

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

22459 *Resolución de 3 de octubre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles de Ciudad Real, por la que se rechaza el depósito de cuentas de una sociedad correspondiente al ejercicio 2021.*

En el recurso interpuesto por doña M. E. D. G., en nombre y representación y como administradora de la sociedad «Gregorio Díaz-Miguel, SA», contra la nota de calificación extendida por la registradora Mercantil y de Bienes Muebles de Ciudad Real, doña Lydia Estela Blasco Lizárraga, por la que se rechaza el depósito de cuentas de la sociedad correspondiente al ejercicio 2021.

Hechos

I

Se solicitó del Registro Mercantil de Ciudad Real la práctica del depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio 2021 de la sociedad «Gregorio Díaz-Miguel, SA», con presentación de la documentación correspondiente.

Entre dicha documentación, se encontraba el informe de auditoría respecto a dichas cuentas anuales elaborado por la firma «Baker Tilly Auditores, SLP». De dicho informe resultaba que el socio auditor que lo elaboraba denegaba la opinión al no poder «obtener evidencia de auditoría que proporcione una base suficiente y adecuada para expresar una opinión de auditoría sobre estas cuentas anuales».

A continuación, en el apartado fundamento de la denegación de opinión, el auditor explicaba que la sociedad no había proporcionado un inventario valorado con el detalle completo de las existencias de productos terminados, ni la sociedad había facilitado una conciliación que justificase determinadas diferencias entre el inventario proporcionado y el que sirvió de base para la elaboración de las cuentas.

II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil de Ciudad Real, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Doña Lydia Estela Blasco Lizárraga, Registradora Mercantil de Ciudad Real 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: 62/548.

Presentación: 8 de mayo de 2023.

Entrada: 2/2023/500632,0.

Sociedad: Gregorio Díaz Miguel Sociedad Anónima.

Ejerc. depósito: 2021.

Hoja: CR-2309.

Fundamentos de Derecho (defectos).

No se pueden entender auditadas las cuentas sociales cuando el auditor manifiesta no poder expresar una opinión sobre las cuentas anuales, pues el objetivo de la ley es obtener mediante el informe del auditor una opinión técnica expresada en forma clara y precisa sobre las cuentas de la sociedad, bien sea favorable, con salvedades, desfavorable o denegada. Conforme a Resolución de 28 de abril de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado no debe admitirse el depósito de cuentas cuando los motivos que impiden al auditor expresar su opinión, puedan ser imputada a la actitud de la propia sociedad, por haberse comprometido la objetividad o independencia del auditor o por no haberse realizado por la sociedad la entrega de la documentación correspondiente (artículos 3.2 de la ley y 7.2 de su Reglamento; vid. Resoluciones de 28 de agosto de 1998 y 17 de mayo de 2001), pues en estos casos la admisión del depósito de cuentas implicaría una frustración de la finalidad de la Ley, así como de los derechos de los socios que instaron la auditoría y de los terceros, en su caso. Según resulta del fundamento de denegación de opinión del informe de auditoría la imposibilidad de expresar opinión por parte del auditor es imputable a la propia sociedad ya que esta no ha proporcionado al auditor la documentación por este solicitada.

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

Ciudad Real, a veinticinco de mayo de dos mil veintitrés.»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. E. D. G., en nombre y representación y como administradora de la sociedad «Gregorio Díaz-Miguel, SA», interpuso recurso el día 11 de julio de 2023 mediante escrito en el que alegaba, resumidamente, lo siguiente:

Primero.

Que la Dirección General de los Registros y del Notariado en múltiples Resoluciones (con cita) afirma que la denegación de depósito por causa del contenido del informe del auditor debe tener un carácter restrictivo, limitándose a los supuestos en que resulte afirmación de incumplimiento radical del deber de colaboración o de imposibilidad de realizar el trabajo de auditoría; Que se cita a Resolución de 30 de marzo de 2017 para un caso similar al presente, en el que se estimó el recurso; Que, como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2009, el principio de imagen fiel no es solo un requisito formal, sino sustantivo, que puede acarrear la nulidad del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales, pero la cuestión es más discutible cuando la opinión es denegada; Que la Dirección General ha ido matizando su doctrina, afirmando que no toda opinión denegada implica necesariamente el rechazo al depósito; Que así ocurrió en la Resolución citada; Que el informe sólo achaca falta de aportación de determinada información; Que, como resulta del propio contenido de las cuentas anuales, la sociedad se encuentra en concurso de acreedores; Que, como igualmente resulta del contenido de las cuentas anuales, se produjo el despido de la persona que se ocupaba de la relación con los auditores y de proporcionales la documentación que requerían; Que de dichas circunstancias produjeron que el personal que quedaba en contabilidad, con escasa formación, fuera incapaz de justificar el desfase entre inventarios; Que, en cualquier caso, no se deriva una conducta de incumplimiento del deber de colaboración, sino que ha sido la situación de la empresa la que ha provocado las insuficiencias señaladas, Que también se cita la Resolución de 10 de enero de 2014.

Segundo.

Que la sociedad se encuentra en concurso de acreedores, lo que supone según la reciente doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, cierta relajación a la hora del depósito de cuentas, puesto que la información para socios ya

creedores se encuentra documentada en el procedimiento concursal; Que la finalidad del depósito de cuentas de poner en conocimiento de socios y terceros la información patrimonial y financiera decae cuando la empresa se encuentra en concurso de acreedores, y Que, en estas circunstancias, es preferible eximir de la obligación de depósito (con cita de sentencia de Juzgado de lo Mercantil, auto de otro Juzgado Mercantil y sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid).

IV

La registradora Mercantil emitió informe el día 17 de julio de 2023 ratificándose en su calificación y elevó el expediente a este Centro Directivo, poniendo de manifiesto que la situación concursal de la sociedad no resultaba del contenido del Registro y había sido ahora, al presentar el recurso, cuando se presentaba la documentación que la justificaba.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 34 del Código de Comercio; 1, 2, 4, 5 y 6 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas; 263, 265, 268, 269 y 279 a 282 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; 68, 359, 361 y 365 a 371 del Reglamento del Registro Mercantil; 2, 9 y 10 del Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas; las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2009 y 8 de febrero de 2013; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de agosto de 1998, 17 de mayo y 3 de julio de 2001, 18 de septiembre de 2002, 5 de mayo de 2004, 25 de mayo de 2009, 21 de noviembre de 2011, 29 de enero, 5 de septiembre y 12 y 13 de noviembre de 2013, 8 y 10 de enero, 11 de marzo, 23, 24, 25 y 26 de junio y 1 de agosto de 2014, 20 de octubre de 2015, 28 de abril (1.^a y 3.^a) y 3 de mayo de 2016, 21 de enero (1.^a, 2.^a y 3.^a), 30 de marzo y 21 de junio de 2017 y 10 de octubre de 2018, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 5 de junio de 2020 (6.^a) y 28 de julio de 2022.

1. Presentadas a depósito las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2021 de una sociedad anónima, la registradora Mercantil rechaza el depósito porque del informe de auditoría que las acompaña resulta opinión denegada que se justifica en los términos que resultan de los «Hechos». La sociedad recurre porque entiende que aun con opinión denegada, procede el depósito siendo de aplicación restrictiva los motivos de rechazo del depósito y porque la sociedad se encuentra en concurso conforme se justifica con determinada documentación que se aporta lo que, a su juicio, relaja los requisitos de depósito e incluso exonera de la obligación de depósito.

2. Con carácter previo a la resolución sustantiva, este Centro Directivo se ve obligado a recordar una vez más, y dados los términos en que se pronuncia el escrito de recurso, lo que constituye el objeto de este procedimiento. Dispone el artículo 326 de la Ley Hipotecaria lo siguiente: «El recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma».

En base a dicho precepto, es continua doctrina de esta Dirección General (vid., por todas, Resoluciones de 14 de julio de 2017, 22 de enero de 2021 y 8 de febrero de 2022, basadas en el contenido del artículo y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. Igualmente es doctrina reiterada (vid., por todas, Resolución de 19 de enero de 2015), que el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador.

Así, debe igualmente recordarse que el recurso contra la calificación del registrador no es el cauce procedente para la subsanación de los defectos señalados en la nota mediante la aportación de nueva documentación, ni puede decidirse en él sobre si tales documentos remueven o no los obstáculos señalados por el registrador, sin perjuicio de que los interesados puedan volver a presentar los títulos cuya inscripción no se admitió, en unión de los documentos aportados durante la tramitación del recurso, a fin de obtener una nueva calificación (cfr., por todas, las Resoluciones de esta Dirección General de 21 de julio de 2017, 31 de octubre de 2018 y 30 de enero de 2019).

Dicha doctrina es de plena aplicación al presente expediente pues de conformidad con la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social: «La regulación prevista en el sección 5.ª del capítulo IX bis del Título V para los recursos contra la calificación del registrador de la Propiedad es también aplicable a los recursos contra la calificación del Registrador Mercantil y del de Bienes Muebles».

De las consideraciones anteriores resulta que el contenido de esta Resolución debe decidir exclusivamente en base a la nota de calificación sin tener en cuenta ningún otro documento que aquellos que se presentaron a depósito. En suma, el contenido de la presente se limita a resolver si a la luz de la documentación presentada a depósito es correcta o no la calificación de la registradora no pudiendo pronunciarse ni sobre los motivos que dieron lugar a la situación de hecho ni en relación a la situación de concurso que se justifica en el escrito de recurso.

3. Establecido el objeto del procedimiento y el contenido posible de la presente, procede entrar en el análisis del contenido de la nota de calificación a fin de determinar si es o no conforme a Derecho y a la doctrina de esta Dirección General en su aplicación.

La doctrina de este Centro Directivo, como pone de relieve la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de julio de 2022 (cuyo supuesto de hecho guarda semejanza con el de la presente), ha abordado en numerosas ocasiones la cuestión de la valoración jurídica del informe del auditor a la hora de decidir si procede o no el depósito de las cuentas anuales.

La citada doctrina ha afirmado reiteradamente que el objetivo perseguido por la Ley de Sociedades de Capital y demás legislación citada en los «Vistos», cuando sea preciso que las cuentas estén auditadas, se encamina a obtener mediante informe de auditor, una opinión técnica, expresada de forma clara y precisa sobre las cuentas de la sociedad.

Con mayor precisión técnica, el artículo 1.2 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas, dispone que «se entenderá por auditoría de cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros».

Y en relación específica a la actividad de auditoría de cuentas anuales dispone el artículo 4.1 de la misma ley: «1 (...) consistirá en verificar dichas cuentas a efectos de dictaminar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación. Asimismo, comprenderá la verificación del informe de gestión que, en su caso, acompañe a las cuentas anuales, a fin de dictaminar sobre su concordancia con dichas cuentas anuales y si su contenido es conforme con lo establecido en la normativa de aplicación».

Por su parte nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de febrero de 2013, afirma lo siguiente: «El principio contable true and fair view (imagen fiel), por el que se exige que los estados contables de síntesis sean correctos y fiables, de modo que con su lectura pueda obtenerse una representación exacta de la situación económica de la compañía y del curso de sus negocios, recogido en la Companies Act de 1948, fue incorporado al derecho comunitario por la Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978 (LCEur 1978, 266), relativa a las cuentas anuales de

determinadas formas de sociedad, y a nuestro derecho nacional por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la comunidad Económica Europea (CEE) en materia de Sociedades, que dio nueva redacción al artículo 34.2 del Código de Comercio, a cuyo tenor «las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales», y al artículo 102.2 de la Ley de 17 de julio de 1951 (RCL 1951, 811, 945) sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, según el cual «[e]stos documentos (balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria), que forman una unidad, deben ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, de conformidad con esta ley y con lo previsto en el Código de Comercio».

4. Desde el punto de vista del Registro Mercantil y a los efectos de decidir si las cuentas de una sociedad determinada pueden o no ser objeto de depósito, es competencia del registrador Mercantil y de esta Dirección General en vía de recurso determinar el valor de dicho informe a los efectos de practicar operaciones en el Registro Mercantil. En este sentido, para determinar si procede el depósito de cuentas de una sociedad obligada a auditarse, es preciso analizar si con el informe aportado se cumple o no con la finalidad prevista por la legislación de sociedades y si con él se respetan debidamente los derechos del socio cuando se ha instado su realización.

En este contexto, el artículo 5 de la vigente Ley de Auditoría de Cuentas distingue adecuadamente los supuestos en que el auditor ha llevado a cabo su tarea de verificación (artículo 5.1), de aquellos otros en que no ha sido así (artículo 5.2).

En el primer caso, el informe de auditoría contendrá: «Una opinión técnica en la que se manifestará, de forma clara y precisa, si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación y, en particular, con los principios y criterios contables contenidos en el mismo. La opinión podrá revestir cuatro modalidades: favorable, con salvedades, desfavorable o denegada» (artículo 5.1.e).

El informe emitido sin salvedades se considera informe con opinión favorable de acuerdo al mismo precepto. Cuando, por el contrario, el informe contenga salvedades u otras incertidumbres significativas será calificado con opinión favorable con salvedades, desfavorable o denegada. Corresponde al auditor en ejercicio de sus competencias valorar el impacto que las salvedades o reservas tengan en la formación de su opinión, pero en cualquier caso el informe de auditoría se considerara emitido de modo que «(...) pueda cumplir la finalidad para la que fue contratada la auditoría de cuentas» (artículo 5.2, inciso inicial, de la Ley de Auditoría).

No ha existido cuestión cuando el informe contiene una opinión favorable o favorable con salvedades pues ambos supuestos implican la afirmación del auditor de que el informe que suscribe conlleva que las cuentas analizadas expresan la imagen fiel del patrimonio social, de su situación financiera y, en su caso, del resultado de las operaciones y de los flujos de efectivo.

5. Ha sido en sede de informes con opinión denegada o desfavorable, donde la doctrina de esta Dirección General ha venido afirmando la improcedencia del depósito de cuentas. Dicha doctrina, hoy superada como se verá, entiende que la ley piensa exclusivamente en un informe de auditoría que dé satisfacción al derecho a conocer el estado de las cuentas, es decir, un informe de una auditoría realizada, o sea, que haya permitido comprobar si las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad (vid. Resoluciones de 28 de agosto de 1998, 16 de abril de 2003, 5 de mayo de 2004, 29 de enero y 5 de septiembre de 2013 y 2 de julio de 2015, entre otras).

Frente a esta doctrina se ha ido imponiendo la más reciente que, flexibilizando el análisis anterior y a la luz de la nueva regulación resultante de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas, y de su Reglamento, afirma la posibilidad de proceder al

depósito al que el informe con opinión denegada o desfavorable se refiere. Así, Resoluciones de esta Dirección General de 10 de enero y de 11 de marzo de 2014, 30 de marzo y 21 de junio de 2017, de 10 de octubre de 2018, 5 de junio de 2020 y la ya citada de 28 de julio de 2022.

6. De este modo, el rechazo al depósito de las cuentas anuales cuando existe obligación de verificar (artículos 263 de la Ley de Sociedades de Capital y 10.4 del Reglamento de Auditoría de 2021), debe limitarse a los supuestos en que no se ha llevado a cabo la verificación. En este sentido el artículo 5.2 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas, establece que la obligación de auditar solo cede cuando concorra justa causa que así lo autorice y solo considera como tal la existencia de amenazas que «(...) que comprometan la independencia u objetividad del auditor de cuentas o de la sociedad de auditoría (...)», o cuando concorra «imposibilidad absoluta de realizar el trabajo encomendado al auditor de cuentas o sociedad de auditoría por circunstancias no imputables a éstos».

El Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de auditoría, especifica que debe entender por imposibilidad absoluta en los siguientes términos: «a) Cuando la entidad no haga entrega al auditor de cuentas de las cuentas anuales formuladas, objeto de examen, previo requerimiento escrito efectuado a tal efecto (...) b) Cuando, excepcionalmente, otras circunstancias no imputables al auditor de cuentas, y distintas de las de carácter técnico, impidan la realización del trabajo de auditoría en sus aspectos sustanciales. En particular, no se considerará que concurren las circunstancias citadas cuando el auditor de cuentas no pueda aplicar los procedimientos de auditoría que resulten necesarios para obtener evidencia de auditoría en relación con la información de las cuentas anuales, en cuyo caso el informe de auditoría se emitirá conforme a lo dispuesto en las normas de auditoría» (artículo 10.2 del Reglamento). Es decir, el hecho de que el auditor no pueda obtener evidencia de auditoría de conformidad con el procedimiento propio de la misma no es un supuesto de inexistencia de auditoría, por lo que el auditor debe emitir informe con alguna de las opiniones legalmente establecidas.

El mismo artículo, en su apartado 3, determina que «en los supuestos a que se refiere el artículo 5.2 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, el auditor de cuentas detallará en un escrito todas las circunstancias determinantes de la falta de emisión del informe o la renuncia al contrato de auditoría», escrito que debe ser remitido a la sociedad que no ha sido auditada, y, cuando la auditoría sea obligatoria, al Registro Mercantil, al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y, en su caso, al juez que designó al auditor. Es decir, en este supuesto no existe informe de verificación y por ello el auditor debe fundamentar su decisión.

No cabe en consecuencia confundir el supuesto en que el auditor no emita informe de auditoría por imposibilidad absoluta con emisión del escrito de falta de emisión o de renuncia, con el supuesto de emisión de informe en el que se hace constar que no se ha podido obtener evidencia de auditoría en relación con las materias que se detallan como justificación de la opinión que se emita.

En definitiva, sólo cuando concorra falta de emisión del informe y la sociedad obligada no haya visto verificadas sus cuentas, pese a estar obligada, cabe el rechazo del depósito de las cuentas anuales pues, pese a dicha obligación, se ha producido una circunstancia que ha impedido al auditor designado llevar a cabo su labor de auditoría (artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital).

7. En el supuesto que da lugar a la presente, el auditor emite informe de auditoría con opinión denegada que fundamenta en que la sociedad no ha proporcionado determinado inventario ni ha justificado determinadas diferencias. Pero dichas circunstancias no han impedido al auditor emitir su informe, emisión que se hace de acuerdo a la previsión de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas con opinión denegada.

Como afirmó la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de octubre de 2018, la gran trascendencia que para la sociedad conlleva el cierre

de la hoja por falta de depósito aconseja extremar la prudencia y limitar los casos de denegación de depósito a aquellos en que del informe del auditor resulte la afirmación de existencia de incumplimiento radical del deber de colaboración [artículo 6 de la Ley de Auditoría en relación con el artículo 10.2.a) del Reglamento de Auditoría]; supuesto al que hay que asimilar aquellos en los que resulte la afirmación del auditor sobre la imposibilidad de realizar el trabajo de auditoría [artículo 10.2.b) del mismo Reglamento]. Sólo cuando concurra alguna de dichas circunstancias que impidan la elaboración del correspondiente informe de auditoría (circunstancia de la que el Registro Mercantil debe tener noticia anticipadamente dado el tenor del artículo 10.3 del Reglamento de Auditoría), podrá entenderse producida la frustración del interés perseguido por la ley de que se lleve a cabo la «revisión y verificación de las cuentas anuales», a que se refiere el artículo 1.2 de la Ley de Auditoría a fin de emitir un informe «sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros».

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación de la registradora.

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, 3 de octubre de 2023.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.