

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 3604** *Resolución de 1 de marzo de 2014, 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 XVIII de Madrid por la que se suspende la inscripción de un aumento de capital con cargo a reservas.*

En el recurso interpuesto por doña A. B. P. B. y doña M. P. B. M., en su calidad de administradoras mancomunadas de la compañía «Constructora Promotora La Palomera, S.A.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles XVIII de Madrid, don Pedro Ávila Navarro, por la que se suspende la inscripción de un aumento de capital con cargo a reservas.

Hechos

I

Por el notario de Madrid, don Ángel Benítez-Donoso Cuesta, se autorizó, el día 4 de octubre de 2013, escritura pública de elevación a público de los acuerdos sociales de la sociedad recurrente adoptados por unanimidad en junta universal celebrada el día 9 de septiembre de 2013. En dicha sesión, la junta aprobó el aumento de capital de la sociedad con cargo en su integridad a reservas voluntarias. Junto al anterior certificado consta protocolizado otro relativo a la junta universal celebrada el día 2 de septiembre de 2013 en la que por unanimidad se aprobó el nombramiento de auditor de la sociedad así como el balance cerrado el día 31 de marzo de 2013. Con carácter previo a la adopción de los acuerdos, la junta general hace constar que la sociedad no está obligada a verificar sus cuentas pese a lo que «los accionistas desean inscribir los acuerdos concernientes a la ampliación de capital con cargo a reservas. En consecuencia los accionistas acuerdan unánimemente nombrar auditor de cuentas para el ejercicio social 2013, a...». Junto a las certificaciones anteriores consta protocolizado informe de la sociedad de auditoría nombrada en el acuerdo anterior. En dicho informe, de fecha 27 de septiembre de 2013, se afirma que el balance refleja la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera. Del balance, igualmente protocolizado, resultan reservas voluntarias por importe suficiente para cubrir la ampliación de capital.

II

Presentada la referida documentación junto con escritura de subsanación autorizada por el mismo notario en fecha 8 de noviembre del 2013, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil de Madrid Notificación de calificación Pedro Ávila Navarro, Registrador Mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, 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, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 2441/711 F. Presentación: 11/11/2013 Entrada: 1/2013/144.797,0 Sociedad: Constructora Promotora la Palomera SA Autorizante: Benítez-Donoso Cuesta Ángel Protocolo: 2013/1226 de 04/10/2013 Fundamentos de Derecho (defectos) 1.-Defecto subsanable: El auditor que debe verificar el balance ha de ser nombrado por el Registro Mercantil, según el artículo 303.2 L.S.C. Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores

y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación (...). Madrid, a 13 de noviembre de 2013 El registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña A. B. P. B. y doña M. P. B. M., en su calidad de administradoras mancomunadas de la compañía «Constructora Promotora La Palomera, S.A.», interpusieron recurso en virtud de escrito de fecha 9 de diciembre de 2013, en el que alegaron, resumidamente, lo siguiente: Que la sociedad tenía nombrado auditor de cuentas de conformidad con lo establecido en el artículo 303.2 de la Ley de Sociedades de Capital; Que la calificación no ha tenido en cuenta lo dispuesto en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil en su número 4 que dispensa del nombramiento por el registrador Mercantil cuando la sociedad ya lo tuviera nombrado; Que, igualmente, es de tener en cuenta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1999 que entendió que, si la sociedad no obligada a verificación contable tenía designado auditor, no es preciso que lo haga el registrador Mercantil siempre que conste el plazo y la aceptación del auditor, circunstancias que concurren en el supuesto de hecho; y, Que, en definitiva, la sociedad no ha incumplido la previsión del artículo 303.2 de la Ley de Sociedades de Capital al tener designado auditor para todo el ejercicio 2013 antes de la adopción del acuerdo de aumento.

IV

El registrador emitió informe el día 17 de diciembre de 2013, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resulta que, notificado el notario autorizante, no consta que haya realizado alegaciones.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 59, 67, 68, 253, 254, 263, 268, 300, 302 y 303 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; 38, 40, 47, 167, 157, 263 y 264 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; 327 del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil; 363.4 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil vigente; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de junio y 15 de julio de 1992, 8 de octubre de 1993, 25 de agosto de 1998 y 7 de diciembre de 1999.

1. Se plantea en este expediente una cuestión sobre la que esta Dirección General tuvo la oportunidad de pronunciarse cuando estaba vigente el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. La cuestión debatida se refiere a si es posible la inscripción en el Registro Mercantil de un acuerdo de aumento de capital con cargo a reservas habida cuenta de que el balance ha sido verificado por un auditor nombrado por la junta general de la sociedad días antes de acordarse el aumento y precisamente con tal ocasión.

En el artículo 157 de la Ley de Sociedades Anónimas, el aumento de capital con cargo a reservas recibía el siguiente tratamiento: «2. Deberá servir de base a la operación un balance aprobado referido a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo de aumento del capital, verificado por los auditores de cuentas de la sociedad, o por un auditor a petición de los administradores, si la sociedad no estuviera obligada a verificación contable».

Por su parte el Reglamento del Registro Mercantil de 1989 establecía al respecto lo siguiente en su artículo 327.4: «Las mismas reglas serán de aplicación al nombramiento

de auditor por el Registrador mercantil del domicilio social... y al nombramiento del auditor a petición de los administradores para la verificación prevista en los artículos 156 y 157 de la Ley de sociedades anónimas».

2. Este Centro Directivo entendió en diversos pronunciamientos (Resoluciones de 26 de junio de 1992 y 25 de agosto de 1998, y Resoluciones de 15 de julio de 1992 y 8 de octubre de 1993, éstas en relación al artículo 156 de la Ley de Sociedades Anónimas relativo al aumento con cargo a compensación de créditos), que tal y como recogía el artículo 327.4 del Reglamento del Registro Mercantil el nombramiento de auditor debía ser realizado, a solicitud de los administradores sociales, por el registrador Mercantil. Esta interpretación auténtica estaba, además, plenamente justificada pues la exigencia de auditoría en los supuestos de aumento de capital con cargo a reservas se incardina en el principio de integridad del capital en virtud del cual no pueden emitirse acciones que no cuenten con el debido respaldo patrimonial. De esta suerte resulta necesario acreditar, a través de la verificación del balance por el auditor, que el valor del patrimonio neto contable excede de la cifra de capital social y de la reserva legal hasta entonces constituida en una cantidad, al menos igual, al importe de la ampliación, es decir, una efectiva aportación patrimonial no desvirtuada por otras partidas del activo o del pasivo. Esta finalidad esencial justifica que en aras de conseguir una garantía adicional en beneficio de socios y terceros, el nombramiento se lleve por el registrador Mercantil, funcionario independiente y ajeno al círculo de personas afectadas por el acuerdo.

3. En la actualidad, el artículo 303.2 de la Ley de Sociedades de Capital (y en términos similares el artículo 301.3 para el aumento por compensación de créditos), dispone lo siguiente:» A la operación deberá servir de base un balance aprobado por la junta general referido a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo de aumento del capital, verificado por el auditor de cuentas de la sociedad, o por un auditor nombrado por el Registro Mercantil a solicitud de los administradores, si la sociedad no estuviera obligada a verificación contable». Por su parte el artículo 363.4 del Reglamento del Registro Mercantil vigente dispone que: «Las mismas reglas serán de aplicación al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil del domicilio social... y al nombramiento del auditor a petición de los administradores, en defecto del nombrado por la Junta general, para la verificación prevista en los artículos 156 y 157 de la Ley de Sociedades Anónimas».

El Texto Refundido ha acogido la solución del antiguo y del vigente Reglamento del Registro Mercantil dando así rango legal a la exigencia de que en el supuesto de aumento de capital con cargo a reservas (o con cargo a compensación de créditos), el balance sea verificado por un auditor nombrado por el registrador Mercantil cuando la sociedad carezca de auditor de cuentas debidamente nombrado.

4. A la luz de las anteriores consideraciones resulta con claridad que el recurso no puede prosperar sin que los argumentos que el recurrente propone puedan desvirtuar lo anterior.

Del texto legal vigente resulta con claridad que salvo que la compañía tenga nombrado «auditor de cuentas de la sociedad» por estar «obligada a verificación contable», la auditoría debe llevarse a cabo por el auditor designado por el registrador Mercantil. No basta pues con que la sociedad haya designado un auditor sino que es preciso que sea precisamente el nombrado para auditar sus cuentas lo que remite a la regulación al respecto contenida en los artículos 262 y siguientes de la propia Ley de Sociedades de Capital. Dichos preceptos de forma indubitada se refieren al auditor como la persona encargada de verificar las cuentas anuales de la sociedad una vez cerrado el oportuno ejercicio y formuladas por el órgano de administración.

De aquí se sigue que cualquier otro nombramiento llevado a cabo por la sociedad para una finalidad distinta no es el previsto por el legislador a los efectos que nos ocupan. Nótese que en el supuesto de hecho el balance para cuya verificación se nombra auditor no es el balance de cierre del ejercicio ni, en consecuencia, el que se integra en las

cuentas anuales de la sociedad cuyo contenido es, ciertamente, más amplio al comprender la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, el estado de flujos de efectivo y la memoria (artículo 254 de la Ley de Sociedades de Capital). En consecuencia el auditor nombrado con ocasión de la aprobación de un balance que no es el de cierre de ejercicio y que no se integra en las cuentas anuales no es el «auditor de cuentas de la sociedad» a que se refiere el artículo 303.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Es cierto como pone de relieve el recurrente que la Resolución de 7 de diciembre de 1999 pareció aceptar la solución que propone el escrito de recurso pero aun en aquel supuesto se exigió que el nombramiento de auditor lo fuera por plazo determinado y no para una actuación singular. En cualquier caso el texto legal vigente deja escaso margen a la interpretación y es fruto de una decisión legislativa que, sin menoscabo del régimen de independencia y control al que están sometidos los auditores de cuentas, ha querido sancionar con rango de Ley y como medida adicional de transparencia del mercado, que el nombramiento de la persona encargada de verificar que la operación de aumento de capital con cargo a reservas cuenta con el debido respaldo patrimonial en balance, sea nombrada por el registrador Mercantil. De aceptarse la tesis del recurso la previsión legal de reforzamiento de las reglas de transparencia del mercado quedarían desvirtuadas por una decisión unilateral y «ad hoc» de la sociedad.

En consecuencia, 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, 1 de marzo de 2014.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.