo mediante publicación en el «Boletín Oficial de la Provincia». Tras diversos nombramientos infructuosos por falta de aceptación, el registrador designa auditor en fecha 20 de octubre de 2017, estando pendiente de aceptación en el momento de emitir su informe, y c) el día 29 de junio de 2017 la sociedad

presenta sus cuentas a depósito estando pendiente el expediente anterior. El depósito se lleva a cabo en fecha 30 de junio de 2017 y el día 26 de septiembre de 2017 el registrador Mercantil notifica el defecto subsanable de falta de acompañamiento de informe de verificación. El registrador lo justifica por aplicación del artículo 217 de la Ley Hipotecaria y la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1999.

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 19 bis, 323 y 326 de la Ley Hipotecaria; 6, 7, 11, 350 y 354 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, 3 de diciembre de 2013, 19 de enero de 2016 y 14 de septiembre y 20 de noviembre de 2017.

1. La compleja situación registral que se ha producido en el supuesto de hecho, cuyos particulares más relevantes se han hecho constar en el apartado correspondiente al informe del registrador, pueden resumirse de la siguiente manera:

a) La sociedad, pese a no estar obligada, designa auditor de cuentas para el ejercicio 2016 en junta general. El nombramiento no llega a inscribirse por resultar defectuoso, caducando el asiento de presentación el día 23 de junio de 2017.

b) En el ínterin, se presenta solicitud de designación de auditor por la minoría el día 23 de marzo de 2017 dando lugar al oportuno asiento de presentación en el Libro Diario de Expertos y Auditores que queda en suspenso hasta la caducidad del anterior. Producida la caducidad, se desarrolla el expediente y el registrador Mercantil resuelve la procedencia de la solicitud de la minoría.

c) La sociedad presenta las cuentas a depósito el día 29 de junio de 2017 y el registrador procede al mismo el día 30 de junio de 2017.

d) Con posterioridad, el día 26 de septiembre de 2017, el registrador notifica que ha cancelado el asiento de depósito de cuentas y que califica como defectuosa la solicitud de depósito por no venir acompañada del oportuno informe de verificación.

La sociedad recurre en los términos expresados más arriba.

2. La adecuada resolución del presente expediente precisa de una declaración previa sobre lo que constituye su objeto y, consecuentemente, el ámbito en el que debe desenvolverse la resolución de esta Dirección General.

En primer lugar, es doctrina reiterada de esta Dirección General (vid., por todas, las Resoluciones de 10 y 11 de noviembre de 1999, 18 de octubre de 2007, 18 de enero y 26 de octubre de 2012, 18 de enero de 2013, 10, 11 y 17 de febrero, 13 de marzo, 19 de mayo, 1 de agosto, 26 de septiembre, 14 de octubre, 24 de noviembre y 17 de diciembre de 2014, 19 de enero y 11 de septiembre de 2015, 27 de abril de 2016 y 25 de abril de 2017) que sólo puede ser objeto de recurso la nota de calificación negativa de los registradores, pero no los asientos ya practicados. En efecto, de conformidad con lo establecido en el párrafo tercero del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales, por lo que sólo dichos tribunales pueden declarar la nulidad de un asiento. Y no sólo ello es así, sino que, además, debe ser en procedimiento dirigido contra todos aquellos a quienes tal asiento conceda algún derecho (artículo 40 «in fine» de la Ley Hipotecaria). En el mismo sentido, el artículo 7.1 del Reglamento del Registro Mercantil, en concordancia con el artículo 20.1 del Código de Comercio, dispone que «el contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad».

En este sentido este Centro Directivo ha declarado con anterioridad (cfr. Resoluciones citadas anteriormente, entre muchas otras) que el recurso contra la calificación registral es el cauce legalmente arbitrado para impugnar la negativa de los registradores a practicar, en todo o parte, el asiento solicitado (cfr. artículos 66 y 324 de la Ley Hipotecaria) y tiene por objeto, exclusivamente, determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o nulidad del título ya inscrito, ni de la procedencia o improcedencia de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales. No cabe instar recurso alguno frente a la calificación positiva del registrador por la que se extiende el correspondiente asiento, como es el caso; por ello, admitirse por esta Dirección General la anulación de un asiento, o cuestionar el asiento de cancelación llevado a la práctica, como pretenden los recurrentes, sería lo mismo que admitir el recurso contra una inscripción realizada.

No procede en consecuencia, que esta Dirección General se pronuncie sobre la cancelación de asiento de depósito de cuentas que el registrador ha llevado a cabo. Si los recurrentes consideran que la posición jurídica de la sociedad que representan ha quedado perjudicada como consecuencia de la práctica del asiento de cancelación tienen abiertas las vías legalmente establecidas para su defensa.

En segundo lugar, no es objeto de este expediente la resolución del registrador Mercantil de Almería por la que procede a estimar la solicitud a él dirigida por tres socios minoritarios en orden a la designación de un auditor que verifique el contenido de las cuentas correspondientes al último ejercicio cerrado. Dicho procedimiento ha dado lugar a la apertura de un expediente específico al amparo de la atribución competencial del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y cuya regulación se comprende en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y en el que el registrador, tras la práctica de las oportunas diligencias reglamentariamente previstas, ha resuelto la procedencia del nombramiento. Como ha afirmado esta Dirección General en múltiples ocasiones (vid. Resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), el expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el apartado 2 del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital aparece desarrollado en Título III del Reglamento del Registro Mercantil destinado a regular «otras funciones del Registro», funciones distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos. Si ésta aparece presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el registrador de forma unilateral y objetiva, ajena a la idea de contienda u oposición de intereses entre partes, en los expedientes sobre nombramiento de auditores a que se refiere el tan repetido artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital y que desarrolla el Reglamento del Registro Mercantil para resolver, en el ámbito del procedimiento especial por razón de la materia jurídico privada que el mismo regula, la pretensión del socio minoritario sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

La instrucción del expediente se lleva a cabo por las normas contenidas en el Reglamento del Registro Mercantil y, en lo que en ellas no se contemple, por las normas generales del procedimiento administrativo (Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Como consecuencia, el

registrador Mercantil en uso de la competencia atribuida por la Ley de Sociedades de Capital debe emitir una resolución estimatoria o desestimatoria de la pretensión del solicitante, no una calificación, actuación que deriva de una atribución competencial distinta y que se sujeta a unos requisitos y tiene unas consecuencias también distintas: la resolución del registrador Mercantil puede ser objeto de recurso ante esta Dirección General por los trámites previstos para el recurso de alzada (artículo 121 de la citada Ley de Procedimiento), trámites que no son los propios del recurso contra la calificación de los registradores (artículo 19 bis y 323 y siguientes de la Ley Hipotecaria).

Como consecuencia, esta Dirección General no puede llevar a cabo ningún pronunciamiento sobre los particulares del procedimiento de designación de auditor por estar sujeto a unos requisitos procedimentales distintos a la presente. Nuevamente, si la sociedad considera que su posición jurídica ha quedado perjudicada como consecuencia del expediente administrativo de designación de auditor, tiene, en su caso, las vías legalmente previstas para su defensa.

3. Determinado que el objeto de este expediente lo constituye exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho, todavía resta, para dar una respuesta jurídicamente adecuada, poner de manifiesto las consecuencias de la situación registral al tiempo de llevarla a cabo (artículo 18 del Código de Comercio). Como resulta de los hechos, al tiempo de la calificación negativa constan presentados dos solicitudes de inscripción de auditor: la primera, derivada del asiento que causó la solicitud de la minoría en aplicación de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital (asiento 6 del Libro Diario de Expertos y Auditores de fecha 23 de marzo de 2017); la segunda, derivada de la nueva presentación de la escritura pública de cese y nombramiento de cargos en fecha 22 de septiembre de 2017. Como consecuencia del expediente derivado de la primera presentación, el registrador resolvió la procedencia de la designación de auditor.

Así las cosas, es evidente que el recurso no puede prosperar. Esta Dirección General ha reiterado (y muy recientemente, *vid.* Resolución de 14 de septiembre de 2017), que, habiendo sido designado auditor a instancia de la minoría, y no acompañándose para su oportuno depósito, el correspondiente informe de verificación, 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 a instancia de la minoría por lo que, de conformidad con la continua 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».

4. Los argumentos que de contrario contiene el escrito de recurso no pueden ser amparados por esta Dirección General. En primer lugar, porque, como por extenso ha quedado fundamentado, esta Dirección General no puede entrar a valorar el hecho de que el registrador mercantil haya decidido, al amparo de las normas sobre rectificación de errores, cancelar el asiento de depósito. A los efectos de la presente lo único relevante es el estado del Registro a la hora de emitir la calificación recurrida (artículo 18 del Código de Comercio), y conforme al mismo, existe designado auditor para la verificación de las cuentas del ejercicio 2016 lo que conlleva inevitablemente la exigencia del informe de verificación para el depósito de las cuentas de la sociedad.

En segundo lugar, y como también ha quedado debidamente fundamentado, no es objeto de este expediente determinar si procedía o no la designación del auditor a instancia de la minoría. Las vicisitudes a que haya dado dicho procedimiento se ventilan dentro del mismo y no dentro del presente que tiene una naturaleza y un objeto distinto (artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

Y en ambos casos sin perjuicio, como igualmente ha quedado debidamente justificado, de que la sociedad interesada ejercite las acciones previstas en el ordenamiento en defensa de su derecho.

En consecuencia, el 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, 19 de diciembre de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.