

LA IMPUGNACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES, SU CALIFICACIÓN REGISTRAL Y EL DERECHO AL DIVIDENDO

ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA

Asesor Fiscal

Máster en Tributación/Asesoría Fiscal por el CEF

Este trabajo ha obtenido el *Accésit Premio Estudios Financieros 2008* en la Modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El jurado ha estado compuesto por: don Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, doña María Teresa BOTE GARCÍA, doña Soraya CALLEJO CARRIÓN, don Gonzalo DOMÍNGUEZ RUIZ, don Carlos ROGEL VIDE y don Alberto TAPIA HERMIDA.

Extracto:

EN el presente trabajo se trata principalmente un asunto escasamente abordado por la doctrina mercantil, cual es, ante una sentencia que declara la nulidad de un acuerdo de aprobación de cuentas anuales, por contravenir dichas cuentas normas contables, la forma de corregir las cuentas afectadas por la sentencia.

Parte de la doctrina que ha escrito sobre este asunto considera que deben reformarse o reformularse las cuentas del ejercicio afectado por la declaración de nulidad y las posteriores que pudieran ser contradictorias. Para el autor, esta doctrina es errónea, pues no toma en consideración normas contables –que son normas de Derecho mercantil– imperativas. Los errores en las cuentas anuales afectadas por una sentencia que declara nulo el acuerdo de su aprobación deben ser corregidos siguiendo las normas contables imperativas establecidas al efecto. Dichas normas ordenan corregir el error en las cuentas anuales correspondientes al ejercicio en que la sentencia adquiere firmeza. Se analizan, asimismo, tanto las nuevas normas contables nacionales en la materia como las precedentes y las Normas Internacionales de Información Financiera.

Se analiza también un tema que no es menor: el alcance de la calificación registral de las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil, que no está convenientemente delimitado en la práctica.

En el presente estudio se trata, además, sobre el derecho al dividendo en las sociedades mercantiles y sobre la ausencia de un deber de secreto del socio o accionista respecto a la información social de que conozca.

Palabras clave: cuentas anuales, impugnación de cuentas anuales, calificación registral, corrección de errores contables y dividendos.

Sumario

- I. La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005.
- II. Alcance del pronunciamiento de las sentencias en el proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y cooperativas.
- III. Sobre la corrección de errores contables procedentes de ejercicios anteriores* del PGC 1990 al PGC 2007.
- IV. El artículo 210.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.
- V. La calificación de las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil.
- VI. La causa del contrato de sociedad mercantil.
- VII. El derecho al dividendo en las sociedades mercantiles.
- VIII. ¿Y el deber de secreto del socio o accionista de las sociedades mercantiles?
- IX. Conclusiones.

* Sobre la normativa internacional al respecto puede verse: ESTEBAN CERDÁN y HARO PÉREZ: «NIC 8. Resultados del ejercicio: errores y cambios de criterios contables». *Revista Partida Doble*, núm. 150, diciembre 2003.

I. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE MAYO DE 2005

Con gran claridad de ideas, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 30 de enero de 2002 (rec, núm. 2542/1996. Sala de lo Civil), sentó que:

«... el derecho a percibir los beneficios y la cantidad que corresponde percibir, no debe ser confundida con conceptos afines. El accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como **derecho abstracto**, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como **derecho concreto**, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago.»

También con sumo acierto, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 3 de diciembre de 2003 ¹, consideró:

«Asimismo, no ofrece dudas que, impugnados acuerdos sociales cabe el examen de la corrección del balance presentado a la aprobación de los socios para precisar si, en unión de la restante documentación que reflejan las cuentas de la sociedad y cumplidas las previsiones de los artículos 175 y siguientes de la LSA, queda reflejada la imagen fiel de la sociedad y, en consecuencia, declarar o no la nulidad de los acuerdos sociales aprobatorios de las cuentas sociales; es decir, la declaración de una incorrecta formación del balance es presupuesto necesario para la declaración de nulidad del respectivo acuerdo social, pero **lo que no cabe en un procedimiento judicial promovido al amparo del artículo 115 de la citada Ley societaria es pedir al juzgador, como se hace en el suplico de la demanda rectora, que "ordene modificar los balances presentados"; ni aun en el caso de que se hubiera solicitado, lo que no sé (sic), la declaración de nulidad de alguno de los acuerdos sociales adoptados en la Junta General Extraordinaria de marzo de 1994, el pronunciamiento judicial vendría limitado a declarar la nulidad del acuerdo impugnado, sin que pueda acordar la modificación del balance controvertido.**» ²

¹ Revista CEFLEGAL. CEF, núm. 39, abril 2004.

² Entendemos que *Factum a iudice, quod ad officium eius non pertinet, ratum non est* (Gayo, D.50.17.170). «Lo hecho por un juez sin que corresponda a su competencia es nulo».

Esta doctrina es correcta, entre otras cosas, porque en materia contable, las disposiciones vigentes –dentro del respeto al cumplimiento del principio de imagen fiel– establecen o pueden establecer distintas opciones para la contabilización o reconocimiento contable de las operaciones económicas, lo cual debe quedar al arbitrio de los administradores sociales que formulan las cuentas y de la Junta General que las aprueba por mayoría. Es decir, puede darse el hecho de que se declare nulo un acuerdo social por contravenir las cuentas anuales algún principio contable obligatorio, pero eso no le atribuye al juez la posibilidad de acordar la modificación de las cuentas en un sentido determinado. Deben ser los administradores sociales los que, en base al acuerdo declarado nulo, corrijan las mismas, por los procedimientos que la propia normativa contable establece para la corrección de errores contables, y atendiendo a las posibles opciones que la normativa contable les ofrece, sometiendo, de nuevo ³, las cuentas a la aprobación de la Junta General.

Como certeramente ha señalado BAENA BAENA ⁴, «El respeto a los principios de la autoorganización y autogestión de las sociedades lleva a mantener que a los tribunales les cabe declarar la nulidad de un acuerdo **pero no sustituirlo por otro, de modo que no pueden inmiscuirse en la libertad de actuación de los órganos societarios imponiendo una manera concreta de gestionar los asuntos sociales...** Este mero carácter revisor de las acciones de impugnación determina también que el órgano jurisdiccional solo puede efectuar un control de legalidad del acuerdo, lo que significa que mediante el procedimiento de impugnación el juez solo puede realizar una fiscalización de la actividad mercantil de la propia sociedad en la medida en que la misma afecte a la validez o no del acuerdo, **ya que le está vedado en cualquier caso valorar los aspectos internos del mismo**». Este autor cita a DAMIÁN y ARIZA ⁵ insistiendo «en que los jueces no pueden entrometerse en la esfera de actuación de los órganos sociales pues ello iría en contra de la naturaleza asociativa que sirve de base a la voluntad colectiva manifestada en el acuerdo adoptado. Tesis explícitamente reconocida en la jurisprudencia constitucional (*vid.* La STC de 22 de noviembre de 1998), e implícitamente en algunas Sentencias del Tribunal Supremo, como la de 29 de noviembre de 1990».

Doctrina contraria a la expuesta en dichas sentencias, que es de esperar no cristalice en jurisprudencia y que, a juicio del que suscribe, causa una especial inseguridad jurídica en las sociedades mercantiles, es la establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005 (núm. 418/2005. Sala de lo Civil. Sección 1.ª) ⁶.

Según el antecedente de hecho tercero de la referida sentencia, «El Juez de Primera Instancia... dictó sentencia... "**ordenando que los beneficios del ejercicio 1994 se repartan entre los socios en proporción a sus participaciones** sin hacer pronunciamiento sobre las costas causadas en este procedimiento"». La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada, confirmando dicha resolución en todas sus partes y pronunciamientos.

³ Esta sería, en principio, la solución, sin tener en cuenta la normativa contable sobre corrección de errores de ejercicios anteriores. Pero, en mi opinión, la solución correcta pasa por aplicar la referida normativa contable sobre corrección de errores, como veremos en otro apartado de este trabajo.

⁴ «Legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales (De la Junta General de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada y de la Asamblea General de la sociedad cooperativa)». Marcial Pons, 2006.

⁵ «Impugnación de los acuerdos de sociedades anónimas». Madrid, 2000.

⁶ www.westlaw.es.

El Tribunal Supremo, que declara no haber lugar al recurso de casación formalizado por la mercantil demandante, en el fundamento de derecho primero, sienta que:

«El motivo no prospera. Los socios, conforme al artículo 85 invocado en el recurso, en relación al 215 de la Ley de Sociedades Anónimas, tienen derecho a los dividendos según su participación en el capital social, salvo disposición contraria de los Estatutos. **La autorización estatutaria de poder dedicar la totalidad de los beneficios a constituir reservas libres para nada quedó acreditada...**».

Parece que el Tribunal Supremo interpreta que el *destino natural* de los beneficios de las sociedades mercantiles es el reparto de los dividendos a los accionistas o socios y que si se decide dedicar el resultado a constituir reservas libres esto ha de estar establecido en los estatutos sociales.

El Tribunal acude al artículo 85 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) para basar su argumentación. Dicho artículo es del siguiente tenor:

«Artículo 85. **Distribución de dividendos.** Salvo disposición contraria de los estatutos, la distribución de dividendos a los socios se realizará en proporción a su participación en el capital social.»

El Tribunal olvida, sin embargo, que el artículo 44 de la misma ley dispone que es competencia de la Junta General: «a) la censura de la gestión social, la aprobación de las cuentas anuales **y la aplicación del resultado**». Disponiendo, asimismo, el artículo 45.2 que «los administradores convocarán la Junta General para su celebración dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio con el fin de censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior **y resolver sobre la aplicación del resultado...**».

Parecía pacífica la interpretación del artículo 85 de la LSRL (*in claris non fit interpretatio*), pues dicha disposición parece referirse al supuesto normal en el que todas las participaciones sociales tienen los mismos derechos económicos, salvo que los estatutos dispongan otra cosa respecto a posibles **dividendos privilegiados** (están admitidos pactos estatutarios que establezcan la detracción obligatoria de un determinado porcentaje del beneficio del ejercicio para su reparto exclusivo entre determinadas participaciones sociales; establecer y repartir los beneficios por cabezas, esto es, independientemente del número de participaciones sociales que cada socio posea, etc. *Vid. Memento* «Sociedades Mercantiles», 2006. Francis Lefebvre).

Además, el Tribunal Supremo va más allá y parece extender dicha doctrina a las sociedades anónimas, pues cita expresamente el artículo 215 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), que dice:

«1. La distribución de dividendos de los accionistas ordinarios se realizará en proporción al capital social que hayan desembolsado».

El artículo 95 de la LSA, que se refiere a la Junta ordinaria, dice: «La junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de

cada ejercicio, pare censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior **y resolver sobre la aplicación del resultado».**

Dicho artículo, como puede verse, es del mismo tenor que el artículo 45.2 de la LSRL. Son los socios o accionistas, los que constituidos en Junta General deciden, por mayoría, la aplicación que debe darse al resultado. Como ha señalado CABREJAS GUIJARRO⁷, «ha de concluirse que en tanto la Junta General no acuerde expresamente el reparto de dividendos con los beneficios recogidos, la aparición en la documentación contable de la sociedad de dichos beneficios nunca se ha interpretado por la Jurisprudencia como un reconocimiento tácito por la misma Junta de tal crédito líquido y exigible a favor de los accionistas».

Que no existe una obligación legal al reparto anual de beneficios (y, evidentemente, al reparto de *todos* los beneficios) se infiere de otros artículos de la legislación societaria. Así, el artículo 130 de la LSA, relativo a la retribución de los administradores, dice:

«La retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos. Cuando consista en una participación en las ganancias, solo podrá ser detráida de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria **y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento, o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido.**»

Sobre los **dividendos sociales**, la doctrina mayoritaria⁸ entiende que «en la distribución de dividendos se materializa el derecho del socio a participar en el reparto de las ganancias sociales, que constituye uno de los derechos básicos atribuidos por la titularidad de la acción (art. 48.2 LSA) y de la participación social. Pero **legalmente no existe un verdadero derecho subjetivo del socio al reparto anual de beneficios**, en el sentido de que la sociedad tenga que repartir forzosamente las ganancias obtenidas en cada ejercicio. La sociedad puede destinar una parte de las ganancias repartibles a la constitución de reservas voluntarias, y hasta suspender del todo la distribución de dividendos cuando las necesidades de la empresa lo requieran, incluso durante varios ejercicios. De ahí que deba distinguirse el derecho a participar en las ganancias, como **derecho abstracto** que no atribuye al socio ninguna acción de pago de cantidad, y el derecho al dividendo repartible en un determinado ejercicio económico, que deriva del anterior, pero **que es el único que hace nacer a favor de los socios un crédito concreto sobre la parte proporcional de los beneficios que la junta general haya acordado repartir**».

En la referida sentencia del Tribunal Supremo (fundamento de Derecho primero) se argumenta que «**carece de toda justificación, debidamente probada**» la decisión de no repartir dividendos, ya que «tampoco se acreditó alguna iliquidez de la sociedad».

El Tribunal Supremo se inmiscuye, a mi modo de ver de forma injustificada, en la gestión social de las sociedades mercantiles. Nada tiene que ver que una sociedad tenga o no liquidez para

⁷ «Sociedades Anónimas: Derecho al dividendo». Revista *CEFLegal*. CEF, núm. 75, abril 2007.

⁸ Por todos, IGLESIAS y GARCÍA DE ENTERRÍA: «Las cuentas anuales de las Sociedades Anónima y Limitada». En la obra colectiva «Lecciones de Derecho Mercantil», dirigida por AURELIO MENÉNDEZ. Thomson/Civitas, 2005.

que se acuerde o no el reparto de dividendos. Las sociedades se constituyen con un objeto social determinado y los administradores sociales y la mayoría de los socios, en su libertad de configuración de la gestión social pueden libremente acordar retener las ganancias sociales con el fin de que la sociedad –en el cumplimiento de su fin social– crezca y acometa nuevos negocios. Únicamente en el caso de que una sociedad tuviera durante largos períodos de tiempo capitales ociosos sin invertir en lo que es el objeto social de la compañía podría considerarse abusivo el hecho de no repartir dividendos a los socios. Pero aun en ese caso, a los jueces les está vedado determinar el *quantum* del beneficio repartible, pues se erigen así en administradores de la sociedad.

Desde el punto de vista del orden público socio-económico, la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en dicha sentencia es peligrosa. A todos interesa (a la propia sociedad, a los trabajadores, acreedores, etc.) la capitalización de las compañías mercantiles. Asimismo, la normativa exige a determinadas empresas (por ejemplo, las que contratan con las distintas Administraciones Públicas) la acreditación de la pertinente solvencia económica a la hora de ser contratistas del Estado, lo que refuerza la necesidad de capitalización de las sociedades que acuden con habitualidad a los concursos públicos.

Al abrigo de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en meritada sentencia es posible que en el futuro se planteen muchas impugnaciones de acuerdos sociales con el fin de que se distribuyan los beneficios de las sociedades mercantiles, vía dividendos.

II. ALCANCE DEL PRONUNCIAMIENTO DE LAS SENTENCIAS EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS, DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y COOPERATIVAS

Como ha señalado GIMENO SENDRA ⁹, «en cualquier caso, la pretensión declarativa ha de ser siempre negativa y no "positiva" pues "el procedimiento especial no posibilita pronunciamientos declarativos de derechos, ya que estos no tienen cabida en el cauce para el que el primero fue creado, cual es la mera impugnación de acuerdos sociales" (SSTS de 2 de noviembre de 1985, 28 de enero de 1986, 5 de julio de 1986 y 19 de noviembre de 1986, SAP de Madrid, de 8 de noviembre de 1993). El proceso de impugnación de acuerdos sociales tiene, pues, que entrañar, por su propia naturaleza, siempre y en todo caso, una pretensión negativa o de mera declaración de nulidad o, en su caso, de anulabilidad (STS de 27 de marzo de 2001, r.4767). **En este sentido, el pronunciamiento judicial vendrá limitado, a declarar la nulidad de los acuerdos sociales que versen, a modo de ejemplo, sobre la aprobación de un balance controvertido, pero en ningún caso, podrá, al propio tiempo, acordar, en este mismo ejemplificativo supuesto, la modificación de dicho balance** (STS de 3 de diciembre de 2003, r.8521)» ¹⁰.

⁹ «Derecho Procesal Civil». II. «Los Procesos Especiales». Colex, 2005.

¹⁰ Antecedentes jurisprudenciales sobre este asunto pueden verse en: CARRERA GIRAL, «Ley de Sociedades Anónimas», Volumen II. Bosch, 1991. Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1972.

Asimismo, como señala este autor respecto a la ejecutoriedad, «no todas las sentencias firmes y de fondo permiten la apertura del proceso de ejecución, sino solo las de condena al cumplimiento de una determinada prestación, pues las declarativas y las constitutivas no son susceptibles de ejecución (art. 521.1), sin perjuicio de la pertinente publicidad e inscripción en los Registros que, con respecto a las constitutivas, pueda acordar el órgano jurisdiccional a fin de garantizar sus efectos *erga omnes* (arts. 521.2 y 522)...»¹¹

VÁZQUEZ CUETO¹², entiende, respecto a una reiterada actitud de la junta general de no aplicar el resultado, que «el problema radicaría entonces en determinar las consecuencias jurídicas de una reiterada actitud de la junta general de no aplicar el resultado de ejercicio o de aplicarlo de manera contraria a lo dispuesto legal o estatutariamente, puesto que **las eventuales resoluciones judiciales que fallaran sobre la impugnación de los correspondientes acuerdos se limitarían, a nuestro juicio, a declarar su nulidad, sin que pudiera ordenar una asignación del resultado conforme a la disciplina aplicable, dado que la decisión asamblearia, aunque debida, se considera irremplazable.** Especial interés revestiría el asunto cuando la preceptiva asignación desatendida consistiera en el reconocimiento a terceros de derechos de crédito sobre la base de su participación en las ganancias sociales, reconocimiento que supondría una auténtica obligación de hacer para la junta general de la sociedad. En estos casos la solución quizá pudiera orientarse por el cauce del ejercicio por parte de los titulares de los derechos subjetivos a esa prestación de hacer de una acción dirigida a obtener de los Tribunales una sentencia de condena a la sociedad de observancia de tal deber, condena cuya falta de cumplimiento podría derivar en la imposición de una indemnización de daños y perjuicios a la sociedad por un importe al menos equivalente al que habría de percibirse en concepto de participación».

En mi opinión, en el proceso de impugnación de acuerdos sociales, una sentencia que ordena que los beneficios del ejercicio se repartan entre los socios, como la que confirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005, que transgrede los límites del citado proceso –el pronunciamiento judicial vendrá limitado a declarar la nulidad de los acuerdos sociales. STS de 3 de diciembre de 2003– vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución y puede dar lugar, en su momento, a la presentación de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por vulneración de dicho derecho fundamental. Previamente la sociedad demandada habrá de alegar en las distintas instancias judiciales:

- 1.º Los excesos del demandante en su pretensión, que ha de limitarse a la anulación de los acuerdos sociales.
- 2.º Los excesos del órgano judicial si en la sentencia se han vertido pronunciamientos distintos a la declaración de nulidad de los acuerdos sociales.

Otra cuestión que tiene que ver con la impugnación de los acuerdos de aprobación de cuentas anuales es la siguiente. Como establece el artículo 199 de la LSA, respecto al *objeto de la memoria*,

¹¹ «Derecho Procesal Civil». I. «El proceso de declaración». Parte General. Colex, 2005.

¹² «La sociedad anónima». Volumen 5. «Las cuentas y la documentación contable en la sociedad anónima». Marcial Pons, 2001.

«la memoria completará, ampliará y comentará el contenido de los otros documentos que integran las cuentas anuales». Se deduce claramente que la memoria tiene un objeto explicativo, entre otras cuestiones, de las cantidades que aparecen acumuladas en las cuentas. Una de las menciones en la memoria exigidas por el artículo 200 de la LSA es la relativa al «importe de los sueldos, dietas y remuneraciones **de cualquier clase** devengados ¹³ en el curso del ejercicio por el personal de alta dirección y los miembros del órgano de administración, **cualquiera que sea su causa...**».

Puede ocurrir que, **de forma contraria a la ley y a los estatutos**, los miembros del órgano de administración de una sociedad perciban retribuciones, **lo que a nuestro juicio ha de ser atacado por cauce distinto a la impugnación del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales**, máxime si dicha impugnación se concentra en la pertinencia o no de consignar dichas retribuciones en las notas de la memoria (lo que pretende el art. 200 LSA es que se informe de lo percibido por los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa, con independencia de si la causa es lícita o no; no siendo este artículo título válido para atacar la ilicitud de las retribuciones de los administradores). Es decir, si los miembros del órgano de administración han percibido retribuciones, sin base legal o estatutaria, y las han consignado en la memoria, no existe, a nuestro juicio, infracción alguna de las normas mercantiles que disciplinan la elaboración y presentación de las cuentas anuales, pues estas presentan la *imagen fiel* de la contabilidad, dado que las cuantías percibidas o devengadas están contabilizadas y explicadas en la memoria, por lo que no hay base legal para sustentar la anulación de un acuerdo de aprobación de cuentas anuales.

En sentido contrario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2007 (rec. núm. 494/2000. Resolución 1392/2007), que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial que declaró la nulidad del acuerdo de aprobación de cuentas. Debe tenerse en cuenta que la nota de la memoria no está *para justificar* la pertinencia o no de los sueldos y salarios de los administradores no establecidos estatutariamente, sino para informar de las retribuciones que estos hayan percibido, por cualquier causa. La ilicitud de la causa ha de atacarse por medios distintos a la impugnación del acuerdo de aprobación de las cuentas.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 5 de diciembre de 2007 (rec. núm. 793/2007. Resolución 639/2007) se expresa con gran claridad de ideas: «Pues bien, la Sala no puede estar más de acuerdo con las conclusiones de la juzgadora a quo, breves, pero atinentes al caso, esto es que no se trata de discutir en este procedimiento si el administrador tenía derecho o no a cobrar su retribución en el año 2004, cuyas cuentas se aprueban en el 2005, se trata de determinar si dicha retribución tuvo su reflejo en las cuentas de la sociedad, y lo cierto es que lo tuvo, luego refleja la contabilidad la realidad de lo acontecido y por ello su imagen fiel por más que, en su caso, resultase irregular la retribución del administrador. Circunstancia esta que debe atacarse, y de hecho existen entre las mismas partes otros pleitos sobre esta cuestión, a través de la impugnación del Acuerdo de retribución, como se ha hecho igualmente, o bien a través del ejercicio de la acción social de responsabilidad».

¹³ En nuestra opinión, el término *devengo* utilizado en esta disposición lo es a los meros efectos contables, pues puede ocurrir que se hayan devengado retribuciones que estén pendientes de cobro. No ha de entenderse en términos jurídicos como «tener derecho al cobro».

Como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 12 de septiembre de 2007 (rec. núm. 82/2006. Resolución 250/2007), «la declaración contable no es una declaración de voluntad, sino de conocimiento o de verdad, que se refiere a un negocio, a un acto o a un hecho, que por sí misma no obliga aunque puede tener valor como negocio de fijación, y está siempre sometida a libre apreciación de los tribunales (art. 31 CCom.)». Aunque la Audiencia considera que el problema suscitado no presenta interés para la decisión del caso, señala que el motivo plantea la cuestión de «si el Acuerdo de Aprobación de las cuentas puede ser impugnado por razón de que el acto jurídico del que trae causa el apunte contable es irregular, ineficaz, ilícito o nulo...» Si «cabe impugnar, no obstante la exactitud del dato o de la indicación, no ya el apunte o la inclusión en los documentos del dato o apunte, sino el acto jurídico que da pie y del que traen causa los apuntes. O si, por el contrario, las cuentas han de aprobarse porque lo que se somete a la aprobación es precisamente la exactitud de las cuentas, dejando de lado para otro litigio el debate sobre la regularidad sustancial o de fondo de las operaciones que se reflejan en las cuentas». La respuesta a esta cuestión, a nuestro entender correcta, es la aportada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, antes citada.

III. SOBRE LA CORRECCIÓN DE ERRORES CONTABLES PROCEDENTES DE EJERCICIOS ANTERIORES ¹⁴ DEL PGC 1990 AL PGC 2007

«Es posible que una cuestión no se encuentre bien resuelta porque se ha afrontado tradicionalmente desde un punto de vista equivocado».

P.M. HERRERA MOLINA ¹⁵

Como señala el preámbulo de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base a la normativa de la Unión Europea (BOE núm. 160, de 5 de julio de 2007), a través de sucesivas reformas legales, «se ha ido configurando un auténtico **Derecho contable** en España, incardinado en el **Derecho Mercantil**», refiriéndose enseguida al «Derecho Mercantil Contable», terminología en la que se vuelve a incidir en la Introducción (apdo. I.3) del Plan General de Contabilidad de 2007: «**Derecho Mercantil Contable español**» ¹⁶.

¹⁴ Sobre la normativa internacional al respecto puede verse: ESTEBAN CERDÁN y HARO PÉREZ: «NIC 8. Resultados del ejercicio: Errores y cambios de criterios contables». *Revista Partida Doble*, núm. 150, diciembre 2003.

¹⁵ «Creatividad en la Investigación Jurídica: un modelo aplicado al Derecho Financiero y Tributario». *Impuestos*, núm. 13, julio 2006.

¹⁶ La expresión «Derecho mercantil contable» fue utilizada también en su Informe por la Subcomisión para el estudio de los aspectos jurídicos mercantiles (presidida por el mercantilista Fernando SÁNCHEZ CALERO). *Vid.* «Informe sobre la situación actual de la contabilidad en España y líneas básicas para abordar su reforma», más conocido como «Libro Blanco para la reforma de la contabilidad en España». Ministerio de Economía/Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 2002. Asimismo, el Presidente del ICAC, GONZÁLEZ GARCÍA, ha utilizado esta expresión «Derecho mercantil contable» en su artículo «La reforma de la normativa contable española» (*Partida Doble/Estrategia Financiera*. Directorio 2008, enero 2008).

La vulneración de una norma contable **imperativa**, excepto cuando sea de aplicación el principio de **importancia relativa**¹⁷, es, en principio, causa suficiente para sustentar la nulidad del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales de una sociedad mercantil.

Declarada judicialmente la nulidad de dicho acuerdo por la referida causa *–incumplimiento de una norma contable obligatoria–* parece que la resolución judicial nos está señalando una directriz: «DEBE CUMPLIRSE TODA NORMA CONTABLE OBLIGATORIA, SO PENA DE SER ANULADO EL ACUERDO DE APROBACIÓN DE LAS CUENTAS».

De esta directriz se infiere que ha de cumplirse toda norma contable obligatoria y que la jurisdicción ha de respetar, asimismo, la aplicación de toda norma contable obligatoria¹⁸. Nos estamos refiriendo, en este caso, a la norma contable obligatoria

.../...

¹⁷ Que también es una norma contable.

Según el Plan General de Contabilidad de 1990: «**Principio de importancia relativa**. Podrá admitirse la no aplicación estricta de algunos de los principios contables, siempre y cuando la importancia relativa en términos cuantitativos de la variación que tal hecho produzca sea escasamente significativa, y, en consecuencia, no altere las cuentas anuales como expresión de la imagen fiel a la que se refiere el apartado 1».

Según el Plan General de Contabilidad de 2007: «**Importancia relativa**. Se admitirá la no aplicación estricta de algunos de los principios y criterios contables cuando la importancia relativa en términos cuantitativos o cualitativos de la variación que tal hecho produzca sea escasamente significativa y, en consecuencia, no altere la expresión de la imagen fiel. Las partidas o importes cuya importancia relativa sea escasamente significativa podrán aparecer agrupados con otros de similar naturaleza o función».

Téngase en cuenta, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2007 (Resolución núm. 480/2007), que con pleno acierto sostiene que a efectos de la posible nulidad de los acuerdos sociales, «no todas las infracciones legales tienen la misma entidad, y su efecto ha de ser proporcional a su entidad y trascendencia...».

También debe tenerse en cuenta si la información errónea o ausente en las cuentas anuales menoscaba o no la imagen fiel. Así, el ICAC, en respuesta a consulta (BOICAC núm. 70, de junio de 2007) «sobre el ejercicio al cual afecta la nueva información a incluir en la memoria de las cuentas anuales a raíz de la modificación introducida en el artículo 200 del Texto Refundido de la LSA por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y sobre la necesidad de incorporar dicha información en los modelos de memoria», ha señalado que **su «ausencia no menoscaba el fin que persiguen las cuentas anuales de lograr la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa...».**

Como ha señalado VICENT CHULLÁ («Disposiciones generales, balance, cuenta de pérdidas y ganancias», en «Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles». Tomo VIII, «Las cuentas anuales de la sociedad anónima»; dirigido por URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA: Civitas, 2000), «en Derecho español es pacífico que la violación de cualquier norma contable mercantil, legal o reglamentaria (por ejemplo, contenida en el PGC en sus Partes 1.ª, 4.ª y 5.ª), determina la nulidad del acuerdo: omisión de partidas, partidas ficticias, falta de separación de partidas (supuesto de la STS de 12 de mayo de 1982), valoraciones y estimaciones contrarias a la ley; **y siempre que por sus aspectos cualitativos y cuantitativos no sea de aplicación el principio de importancia relativa**. Tanto si infringen normas relativas a los aspectos formales de presentación de las cuentas (principio de «claridad») como si la infracción afecta al principio de «veracidad»; y tanto si la infracción produce infravaloración como si produce sobrevaloración –con riesgo de la integridad del capital– y no solo en el segundo caso...».

¹⁸ Por si no quedaba claro, respecto a la obligatoriedad de la norma contable, el Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), GONZÁLEZ GARCÍA, ha señalado que «quiero destacar que el presente Plan General de Contabilidad es una norma jurídica...» (Presentación de la obra colectiva «Nuevo Plan General Contable aplicado». Biblioteca Empresarial *Cinco Días*. CEF, 11 de febrero de 2008).

.../...

que disciplina la *corrección de errores contables*, incluso los que han sido puestos de manifiesto a través de un proceso de impugnación de acuerdos sociales. Esta norma imperativa sobre *corrección de errores* forma parte de «la denominada por los juristas **contabilidad material**»¹⁹. Como ha señalado VÁZQUEZ CUETO²⁰, la *contabilidad material* «contiene las pautas por las que debe regirse la efectiva elaboración del conjunto documental contable... El legislador ha diseñado un sistema sobre *contabilidad material* alrededor de su fase culminante...». Para este autor, «el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones a favor de la nulidad de un acuerdo que incumple las reglas sobre *contabilidad material*...».

La *sentencia tipo* que escogemos como modelo para este comentario falla lo siguiente:

«... debo declarar la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta de socios de la Sociedad X el ... de... de... en relación con el punto 1.º del orden del día ("Examen y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales, informe de gestión, y propuesta de aplicación de resultados, correspondientes al ejercicio social de ...") quedando el mismo sin efecto con las consecuencias inherentes a dicha anulación, especialmente la improcedencia de la retribución de los administradores y anulación de acuerdos que posteriormente haya adoptado la Sociedad que traigan causa del acuerdo nulo y resulten contradictorios con el mismo, sin hacer expresa declaración sobre las costas.»

Previamente y antes del fallo (al final de sus fundamentos de Derecho), puede leerse en la sentencia:

«A pesar de la estimación íntegra de la demanda, se aprecian en el presente caso serias dudas de hecho (con el enfrentamiento de dos posiciones doctrinales en la materia) que debe conllevar, en base al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) que no exista una declaración expresa de las costas, debiendo cada parte abonar las ocasionadas a su instancia y las comunes por mitad.»

¹⁹ Así se expresa el «Informe de la Subcomisión para el estudio de los aspectos jurídico mercantiles». Ob. cit. «...las normas relativas a la denominada por los juristas "contabilidad material" (cuentas anuales)...».

²⁰ «La sociedad anónima. Las cuentas...». Ob. cit. La *contabilidad formal* «incluye las normas centradas en la ordenación de la manera cómo ha de presentarse en su apariencia externa los libros y documentos contables que lleven los empresarios». Asimismo, nos parece que la Ley concursal hace una subclasificación de lo que se entiende por **contabilidad material**. El Título III del Libro I del Código de Comercio está dedicado a la «contabilidad de los empresarios». La Sección Primera de dicho título se denomina «De los libros de los empresarios» y la Sección Segunda «De las cuentas anuales». En la regulación de la *calificación del concurso*, el artículo 164.2 de la Ley concursal establece una presunción *iuris et de iure* en la que uno de los supuestos en los que se califica el concurso como culpable es «cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación...». A nuestro entender, se está refiriendo a las obligaciones de la referida Sección Primera. El artículo 165 de la Ley concursal establece una presunción *iuris tantum* de calificación del concurso como culpable, siendo uno de los supuestos «Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de la contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios a la declaración de concurso». En este último caso, la Ley concursal se está refiriendo a las obligaciones de la citada Sección Segunda.

Puede ocurrir que ante una impugnación judicial del acuerdo social de aprobación de las cuentas anuales de un ejercicio dado se pongan de manifiesto errores, incurridos por las personas que formulan las cuentas, en la aplicación de la normativa contable. A continuación se expone la forma de corregir dichos errores, especialmente cuando se trata de «errores de Derecho», que entiendo aplicable en base a la propia normativa contable.

La normativa contable de obligatoria observancia ha arbitrado los mecanismos adecuados para la corrección de errores contables, cualquiera que sea la forma en que estos se pongan de manifiesto, lo cual incluye los errores puestos de manifiesto por sentencias que declaren la nulidad de acuerdos de aprobación de cuentas sociales, por contravenir estas la normativa contable.

En mi opinión, el juez no puede desconocer la normativa contable de aplicación relativa a la corrección de los errores contables. Es decir, si se anula el acuerdo de aprobación de cuentas anuales por contravenir estas algún precepto normativo contable, no es necesaria la reformulación de las cuentas del ejercicio que han resultado anuladas, como veremos enseguida. **Es más, la reformulación supondría, a nuestro juicio, una vulneración de la normativa contable de obligatoria aplicación en materia de corrección de errores.** Por ello, el órgano judicial se ha de limitar, como sienta el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de diciembre de 2003, a declarar la nulidad del acuerdo de aprobación de cuentas, no pudiendo realizar pronunciamientos como ordenar la reforma de las cuentas objeto del litigio. Estamos ante un caso análogo a cuando se solicita la convocatoria judicial de junta de una sociedad de responsabilidad limitada. Si los Estatutos sociales contemplan que la convocatoria se efectuará por carta certificada a todos los socios, la resolución judicial que resuelva la convocatoria de la junta no podrá disponer, aunque así lo solicite quien insta la convocatoria judicial, que la misma se realice mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en el término municipal del domicilio social como dispone el artículo 46.1 de la LSRL, sino que habrá de respetar la forma de convocatoria prevista en los Estatutos, dado que el artículo 46.2 faculta la sustitución, vía estatutaria, del sistema de comunicación anterior por otros medios.

A continuación se transcribe la contestación del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) a Consulta número 1 del BOICAC número 34, julio de 1998:

Consulta número 1 del BOICAC número 34/Julio de 1998

| | |
|-------------------|---|
| Consulta: | Sobre la corrección de errores contables procedentes de ejercicios anteriores. |
| Respuesta: | Las cuentas anuales deben reflejar la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa. Por ello, en la medida que se detecten errores en la contabilidad, se deben investigar las causas que han originado dichos errores y proceder al ajuste de las partidas implicadas. En todo caso, será de aplicación la norma de valoración 21. ^a «Cambios en criterios contables y estimaciones», contenida en la quinta parte del Plan General de Contabilidad, en el sentido de considerar que el efecto que ocasiona el error se produce al inicio del ejercicio en que se pone de manifiesto; el efecto acumulado de las variaciones de activos y pasivos que sean consecuencia del citado error se incluirá como un resultado extraordinario en la cuenta de pérdidas y ganancias. En la memoria de las cuentas anuales la empresa deberá incluir cualquier información significativa sobre los errores que se hayan podido producir; en concreto se especificarán las causas que los motivaron. |

Asimismo, la norma de valoración 21.^a del Plan General de Contabilidad de 1990, citada por el ICAC, es del siguiente tenor:

«21.^a Cambios en criterios contables y estimaciones.

Por aplicación del principio de uniformidad no podrán modificarse los criterios de contabilización de un ejercicio a otro, salvo casos excepcionales que se indicarán y justificarán en la memoria y siempre dentro de los criterios autorizados por este texto. En estos supuestos, se considerará que el cambio se produce al inicio del ejercicio y se incluirá como resultados extraordinarios en la cuenta de pérdidas y ganancias el efecto acumulado de las variaciones de activos y pasivos, calculadas a esa fecha, que sean consecuencia del cambio de criterio.

Los cambios en aquellas partidas que requieren para su valoración realizar estimaciones y que son consecuencia de la obtención de información adicional, de una mayor experiencia o del conocimiento de nuevos hechos, no deben considerarse a los efectos señalados en el párrafo anterior como cambios de criterio contable.»

Las Normas de Valoración, contenidas en la Quinta Parte del Plan General de Contabilidad de 1990, **son de aplicación obligatoria**, tal y como se señala en la propia norma 1.^a y en el artículo 2 del Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

Como señalan los autores del «Manual de Contabilidad Financiera»²¹, el Plan General de Contabilidad (1990) mantiene el mismo criterio que el establecido para el cambio de criterios contables para el caso de que «la entidad detecte **errores cometidos en ejercicios anteriores**: deberán contabilizarse en el ejercicio en el que son conocidos como una partida de gastos extraordinarios, **sin posibilidad de rectificar los estados financieros pasados ya presentados**.

La rectificación retroactiva solo se permite cuando la información indicada en las partidas de los dos años presentados (el corriente y el precedente) no sea comparable por una modificación en la estructura del Balance o por realizarse un cambio de imputación. En este caso, se deberá adaptar los importes del ejercicio precedente **a efectos de su presentación en el ejercicio corriente**».

En respuesta a Consulta de fecha 10 de febrero de 2006, **ya sobre el caso concreto de errores puestos de manifiesto mediante sentencia firme recaída en procedimiento de impugnación de acuerdos sociales**, el ICAC se reitera en su anterior doctrina:

«En relación con la consulta formulada ante este Instituto sobre la corrección de un error contable que ha llevado a declarar por sentencia firme la nulidad del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales, se manifiesta lo siguiente:

²¹ «Manual de Contabilidad Financiera». Equipo de profesores del Departamento de Gestión Financiera de la Universidad Pontificia de Madrid (ICADE). Thomson/Aranzadi, febrero 2007.

En primer lugar, es preciso señalar que la contestación a la presente consulta se realiza desde una perspectiva estrictamente contable, al margen de las posibles implicaciones fiscales que pudieran derivarse de los hechos descritos en la misma.

Del texto de la consulta parece desprenderse que tras un procedimiento judicial de impugnación de acuerdos sociales, se ha dictado una sentencia firme por la que se declara, **como consecuencia de errores contables**, la nulidad del acuerdo de aprobación de cuentas anuales de un **ejercicio anterior**. En particular, el consultante desea conocer si en aplicación de la normativa contable vigente en materia de corrección de errores, los errores contables en que se hubiera incurrido y puestos de manifiesto por un(a) resolución judicial firme han de subsanarse en las cuentas anuales correspondientes al ejercicio en que la citada sentencia judicial es firme.

A efectos de los criterios contables aplicables al supuesto planteado, este Instituto entiende que, con independencia de las consecuencias jurídicas que se deriven de la sentencia firme por la que se declara la nulidad del acuerdo de aprobación de cuentas anuales, la corrección de errores contables procedentes de ejercicios anteriores debe ajustarse a lo establecido en la norma de valoración 21.^a Cambios en criterios contables y estimaciones, contenida en la quinta parte del Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre.

En este sentido, **y para este caso**, se entiende aplicable la consulta número 1, publicada en el BOICAC número 34, y a la que hace mención el consultante.»

Como se deduce de la contestación, el ICAC, con pleno acierto, atiende a la *vis directiva* de la norma general sobre corrección de errores, cualquiera que sea la forma en que los errores se hayan detectado o puesto de manifiesto.

Asimismo, sobre el contenido del término «**error**», la Resolución de 15 de junio de 2000, del ICAC, por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre «Errores e Irregularidades», señala que:

«El término "error" se refiere, en el contexto de esta norma técnica, a actos u omisiones no intencionados cometidos por uno o más individuos, sean de los administradores, de la dirección, de los empleados de la entidad auditada, o de terceras personas ajenas a ésta, que alteran la información contenida en las cuentas anuales, tales como:

- Errores aritméticos o de transcripción en los registros y datos contables.
- Inadvertencia o interpretación incorrecta de hechos.
- **Aplicación incorrecta de principios y normas contables.»**

La Dirección General de Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea, ante la consulta sobre el tratamiento contable de los errores puestos de manifiesto mediante sentencia de los tri-

bunales de justicia y su tratamiento según las Directivas contables, respondió, con fecha 23 de enero de 2006:

«Cuando una empresa entra en el ámbito del Derecho nacional por lo que se refiere a sus estados financieros, es decir, las disposiciones de la Cuarta y la Séptima Directivas sobre Derecho de sociedades incorporadas al Derecho nacional, entonces son de aplicación las disposiciones del Derecho nacional. **La Cuarta Directiva sobre Derecho de sociedades no trata explícitamente de cómo deberían realizarse las correcciones contables. Sin embargo, el artículo 31, apartado 1, letra f) dispone que el balance de apertura de un ejercicio deberá corresponder al balance de cierre del ejercicio precedente. Esto puede interpretarse como que los cambios deberían realizarse en los estados financieros del ejercicio presupuestario en que se descubran.»**

Para MORALES MORENO ²², el «error de derecho», «se refiere a las normas jurídicas. Implica desconocimiento de su existencia o un inadecuado conocimiento de las mismas, tal como deben entenderse y aplicarse en el ordenamiento correspondiente; comprende, por tanto, el error acerca de los criterios con los que han de ser interpretadas (jurisprudencia)». RODRÍGUEZ MORATA ²³, refiere, asimismo, que el error «será de derecho si la ignorancia o falso conocimiento recae sobre una norma jurídica».

Cuando el ICAC, en la respuesta a consulta antes citada (del año 1998), dice que «el error se produce al inicio del ejercicio en que se pone de manifiesto», considero que en un caso normal, no sometido a pleito, se está refiriendo al ejercicio en el que los administradores de la sociedad, por iniciativa propia o de terceros, caen en la cuenta del error. En el caso de que el asunto se manifieste vía impugnación de las cuentas, el error se pondría de manifiesto en el ejercicio en el que la sentencia **firme** declarara la incorrección (como así aclara específicamente el ICAC en la respuesta a consulta del año 2006), y se incluirá el efecto de la corrección como **resultados extraordinarios** de ese ejercicio, con la explicación pertinente en la memoria. La diferencia fundamental entre lo establecido en el Plan General de Contabilidad (PGC) de 1990 y la NIC 8, es, como han señalado OTAL FRANCO y SERRANO GARCÍA ²⁴, que en el PGC la corrección del error se realiza **vía resultados extraordinarios** y en la NIC 8 **vía ajuste a reservas**. Para estos autores, «en tales casos, la NIC 8 impide la inclusión del ajuste para subsanar el error **en el resultado** del período en el que ha sido descubierto. A cambio, exige el mismo tratamiento que se puso de manifiesto al abordar los cambios en políticas contables. Esto es, la empresa debe corregir los errores de períodos anteriores como si el error nunca hubiera tenido lugar, incorporando el efecto neto de la corrección **al saldo inicial de reservas** del primer período para el que se presenta la información».

Entiendo que no existe justificación para defender procedimientos distintos para corregir errores contables cuando estos son puestos de manifiesto en unos casos mediante sentencia judicial y en otros casos por vía diferente (*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*). ¿Cuál sería la jus-

²² Voz «error de derecho». Enciclopedia Jurídica Básica. Volumen II. Editorial Civitas, 1995.

²³ En la obra colectiva: «Comentarios al Código Civil». Coordinada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Editorial Aranzadi, 2001.

²⁴ «Presentación de Estados Financieros». En la obra colectiva: «Las Normas Internacionales de Información Financiera: Análisis y Aplicación». Thomson/Civitas, 2006.

tificación plausible para que en un caso –sentencia judicial– deban reformularse las cuentas afectadas y en otros no?

Dado que existe norma contable **de obligatorio cumplimiento** que establece el tratamiento contable de los errores, creo que se puede concluir que las cuentas anuales del ejercicio en que se produjo el error no deberían modificarse y se debería corregir el error en las cuentas correspondientes al ejercicio de la sentencia firme, que es cuando se pone el error de manifiesto. La modificación de las cuentas anuales en el ejercicio en que se produjo el error y no en el que se puso de manifiesto, no sería respetuoso con la interpretación del ICAC, pues de ser así no sería necesario dar un tratamiento como «resultado extraordinario» a la corrección del error, pues se habrían reformulado las cuentas erróneas.

GONZALO ANGULO y LAÍNEZ GADEA ²⁵, han señalado que «de la simple lectura del Plan General de Contabilidad de 1990 se observa que este exige que los gastos, pérdidas, ingresos o ganancias procedentes de ejercicios anteriores sean incorporados a la cuenta de pérdidas y ganancias **del ejercicio corriente en que se detectan los errores u omisiones**.

Concretamente, dentro del subgrupo 67 "Pérdidas procedentes del inmovilizado y gastos excepcionales", incluye la cuenta 679 "Gastos y pérdidas de ejercicios anteriores" y explica que bajo este epígrafe se engloban los gastos y pérdidas relevantes correspondientes a ejercicios anteriores, pudiéndose contabilizar por naturaleza los que tengan poca importancia relativa.

De igual modo, dentro del subgrupo 77 "Beneficios procedentes del inmovilizado e ingresos excepcionales", incluye la cuenta 779 "Ingresos y beneficios de ejercicios anteriores" y señala, al igual que en el caso anterior, que se incluirán bajo este concepto los ingresos y beneficios relevantes correspondientes a ejercicios anteriores, pudiéndose contabilizar por naturaleza los que tengan poca importancia relativa.

Finalmente, en la parte relativa al contenido de la memoria (nota 17.2), se señala la necesidad de informar en esta sobre los ingresos y gastos correspondientes a ejercicios precedentes».

No parece lógico, ni útil, que declarada judicialmente la nulidad de un acuerdo de aprobación de cuentas, con sentencia firme, transcurridos por ejemplo 8 ó 10 años, hayan de modificarse las cuentas del ejercicio en cuestión, pues estas cuentas modificadas no tendrán utilidad para nadie, después de tanto tiempo. Considero de aplicación la regla *argumentum ab inconvenienti plurimum valet in lege* ²⁶. El error en las cuentas puesto de manifiesto por la sentencia debe corregirse por los mismos trámites aplicables a si se hubiera puesto de manifiesto por otro medio. Una de las finalidades de la norma de corrección de errores persigue que los destinatarios de las cuentas anuales tengan una información actual del error acaecido en ejercicios anteriores.

²⁵ «La comparabilidad y los cambios en las cifras contables». En la obra colectiva: «Manual de Contabilidad y Consolidación». Deloitte & Touche. Editorial Aranzadi, 2003.

²⁶ «El argumento de la inconveniencia vale mucho en la ley». Como han señalado DOMINGO *et al.* («Principios de Derecho global. 1.000 reglas y aforismos jurídicos comentados». Thomson/Aranzadi, 2006), «la razón es que la ley no admite nada inconveniente (*lex non permittit aliquid inconveniens*)». Estos autores anudan la conveniencia a la eficacia.

La afectación del acuerdo declarado nulo a otros actos o acuerdos posteriores es, en mi opinión, indeseable e inútil. No obstante, en las demandas de impugnación de este tipo de acuerdos es frecuente incluir en el *petitum*, como ha señalado VÁZQUEZ CUETO ²⁷ «la declaración de nulidad de los acuerdos que pudieran considerarse contradictorios con la sentencia estimatoria de la nulidad del **acuerdo de aprobación de las cuentas**, acuerdos cuya concreción habrá de producirse en un posterior juicio de ejecución de sentencia». Esta praxis, en lo que concierne a los acuerdos de aprobación de cuentas –si presupone su reformulación– supone, a mi juicio, desconocer la normativa contable (mercantil) relativa a la corrección de errores, de obligado cumplimiento.

Respecto a los efectos de las sentencias de nulidad sobre los acuerdos sociales posteriores RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA ²⁸ ha señalado que «el problema que se plantea en este momento es el de determinar quién decide cuáles son, en concreto, los acuerdos posteriores, que han de ser cancelados por ser contradictorios con la sentencia de declaración de nulidad de los acuerdos anteriores. En la doctrina se ha apuntado que **la competencia corresponde al Registrador Mercantil**, siempre que la Sentencia hubiera contenido en su fallo una **declaración genérica** de cancelación de tales acuerdos. Tales decisiones del Registrador Mercantil son, a juicio de dicha doctrina, susceptibles de control judicial, vía juicio declarativo, a instancia de la sociedad cuyos acuerdos se cancelan, y de control gubernativo, a instancia del actor en el juicio de impugnación de los acuerdos sociales previos».

En mi opinión, el Registrador Mercantil, en el caso de declaración de nulidad de acuerdos sociales de aprobación de cuentas, carece de dicha competencia. En primer lugar, porque entiendo que el Registrador Mercantil no tiene atribuida competencia para calificar el cumplimiento sustantivo –y no formal– de las normas contables por las cuentas depositadas. Y, en segundo lugar, porque desconoce si en las cuentas posteriores se ha subsanado la causa de nulidad ²⁹ y porque, como he apuntado anteriormente, **no puede desconocer la normativa contable sobre corrección de errores, de obligatoria observancia.**

Asimismo, en mi opinión, en el caso de la declaración de nulidad de acuerdos sociales de aprobación de cuentas no se puede dar el **cierre registral** establecido por el artículo 221 de la LSA, pues las cuentas fueron depositadas en su momento –por lo tanto no se ha producido el hecho sancionable por este expediente, es decir, el incumplimiento del deber de depósito de las cuentas anuales– y la sociedad tiene derecho a corregir los errores que se hayan puesto de manifiesto en la sentencia que declara la nulidad a través de las vías que ofrece la normativa contable.

Como se señala en la Resolución de 15 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 217, de 10 de septiembre de 2005), «según reiterada doctrina de esta

²⁷ «La sociedad anónima...» Ob. cit.

²⁸ «Impugnación de Acuerdos de las Juntas de Accionistas» (con prólogo de VICENT CHULIÁ). Editorial Aranzadi, 2002.

²⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1980 (núm. 102/1980) señaló que se «olvida que la declaración de una nulidad de un balance, en el extremo relativo a la aprobación del mismo y de la cuenta de pérdidas y ganancias, **no supone que los balances practicados en los años sucesivos adolezcan de dicha nulidad, puesto que en los mismos pudieron ser corregidos los vicios que le hicieron incurrir en la declarada, ello aparte de tratarse de una resolución meramente declarativa es evidente que el órgano jurisdiccional no puede sustituir la actuación de una Sociedad Anónima en la toma de acuerdos de la misma**, acuerdos que pueden ser impugnados por los socios por la vía que para ello les concede la LSA...».

Dirección General... a)... el cierre del Registro únicamente procede para el caso de incumplimiento de una obligación, **la de depositar las cuentas anuales**, y no por el hecho de que no hayan sido aprobadas o porque los administradores no las hayan formulado; b) que, dichas normas, por su carácter sancionador, han de ser objeto de una **interpretación estricta**, y atendiendo además a los principios de legalidad y tipicidad a que están sujetas las infracciones administrativas y su régimen sancionador, con base en la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre la aplicación de similares principios a los ilícitos penales y administrativos...».

Y la Resolución de 12 de julio de 2007 (BOE núm. 240, de 6 de octubre de 2007), de la misma Dirección General:

«Aunque es cierto que ni la ley ni el reglamento utilizan la expresión inscripción para referirse a la práctica del asiento de depósito, ello resulta irrelevante, por cuanto existe un libro específico de depósito de cuentas y se emplean para referirse a él los términos asiento y tener por efectuado el depósito, sin que exista contradicción reglamentaria con precepto alguno con rango de ley.

En definitiva, el cierre del Registro Mercantil para la sociedad recurrente por incumplimiento de una obligación legal (arts. 218 LSA y 41.1 CCom.) al no haber depositado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2003, tiene como una de sus consecuencias la subsistencia del cierre mientras el incumplimiento persiste. Por tanto, hasta que las cuentas del citado ejercicio 2003 sean depositadas no puede el Registrador Mercantil tener por efectuado el depósito de las cuentas del ejercicio 2005.»

Respecto a la corrección de errores según las **NORMAS INTERNACIONALES DE INFORMACIÓN FINANCIERA (o NORMAS INTERNACIONALES DE CONTABILIDAD)**, MARTÍNEZ CHURIAQUE y CALVO SÁNCHEZ³⁰ señalan que «en el **ejercicio actual** pueden detectarse errores relacionados con el reconocimiento, valoración, presentación y revelación de los elementos patrimoniales en los estados financieros. Cuando esto ocurre lo que fundamentalmente se pone de manifiesto es que los estados emitidos en **años anteriores** no cumplen con los requisitos exigidos por las NIC/NIIF... La NIC 8 (diciembre 2003) no diferencia entre errores importantes y errores poco significativos... La entidad corregirá los errores significativos de períodos anteriores, de forma retrospectiva, **en los primeros estados financieros que emita después de su descubrimiento...**».

En la referida anteriormente respuesta a Consulta de 23 de enero de 2006, la Dirección General de Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea, refiriéndose al caso de interacción entre errores contables y sentencias judiciales, se señala:

«**Cuando una empresa entra en el ámbito del Reglamento NIC**, es decir cotiza en un mercado regulado, debe aplicar a sus estados financieros consolidados las disposiciones de las NIIF aprobadas. Una vez que se descubre un error material, deberán considerarse las disposiciones de la NIC 8 aprobada, "Políticas contables, cambios en las estimaciones contables y errores", según esta norma

³⁰ «Políticas contables, cambios en estimaciones contables y errores (NIC 8, 2003)». En la obra colectiva: «Monografías sobre las Normas Internacionales de Información Financiera» (Tomo I). Expansión, junio 2004.

"la entidad corregirá los errores materiales de ejercicios anteriores, de forma retroactiva, **en los primeros estados financieros formulados después de haberlos descubierto**". Los apartados 41 a 48 aclaran esta disposición.»³¹

Como indica la Comisión Europea³², «**El requisito legal del Reglamento NIC** es que las cuentas se elaboren de conformidad con NIC *adoptadas*, es decir, NIC aprobadas por la UE».

En mi opinión, si los errores producidos en ejercicios anteriores se corrigen de forma diferente (por ejemplo, reformulando las cuentas del ejercicio en que se cometió el error) a la establecida en la NIC 8 (adoptada por la UE) se estaría incumpliendo el Reglamento NIC, que es una norma imperativa y de obligado cumplimiento.

Por su parte, CORONA ROMERO *et al.*³³ señalan:

«Errores.

En este apartado se explica el tratamiento dado por la NICE-8 para la corrección de errores que pueden surgir al reconocer, valorar, presentar o revelar información de los elementos de los estados financieros. Las entidades deberán corregir los errores que se hayan puesto de manifiesto durante el ejercicio y antes de la formulación de los estados financieros.

A continuación se describe la manera de corregir los errores, distinguiendo entre los correspondientes a **ejercicios anteriores** y los correspondientes al ejercicio.

El párrafo 5 de la NICE-8 define como errores de **ejercicios anteriores**, las omisiones e inexactitudes de los estados financieros de una entidad, **para uno o más ejercicios anteriores**, resultantes de un fallo al emplear o de un error al utilizar información fiable que: a) estaba disponible cuando los estados financieros para tales ejercicios fueron formulados; y b) podría esperarse razonablemente que se hubiera conseguido y tenido en cuenta en la elaboración de aquellos estados financieros.

³¹ **Téngase en cuenta que en España y en relación a las cuentas anuales consolidadas de determinadas empresas son aplicables, obligatoriamente, a partir del 1 de enero de 2005 (Ley 62/2003), las Normas Internacionales de Contabilidad aprobadas por los reglamentos de la Comisión Europea. Normas que contienen su propia disciplina sobre corrección de errores (NIC 8).**

Puede verse la disposición final undécima de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

³² En el documento «Comentarios referentes a ciertos artículos del Reglamento (CE) núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad y de la cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, y la séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, sobre contabilidad». Bruselas, noviembre de 2003.

³³ «Aplicación de las Normas Internacionales de Contabilidad. Adoptadas por la Unión Europea (NICes)». Editorial CISS, 2005. Puede verse, asimismo: OTAL FRANCO y SERRANO GARCÍA: «Presentación de Estados Financieros», en la obra colectiva: «Las Normas Internacionales de Información Financiera: Análisis y Aplicación», CAÑIBANO CALVO, MORA ENGUÍDANOS *et al.* Thomson/Civitas, 2006.

VV.AA.: «Manual de Contabilidad Financiera». Equipo de profesores del Departamento de Gestión Financiera de la Universidad de Comillas de Madrid (ICADE). Thomson/Aranzadi, febrero 2007.

Dentro de estos errores se incluyen los efectos de errores aritméticos, errores en la aplicación de políticas contables, el no advertir o mal interpretar los hechos, así como fraudes.

La NICE-8 distingue los errores materiales correspondientes a **ejercicios anteriores** y los correspondientes al ejercicio. **En el caso de los primeros, será necesario en el ejercicio de su descubrimiento realizar un ajuste contra el patrimonio neto.** Para los segundos, dado que son descubrimientos en el mismo ejercicio en el que el error se produce, se corregirán antes de que los estados financieros sean formulados ajustando la cuenta de resultados del ejercicio.

La corrección de los errores materiales **de ejercicios anteriores** se realiza, según el párrafo 42 de la NICE-8, de forma retroactiva **en los primeros estados financieros formulados después de haberlos descubierto**: a) reexpresando la información comparativa para el ejercicio o ejercicios anteriores en los que se originó el error; o b) si el error ocurrió con anterioridad al ejercicio más antiguo para el que se presenta la información, reexpresando los saldos iniciales de activos, pasivos y patrimonio neto para dicho ejercicio.

La reexpresión retroactiva señalada en el párrafo anterior consiste según el párrafo 5 de la NICE-8 en corregir el reconocimiento, valoración e información a revelar de los importes de los elementos de los estados financieros, como si el error cometido en ejercicios anteriores no se hubiera cometido nunca. A efectos de presentación y con el fin de mostrar adecuadamente los estados financieros de la entidad, el ejercicio o ejercicios que se presenten a efectos comparativos mostrarán un ajuste en el resultado cuando el error afecte a esos ejercicios comparativos.

Como se ha señalado, no solo hay que corregir los importes reflejados en el balance, cuenta de resultados y estado de cambios en el patrimonio neto, sino también deberá corregirse toda información que se presente en memoria. **Además, para que el usuario de los estados financieros pueda conocer los errores de ejercicios anteriores que han sido corregidos, en la memoria, según lo establecido en el párrafo 49 de la NICE-8, se informará de la naturaleza del error y de los ajustes realizados en cada una de las partidas afectadas en todos los ejercicios presentados.»**

El asunto parece claro, la normativa contable, tanto nacional como internacional, tiene sus propias normas **–imperativas–** para la corrección de errores contables. Normativa que no puede ser desconocida por las resoluciones judiciales. Como dice el artículo 1.7 del Código Civil: «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, **ateniéndose al sistema de fuentes establecido**». En mi opinión, según este artículo, el juez ha de respetar los procedimientos imperativos establecidos en el Ordenamiento Jurídico, al resolver los asuntos de que conozca. En el caso que comentamos, si procede declarar la nulidad de un acuerdo de aprobación de cuentas anuales, la resolución judicial no puede ordenar la reformulación de las cuentas del ejercicio donde se cometió el error, debiéndose limitar a declarar la nulidad del acuerdo, siendo los órganos sociales los que deben aplicar la normativa contable, de imperativa aplicación, sobre corrección de errores. Pues el juez, al ejercer su jurisdicción y resolver debe tener a la vista el ordenamiento *in toto*. Según el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o

al principio de jerarquía normativa». *Sensu contrario*, los jueces están obligados a tener en cuenta y aplicar las disposiciones contenidas en las normas reglamentarias.

El nuevo Plan General de Contabilidad³⁴.

Hasta ahora hemos tratado el expediente de la corrección de errores contemplado en la normativa vigente hasta el 31 de diciembre de 2007 (Plan General de Contabilidad de 1990), que sería aplicable a los errores detectados en el ejercicio de 2007 y que correspondan a ejercicios anteriores, que habrían de corregirse en las cuentas anuales de 2007. Pero como *tempus regit actum*, a continuación nos referimos a los cambios producidos en virtud del Plan General de Contabilidad de 2007, que entró en vigor el 1 de enero de 2008 y para los ejercicios que se inicien a partir de dicha fecha.

En la Introducción del nuevo Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007), puede leerse:

«12. En la norma 22.^a Cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables, se modifica la regla aplicable a los cambios de criterio en el Plan de 1990.

En concreto, si bien se mantiene la regla de cuantificar de forma retroactiva el impacto en los activos y pasivos netos de la empresa, originado por el cambio de criterio contable o subsanación del error, la modificación consiste en la nueva obligación de presentar los efectos de estos cambios también de forma retroactiva. Esta exigencia derivada del acercamiento a las normas internacionales adoptadas, motiva que **los ingresos o gastos resultantes del cambio de criterio o subsanación del error se contabilicen directamente en el patrimonio neto de la empresa; con carácter general, y salvo que el cambio o subsanación afecten a otra partida del patrimonio neto, en una cuenta de reservas voluntarias.**»

El nuevo Plan dedica los siguientes apartados a este asunto:

- Norma de registro y valoración 22.^a.
- Estado de cambios en el Patrimonio Neto.
- Contenido de la memoria: 8. Corrección de errores.
- Definiciones y relaciones contables. Grupo 1. Financiación Básica.

³⁴ Sobre la corrección de errores en el nuevo Plan General de Contabilidad puede verse: TORVISCO MANCHÓN y FLORES JIMENO. «El BPGC: provisiones, cambios en criterios contables, errores, estimaciones contables y hechos posteriores». *Partida Doble*, núm. 194, diciembre 2007.

REJÓN LÓPEZ: «Estado de Cambios en el Patrimonio Neto en el nuevo PGC (II)». *Partida Doble*, núm. 189, junio 2007.

Previamente, la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, dispone que el «Estado de cambios en el patrimonio neto» reflejará los cambios en criterios contables y corrección de errores.

Al igual que el Plan General de Contabilidad de 1990, las Normas de Registro y Valoración, incluidas en la Segunda Parte del Plan General de Contabilidad de 2007, son de **aplicación obligatoria**, tal y como se establece en la propia norma de valoración 1.^a y en el artículo 2 del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

La diferencia fundamental entre el Plan General de Contabilidad de 1990 y el de 2007 consiste en que en el primero los errores se corrigen contra resultados, mientras que en el segundo se corrigen contra el patrimonio neto (reflejándose el ajuste contable en el Estado de Cambios en el Patrimonio Neto). Como ha señalado LÓPEZ MESTRES ³⁵, «con el nuevo PGC será necesario reajustar las cifras del ejercicio anterior que se muestran a efectos comparativos, en la medida en que se produzcan ajustes valorativos derivados de cambios de criterios contables **o errores, que no quiere decir que las cuentas anuales del ejercicio anterior se reformulen formalmente**». GRACIA GALLEGO y ROMANO APARICIO ³⁶ señalan, por su parte, que «en la subsanación de errores relativos a ejercicios anteriores serán de aplicación las mismas reglas que los cambios de criterio contable, es decir, se seguirá un **criterio retroactivo**». Por **aplicación retroactiva** se entiende, como explican estos autores: «Consiste en aplicar el nuevo criterio como si este se hubiese aplicado siempre. **Se modifica la información comparativa (balance año anterior)**». «Dentro de estos errores se incluyen los efectos de errores aritméticos, errores en la aplicación de políticas contables, el no advertir o malinterpretar los hechos, así como los fraudes».

El artículo 29 del Código de comercio.

El referido precepto establece que «deberán salvarse a continuación, **inmediatamente que se adviertan**, los errores u omisiones padecidos en las anotaciones contables».

Algunos autores han establecido una vinculación entre este artículo del Código de comercio y la regulación sobre errores contables contenida en el Plan General de Contabilidad. Así, los autores del «*Memento Contable 2007*» ³⁷, señalan esta vinculación al tratar sobre el *contenido, características y regularidad de los registros* (art. 29 CCom.), remitiendo a la regulación sobre corrección de errores y omisiones contables.

³⁵ «Las cuentas anuales». *Diario Expansión*, 28 de diciembre de 2007.

³⁶ «Negocios conjuntos. Hechos posteriores. Cambios criterios contables», en «Nuevo Plan General Contable aplicado», fascículo 13, CEF/Cinco Días; febrero 2008.

³⁷ Ediciones Francis Lefebvre, 2006.

Para el profesor BLANCO CAMPAÑA ³⁸:

«Los errores u omisiones padecidos en las anotaciones contables, **deberán salvarse inmediatamente que se adviertan** (art. 29 CCom.). Se trata del fenómeno de la rectificación, que consiste en una nueva declaración de verdad opuesta total o parcialmente a la rectificadora (o nueva, en el caso de omisiones) con el fin de lograr la adecuación de la contabilidad a la realidad.

Los errores a rectificar presentan una variada casuística, debiendo de tratarse de errores involuntarios y materiales o de hecho. Los errores voluntarios conducen el problema a la temática de las falsedades, mientras que por error de hecho debe entenderse la divergencia entre la realidad declarada y la realidad efectiva y no la divergencia entre la declaración y la voluntad a declarar. En cuanto a los errores de derecho, su rectificación requerirá particularmente la motivación.

La rectificación comporta desde el ángulo formal la práctica de nuevos asientos (como la "rectificación" de la omisión). Ello requiere la posibilidad de hacerlos o, mejor dicho, que se efectúen en tiempo, que si de un lado es una vez conocido el error, del otro exige que se tenga la disponibilidad de rectificar los asientos; ello no será posible cuando estos (así, partidas del balance) sean fruto de la intervención de varios órganos (administradores, auditores, Junta general), sin el concurso de todos ellos o cuando los libros hayan sido depositados (en razón del deber de conservación)». Estas razones, entre otras muchas, justifican, a nuestro entender, las reglas o procedimientos que sobre corrección de errores contiene la normativa contable.

Sanación «del acuerdo» declarado nulo.

Las demás consecuencias inherentes a la anulación del acuerdo –exceptuadas las contables– habrán de resolverse por el cauce oportuno (convalidación, ratificación, sustitución o modificación *del acuerdo –no de las cuentas–*, etc., según proceda). Sanación que entiendo ha de hacerse posteriormente a la firmeza de la sentencia que declara nulo el acuerdo y que debe realizarse respetando la normativa contable de obligatoria observancia.

Dicha ratificación creo que tiene su justificación en las siguientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado:

- Resolución de 1 de diciembre de 1994 (BOE núm. 2, de 3 de enero de 1995) de la Dirección General de los Registros y del Notariado:

Fundamento de derecho «4. El último de los defectos recurridos plantea la siguiente cuestión: Acordado un aumento del capital social de determinada entidad en Junta que no fue debidamente convocada, se procede a ejecutar dicho acuerdo constando en la escritura pertinente la renuncia de todos

³⁸ Apuntes para la asignatura «Derecho Contable». Facultad de Derecho de la UNED, 2004.

los accionistas al derecho de suscripción preferente y la suscripción en metálico del aumento por determinadas personas. En una Junta posterior, a la que asisten todos los socios se acuerda por unanimidad "la reiteración, ratificación y confirmación de aquel acuerdo de aumento, para que valga como adoptado con todos los requisitos formales en aquella primera sesión, como es propio en caso de reiteración y ratificación y sin perjuicio de los derechos de los ausentes computados desde el día de esta nueva Junta". Se aporta conjuntamente para su inscripción la escritura de ejecución del primer acuerdo de aumento y la que documenta el acuerdo de reiteración y ratificación y el Registrador deniega la inscripción por entender que no puede retrotraerse la eficacia de este último acuerdo a la fecha de la Junta en que, sin los requisitos legales, se adoptó por primera vez tal decisión sino que solo puede producir efecto desde su adopción, por lo que será necesario cumplir todos los requisitos para su válida ejecución a partir del momento de su adopción. Aun cuando se admitiera, lo que ahora no se prejuzga, que el acuerdo unánime de todos los socios permite sanar con plena eficacia retroactiva una anterior decisión adoptada en Junta que no fue debidamente convocada y válidamente constituida, en el caso debatido no podría prosperar la tesis del recurrente pues falta esa unanimidad. Es obvio que si el derecho de impugnación de un acuerdo social nulo (*vid.* arts, 99, 102, 103, 109 y 115.2 LSA) es un derecho individual de cada socio (*vid.* art. 117 LSA) y su caducidad determina la sanación *ab origen* del acuerdo impugnado (caducidad que en el caso debatido no ha podido operar de conformidad con el artículo 116.31 de la LSA, toda vez que estamos ante un acuerdo inscribible), la convalidación con plena eficacia retroactiva presupondría al menos el acuerdo unánime de todos los socios, y faltando esta unanimidad, **la pretendida ratificación sanatoria sería en realidad un nuevo acuerdo de contenido idéntico pero cuya eficacia se producirá desde el momento en que es válidamente adoptado**, solo en esta consideración queda justificada la eliminación de la impugnabilidad del acuerdo inicial sustituido (*vid.* art. 115.3 LSA).

Por otra parte, como la inscripción del acuerdo de aumento de capital en el Registro Mercantil debe ser simultánea a la de su ejecución (cfr. art. 162 LSA), debería aportarse la documentación que refleja la ejecución del aumento debatido con referencia a la fecha en que es válida y definitivamente adoptado, lo que tampoco se acredita, sin que pueda suplirse esa omisión con la aportación de la escritura de ejecución de la primera decisión de aumento, pues, sin perjuicio de que pudieran conservarse las renunciaciones al derecho de suscripción, y la subsiguiente adquisición de las respectivas acciones, por los socios que votaron en ambas ocasiones en favor del acuerdo, en el caso que ahora no se prejuzga de estimar que la ratificación del acuerdo implica también la de aquella renuncia, es evidente que en cuanto a los socios ausentes en esa segunda Junta, cuyos derechos se dejan expresamente a salvo y a computar desde la fecha de celebración deberán reiterarse, por lo ya dicho anteriormente, todas las actuaciones tendentes a la ejecución del aumento, pudiendo derivarse de ello una modificación o sustitución de los resultados de la anterior ejecución y precisándose, en consecuencia, un nuevo otorgamiento que refleje los términos concretos en que el aumento queda definitivamente ejecutado.

Lo que ya no parece exigible, por el contrario, es la necesidad formal de acreditar de nuevo la realidad de las aportaciones dinerarias en los términos establecidos por el artículo 40 de la vigente LSA. Una vez que la integración en el patrimonio social del importe del aumento del capital quedó justificado en su día, pueden muy bien compensarse los reintegros que a los fallidos suscriptores anteriores deban hacerse con los ingresos que hagan los nuevos de ser otros.

Las mismas razones abonan el que no pueda tenerse por adoptado el acuerdo de adaptación de los estatutos sociales a la nueva ley en la fecha de la pretendida segunda Junta, sino en la que se celebró la tercera, única válida».

• Resolución de 3 de abril de 1997 (BOE núm. 100, de 26 de abril de 1997) de la Dirección General de los Registros y del Notariado:

Fundamento de derecho «4. Finalmente, por lo que atañe al valor de los acuerdos adoptados en Junta general de 27 de junio de 1994, por los que se ratifican todos y cada uno de los acuerdos de la cuestionada Junta General de 18 de junio de 1993, debe advertirse que, aun cuando se admitiera –lo que ahora no se prejuzga– que el acuerdo unánime de todos los socios permite sanar con plena eficacia retroactiva una anterior decisión adoptada en Junta que no fue debidamente convocada, en el caso debatido no podría prosperar dicha convalidación por faltar esa unanimidad. Si el derecho de impugnación de un acuerdo social nulo (*vid.* arts. 99, 102, 103, 109 y 115.2 LSA) es un derecho individual de cada socio (*vid.* art. 117 mencionada ley), y su caducidad determina la sanción *ab origen* del acuerdo impugnado (caducidad que en el caso debatido no ha podido operar respecto de los acuerdos inscribibles conforme al art. 116.1 ley), la convalidación con plena eficacia retroactiva requeriría, al menos, el acuerdo unánime de todos los socios, de suerte que, a falta de esta unanimidad, **la pretendida ratificación sanatoria sería, en realidad, un nuevo acuerdo de contenido idéntico pero cuya eficacia se produciría desde el momento en que es válidamente adaptado (Resolución de 1 de diciembre de 1994)**».

IV. EL ARTÍCULO 210.2 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

Dice el mencionado artículo:

«2. Si como consecuencia del informe (de auditoría), los administradores se vieran obligados a alterar las cuentas anuales, los auditores habrán de ampliar su informe e incorporar los cambios producidos.»³⁹

Este artículo contempla el caso de modificación de las cuentas de un ejercicio dado como consecuencia del informe del auditor referido a dichas cuentas, pero no es aplicable a las modificaciones o correcciones de errores provinientes de **ejercicios anteriores y descubiertos con posterioridad** (a lo que se aplica la disciplina expuesta por el ICAC en contestación a consultas que hemos examinado con anterioridad y la propia normativa sobre corrección de errores establecida tanto en

³⁹ En cuanto este artículo se aplique a la corrección de errores, tiene similitud con lo dispuesto en el párrafo 41 de la NIC 8 (Políticas contables, cambios en las estimaciones contables y errores), adoptada por el Reglamento comunitario 2238/2004: «Los errores potenciales **del ejercicio corriente** descubiertos en este mismo ejercicio, se corregirán antes de que los estados financieros sean formulados». Entendemos que el término formulado ha de interpretarse en sentido amplio, es decir, antes de que sean formulados o aprobados.

el PGC de 1990, como en el de 2007). A nuestro juicio, entra dentro del ámbito de esta norma la corrección de errores relativos al ejercicio a que se refieren dichas cuentas y puestos de manifiesto por el Informe de Auditoría relativo a las mismas. Por la ubicación sistemática del artículo 210.2 (dentro del Capítulo VII. De las Cuentas Anuales) se infiere claramente que se está refiriendo a las cuentas del último ejercicio social de la sociedad ⁴⁰.

El ICAC ha interpretado dicho artículo a través de la Consulta (de auditoría) número 5 (BOICAC núm. 4), «Sobre la interpretación del artículo 210.2 del Texto Refundido de la LSA, y en particular sobre la ampliación del informe de auditoría en el supuesto contemplado en dicho artículo»:

«La redacción del artículo 210 del Texto Refundido de la LSA, en su número 2, establece que "si como consecuencia del informe, los administradores se vieran obligados a alterar las cuentas anuales, los auditores habrían de ampliar su informe o incorporar los cambios producidos". **La redacción de este artículo puede suscitar ciertas dudas en cuanto a la interpretación que deba darse a los términos "se vieran obligados"**. A nuestro juicio no debe interpretarse, como podría deducirse de una somera lectura del texto, que los auditores pueden obligar a los administradores a modificar las cuentas anuales y, en este sentido, entendemos que **el informe de auditoría no tiene carácter vinculante para los administradores** ⁴¹.

Ahora bien, la Ley delimita claramente las obligaciones de los administradores, por un lado, y la de los auditores, por otro. Así, los primeros deben formular las cuentas anuales **de acuerdo con las normas contables establecidas en la legislación vigente** y los auditores deben comprobar que las cuentas anuales se han formulado de acuerdo con las mencionadas normas.

Bajo esta perspectiva, lo dispuesto en el artículo 210.2 debe interpretarse en el sentido de que si existiera un incumplimiento de las normas contables los administradores **deberían modificar las**

⁴⁰ En cuanto a las compañías cotizadas y por aplicación del artículo 82 (Consideración de información relevante...) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en la página *web* de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (www.cnmv.es) pueden verse algunos ejemplos de notificación de hechos relevantes por los que las compañías notifican a la Comisión, como hechos relevantes, la reformulación de las cuentas anuales en virtud de la recomendación de los auditores.

⁴¹ Sobre la valoración del Informe de Auditoría y sus conclusiones en sede judicial con relación a la impugnación del acuerdo social de aprobación de cuentas puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2000 (rec. núm. 2618/1998. Resolución 494/2000).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 28 de noviembre de 2007 (rec. 105/2007. Resolución 443/2007) valora así las salvedades expresadas en un informe de auditoría: «A la vista del análisis que se hace de las salvedades en el fundamento sexto de la resolución recurrida, se podrá decir más alto, o reiterarlo, pero no más claro: el contenido de esas salvedades afecta a la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad, hasta el punto de distorsionarlo por completo».

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 12 de noviembre de 2007 (rec. 366/2007. Resolución 319/2007) puede leerse: «Tocante a la valoración por el Juez "a quo" de la auditoría de las cuentas aprobadas mediante el acuerdo social impugnado, **es llano que unas simples discrepancias de índole formal o puramente tributaria**, afectantes a aspectos tan discutibles como la clasificación de préstamos entre empresas del grupo, como ya a corto, ya a largo plazo, o el modo determinado que se elige para contabilizar "rápeles", y respecto de ninguna de las cuales ha introducido o propuesto la parte ahora apelante prueba de naturaleza pericial o distinta en el pleito, **no justifican la grave sanción representada por una anulación**, ni desde luego denontan "per se" una lesión del interés social».

cuentas anuales, siendo el origen de tal obligación no ya la existencia de un informe de auditoría en el que tal hecho se ponga de manifiesto, sino lo preceptuado por la ley en materia contable.

Por lo que respecta a las actuaciones que deben realizar los auditores de cuentas si se produce una modificación de las cuentas anuales inicialmente formuladas por los Administradores y sobre las que el auditor procedió a emitir un informe, este Instituto entiende:

- 1.º Es obligación de la sociedad poner en conocimiento de los auditores de cuentas la existencia de tales modificaciones y las nuevas cuentas anuales formuladas, ya que, a tenor de lo dispuesto tanto en el artículo 210.2 del TRLSA como en el apartado 6.º del artículo 330.1 del Reglamento del Registro Mercantil, las cuentas anuales aprobadas por la Junta General de Accionistas deben corresponderse con las auditadas.
- 2.º Los auditores de cuentas deberían comprobar las modificaciones introducidas en las cuentas anuales y proceder conforme al artículo 210.1 a) "ampliar su informe e incorporar los cambios producidos". En cumplimiento de este precepto, y sin perjuicio de lo que puedan disponer las normas técnicas de auditoría que a este respecto se emitan en un futuro, se considera que el auditor de cuentas debería emitir un nuevo informe incorporando las nuevas cuentas anuales y cumpliendo con todos los requisitos establecidos en las normas técnicas de auditoría sobre informes, si bien con la particularidad de que adicionalmente debería mencionarse la existencia de un informe anterior, la fecha del mismo, las razones que justifican la emisión de uno posterior y el efecto que en la opinión del auditor han tenido las modificaciones introducidas en las cuentas anuales.»

Se deduce claramente de la interpretación del ICAC que los administradores sociales no se encuentran vinculados al informe de auditoría (pues evidentemente pueden discrepar de las conclusiones a que llegue el auditor), y que, por lo tanto, el auditor no puede obligar a los administradores a modificar las cuentas anuales. Asimismo, si los administradores llegan a la conclusión de que las cuentas anuales a que se refiere el informe de auditoría incumplen alguna norma obligatoria, deberían modificar dichas cuentas. Como señalan los autores del *Memento Contable 2008*⁴², «en nuestra opinión, los administradores, únicos responsables de las cuentas anuales que formulan, no tienen por qué asumir los criterios de terceros en cuestiones que afectan a su específica responsabilidad y soberanía, ni tan siquiera los pertinentemente profesionales de los auditores. Otra cosa es que voluntariamente los asuman, reformulando las cuentas anuales según la opinión profesional mantenida por los auditores, pero nunca porque esta les vincule». Respecto a la actitud de la Junta de socios o accionistas, SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE⁴³ señalan que «la Junta, por lo que se refiere a aprobar o no las cuentas anuales, puede operar con una cierta discrecionalidad en el sentido de que no está obligada a aprobarlas simplemente por el hecho de que las cuentas anuales estén redactadas de acuerdo con las prescripciones legales, ya que *estas dejan un amplio arbitrio a los administradores para aplicar los criterios de valoración y la Junta puede disentir en cuanto a la aplicación de esos criterios*. Por el contrario, no se deben aprobar las cuentas anuales que no estén redactadas den-

⁴² Francis Lefebvre, 9 de octubre de 2007.

⁴³ «Instituciones de Derecho Mercantil». Volumen I. Thomson/Aranzadi, 2007.

tro del cauce de la legalidad, pues en este caso el acto de aprobación de las mismas será nulo, y, por consiguiente, impugnabile (art. 115)». En nuestra opinión, y dado que los administradores sociales, encargados de la gestión social, son los obligados a formular las cuentas anuales, debería prevalecer su opinión respecto a la aplicación de criterios contables permitidos y la Junta debería respetar el margen de discrecionalidad que puedan ofrecer las normas contables.

Sobre este asunto trata también la Resolución de 26 de febrero de 2003, del ICAC, por la que se publica la Norma Técnica de Auditoría sobre «hechos posteriores». Esta norma se refiere también a las cuentas del «último ejercicio» cerrado y al Informe de Auditoría sobre dichas cuentas. Son de interés las siguientes reglas de dicha Norma:

«Hechos descubiertos después de la entrega del informe.

15. Tras la entrega del informe de auditoría, el auditor no tiene obligación de realizar procedimiento alguno para identificar hechos que pudieran afectar a las cuentas anuales.

16. No obstante, en el supuesto de que en el período entre la fecha de entrega del informe y la de aprobación por parte de la Junta General de Accionistas u órgano equivalente, llegase a conocimiento del auditor alguna información significativa y fiable, a su buen criterio, referida a hechos que ya existían a la fecha de su informe y que, si hubieran sido conocidos en dicha fecha, habrían supuesto una modificación en el contenido del mismo, el auditor deberá considerar si las cuentas anuales necesitan ser corregidas y discutir la situación con la dirección de la entidad a fin de actuar en consecuencia.

17. Si los Administradores decidieran reformular las cuentas anuales, para recoger en ellas los efectos del mencionado hecho posterior, el auditor obtendrá información de las medidas adoptadas por los Administradores para informar de esta situación a los receptores del anterior informe.

Efecto en el informe de auditoría.

18. Asimismo, el auditor deberá realizar los procedimientos que considere necesarios para emitir un nuevo informe de auditoría relativo a las cuentas anuales reformuladas. El nuevo informe de auditoría incluirá un párrafo de énfasis que haga referencia a las razones de la reformulación e indicará que el nuevo informe sustituye al previamente emitido sobre las cuentas anuales antes de su modificación.

19. La fecha del nuevo informe de auditoría no puede ser anterior a la reformulación de las cuentas y, consecuentemente, los procedimientos referidos en los párrafos 6 y 7 deberán extenderse hasta la fecha del nuevo informe o, en su caso, utilizar la doble fecha de acuerdo con lo expuesto en los párrafos 11 a 13 de esta norma técnica.

20. Si por el contrario los Administradores decidieran no reformular las cuentas anuales el auditor deberá comunicar a la entidad auditada que tomará las acciones que considere oportunas para evitar que terceros confíen o puedan seguir confiando en el informe de auditoría emitido. A estos efectos, deberá considerar la posibilidad de comunicar dicha situación a los registros públicos pertinentes.

21. Las acciones a tomar a las que se hace referencia en el párrafo anterior dependerán de las circunstancias específicas, de la importancia de los efectos que se pudieran derivar del hecho posterior, así como de las recomendaciones que el auditor hubiera podido recibir de sus abogados y asesores legales ante las eventuales repercusiones legales de estas situaciones.

22. Si tras la aprobación de las cuentas anuales por parte de la Junta General de Accionistas u órgano similar y/o después de su depósito legal, los Administradores hubiesen de reformular las cuentas anuales por un hecho posterior de los descritos en el párrafo 16, será de aplicación para el auditor lo establecido en los párrafos 17 a 21 anteriores.

23. Sin perjuicio de lo anterior, si la emisión de las cuentas anuales del período siguiente, así como el informe de auditoría correspondiente, fuesen inminentes y siempre y cuando dichas cuentas anuales del período siguiente contengan el desglose adecuado del hecho posterior, no será necesario modificar las cuentas anuales inicialmente emitidas ni el informe de auditoría correspondiente.»

El apartado 23 debe ponerse en relación con la disciplina sobre corrección de errores procedentes de ejercicios anteriores, expuesta con anterioridad.

Que la **reformulación de las cuentas anuales** es una excepción se pone de manifiesto en el artículo 38 c) del Código de Comercio, en su redacción dada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización con base en la normativa de la Unión Europea:

«Se seguirá el principio de prudencia valorativa. Este principio obligará a contabilizar solo los beneficios obtenidos hasta la fecha de cierre del ejercicio. No obstante, se deberán tener en cuenta todos los riesgos con origen en el ejercicio o en otro anterior, incluso si solo se conocieran entre la fecha de cierre del balance y la fecha en que este se formule, **en cuyo caso se dará cumplida información en la memoria**, sin perjuicio del reflejo que puedan originar en los otros documentos integrantes de las cuentas anuales. **Excepcionalmente, si tales riesgos se conocieran entre la formulación y antes de la aprobación de las cuentas anuales y afectaran de forma muy significativa a la imagen fiel, las cuentas anuales deberán ser reformuladas.** En cualquier caso, deberán tenerse en cuenta las amortizaciones y correcciones de valor por deterioro en el valor de los activos, tanto si el ejercicio se salda con beneficio como con pérdida.»

Como señalan los autores de la «Guía rápida del PGC»⁴⁴:

- Tal y como se establece en la sección II de la Introducción al Plan General de Contabilidad, esta norma no tiene como objetivo imponer a los administradores una exigencia de reformulación de cuentas ante cualquier circunstancia significativa que se produzca antes de la aprobación de las cuentas anuales.

⁴⁴ «Reforma Contable 2008», Volumen 7, «Guía rápida del PGC». Kpmg/Expansión, enero 2008.

- Solo se requiere reformulación ante situaciones de carácter excepcional y máxima relevancia en relación con la situación patrimonial de la empresa.
- La reformulación debería producirse con carácter general hasta el momento en que se ponga en marcha el proceso que lleva a la aprobación de las cuentas anuales.

Obsérvese cómo el artículo 38 c) impone la reformulación antes de la aprobación de las cuentas anuales, nunca después. La sección II de la Introducción del nuevo Plan General de Contabilidad se detiene en esta cuestión, como se ha dicho, señalando que:

«Esta regla relativa a hechos posteriores al cierre del ejercicio, no tiene como objetivo imponer a los administradores una exigencia de reformulación de las cuentas anuales ante cualquier circunstancia significativa que se produzca **antes de la aprobación por el órgano competente**. Por el contrario, solo situaciones de carácter excepcional y máxima relevancia en relación con la situación patrimonial de la empresa, de riesgos que aunque conocidos con posterioridad **existieran en la fecha de cierre de las cuentas anuales**, deberían llevar a una reformulación de estas. **Dicha reformulación debería producirse con carácter general hasta el momento en que se ponga en marcha el proceso que lleva a la aprobación de las mismas.**»

Como puede observarse, la legislación mercantil es refractaria a la reformulación⁴⁵ de las cuentas anuales una vez aprobadas por el órgano social competente. Parece que existe cierta contradicción entre el nuevo artículo 38 c) del Código de comercio y los apartados 22 y 23 de la citada Norma Técnica de Auditoría sobre «hechos posteriores», por lo que aquel, al establecer como límite la «aprobación por el órgano competente», podría tener efectos derogatorios sobre los citados apartados de la Norma Técnica de Auditoría.

Por otra parte y en relación con las Normas Técnicas de Auditoría, el Tribunal Supremo, en Sentencia⁴⁶ de 12 de mayo de 2003 de su Sala 3.ª, matiza el alcance del principio de publicidad normativa reconocido por el artículo 9.3 de la Constitución Española.

Dice el Alto Tribunal: «Una cosa es el valor y significación que corresponde al principio de publicidad de las normas –art. 9.3 CE–, y otra diferente el medio por el que se materializa o realiza esa publicidad. Esto último entraña una cuestión de legalidad ordinaria, y remite por ello a la específica regulación que sea aplicable en cada caso. En relación con la Resolución de Economía y Hacienda de 19 de enero de 1991 (**normas técnicas de auditoría**), de que se trata en el caso de autos, **y que están destinadas a regular una relación de especial sujeción**, esa específica regulación está contenida en la Ley 19/1988, de 12 de julio (auditoría de cuentas) y en el Real Decreto 1636/1990, de

⁴⁵ Un caso de reformulación de cuentas anuales es cuando la junta general a la que se someten las mismas para su aprobación no las aprueba, devolviéndolas al Consejo de Administración para que sea este quien, en el ejercicio de sus facultades y obligaciones, formule unas nuevas cuentas anuales corregidas (*Memento «Sociedades Mercantiles»* 2008. Francis Lefebvre, Septiembre 2007).

No obstante en este caso podría manifestarse un conflicto entre la junta y el Consejo si este estima que las causas de la devolución infringen la ley; por lo que habrá de estarse al caso concreto.

Puede darse el caso de que la junta devuelva las cuentas en base a las salvedades expuestas por el auditor en su informe.

⁴⁶ Diario *La Ley*, 14 de agosto de 2003.

20 de diciembre (Reglamento de Auditoría de Cuentas). Así, la publicidad a través del BOE, prevista para las normas **que tienen como destinatarios a la generalidad de los ciudadanos**, no se presenta como algo rigurosamente necesario para lograr la precisa funcionalidad perseguida, y, por el contrario, sí aparece como razonablemente suficiente esa **específica publicidad** establecida a través del Boletín del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Por tanto, la exigencia de publicación en el Boletín Oficial del Estado que se contiene en el artículo 2.1 del Código Civil no puede tener el alcance absoluto que pretende la recurrente en casación».

De la doctrina del Tribunal Supremo, emanada en la sentencia citada se pueden extraer, entre otras, las siguientes conclusiones:

- Las normas publicadas exclusivamente en el Boletín del ICAC tienen como destinatarios exclusivos a los auditores de cuentas.
- Dichas normas no pueden oponerse, ni exigirse, a personas distintas a los auditores. Es decir, de su contenido no pueden emanar mandatos destinados a los sujetos contables: los empresarios.
- Las normas dirigidas a la generalidad de los sujetos contables han de publicarse en el Boletín Oficial del Estado.

V. LA CALIFICACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES DEPOSITADAS EN EL REGISTRO MERCANTIL

*«...el Registrador calificará **exclusivamente**, bajo su responsabilidad, si los documentos presentados, son los exigidos por la ley...» Art. 368 RRM.*

Aunque en anteriores apartados ya nos hemos referido al cierre del Registro Mercantil, en este vamos a tratar sobre el alcance de la calificación registral de las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil. El artículo 219 de la LSA dice:

«Artículo 219. Calificación registral.

1. Dentro de los 15 días siguientes al de la fecha del asiento de presentación, el Registrador calificará bajo su responsabilidad si los documentos presentados son los exigidos por la ley⁴⁷, si están

⁴⁷ El artículo 218 de la LSA dispone que «se presentará para su depósito en el Registro Mercantil del domicilio social certificación de los acuerdos de la junta general de aprobación de las cuentas anuales y de aplicación del resultado, **a la que se adjuntará un ejemplar de cada una de dichas cuentas**, así como del informe de gestión y del informe de los auditores...». La verificación que ha de realizar el Registrador Mercantil se ciñe, a nuestro juicio, a comprobar que se ha adjuntado un ejemplar de cada una de las cuentas a que se refieren tanto el artículo 172.1 de la LSA y 34.1 del Código de Comercio, **sin que pueda calificar el contenido de dichos documentos, pues para ello tendría que realizar complejas**

debidamente aprobados por la junta general y si constan las preceptivas firmas. Si no apreciare defectos, tendrá por efectuado el depósito, practicando el correspondiente asiento en el libro de depósito de cuentas y en la hoja correspondiente a la sociedad depositante. En caso contrario, procederá conforme a lo establecido respecto de los títulos defectuosos.

2. El Registro Mercantil deberá conservar los documentos depositados durante el plazo de seis años.»

Cuando dicho artículo dice «si no apreciare defectos» se está refiriendo, a nuestro entender, a la verificación de los tres requisitos citados en el mismo y no, por ejemplo, respecto a «si los documentos presentados son los exigidos por la ley», a si tales documentos contienen todas las previsiones y están elaborados conforme a lo dispuesto en leyes y reglamentos.

Respecto a estas facultades de calificación del depósito de las cuentas anuales por parte del Registrador Mercantil entendemos que la calificación (art. 368 RRM, en concordancia con el art. 219 LSA) debe circunscribirse al ámbito estricto del cumplimiento de las siguientes formalidades: si los documentos presentados son los exigidos por la ley⁴⁸, si están debidamente aprobados por la Junta general o por

aplicaciones del Derecho contable en su conjunto (incluido el PGC, adaptaciones sectoriales del mismo, resoluciones del ICAC; normativa contable emanada del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, etc.). Aplicaciones que en no pocas ocasiones suscitan dudas que son resueltas por el **regulador contable** (ICAC). A título de ejemplo, la Resolución a consulta del ICAC (BOICAC núm. 70, junio de 2007) «sobre el ejercicio al cual afecta la nueva información a incluir en la memoria de las cuentas anuales a raíz de la modificación introducida en el artículo 200 del Texto Refundido de la LSA por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y sobre la necesidad de incorporar dicha información en los modelos de memoria». **La verificación del contenido material de las cuentas anuales por los registradores mercantiles podría dar lugar a criterios divergentes con los establecidos por el regulador contable.** Abona la opinión que sustentamos el hecho de que los Auditores de Cuentas están sometidos a «Normas Técnicas de Auditoría», que «constituyen los principios y requisitos que debe observar necesariamente el auditor de cuentas en el desempeño de su función para expresar una opinión técnica responsable» (Resolución del ICAC de 19 de enero de 1991, por la que se publican las Normas Técnicas de Auditoría). **Normas a las que no están sujetos los registradores mercantiles para expresar una calificación técnica responsable.**

Según el artículo 218 de la LSA uno de los documentos a presentar a depósito es el informe de auditoría cuando «esta se hubiera practicado a petición de la minoría» (véase, asimismo, el art. 366.1.5.º RRM). Según el artículo 205.2 de la LSA la minoría podrá solicitar nombramiento de auditor «siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio».

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de noviembre de 2007 (BOE núm. 298, de 13 de diciembre de 2007) confirma la decisión del Registrador Mercantil de suspender el depósito de las cuentas de una sociedad hasta que no se aporte el informe de auditoría emitido por el auditor designado por el Registrador Mercantil, a petición de la minoría, «debiéndose aprobar nuevamente las cuentas anuales una vez elaborado el mismo». La sociedad afectada interpuso recurso gubernativo contra la decisión del Registrador, alegando que la sociedad celebró junta ordinaria de accionistas el 2 de abril de 2007, en la que se aprobaron las cuentas, y que hasta el día 11 del mismo mes de abril de 2007, es decir, después de la celebración de la junta y de la aprobación de las cuentas, no recibió notificación del Registro Mercantil de la solicitud de nombramiento de auditor presentada por el socio minoritario el 29 de marzo de 2007.

En nuestra opinión, si la junta se celebró en tiempo y forma y aprobó las cuentas antes de recibir la notificación a que se refiere el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil estimamos que no es conforme a Derecho, al menos, la doctrina de la Dirección General de que las cuentas «deberían aprobarse nuevamente y presentarse, junto al informe de auditoría emitido por el auditor designado por el Registrador Mercantil, para que su depósito pueda tenerse por efectuado».

⁴⁸ La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de diciembre de 2007 (BOE núm. 22, de 25 de enero de 2008) estima el recurso interpuesto por una mercantil contra la decisión del Registro Mercantil de no practicar el depósito de las cuentas anuales debido a que no se aportaba el «informe de gestión firmado por el administrador y revisado por el auditor de cuentas». La sociedad no estaba obligada a verificación contable y podía formular

los socios, así como si constan las preceptivas firmas. En nuestra opinión, el Registrador no puede denegar el depósito por el presunto incumplimiento de normas contables sustantivas –incluidas las de carácter informativo que se recogen en la Memoria⁴⁹– (incumplimiento que debe ser declarado por el órgano jurisdiccional competente), pues no lo autoriza el Reglamento y, en su caso, podría incurrir en responsabilidad por los daños y perjuicios que pudiera causar por no tener efectuado el depósito en dichos casos. Desconocemos si existe algún caso de denegación del depósito motivado, por ejemplo, porque el Informe de Auditoría contenga opinión con salvedades, opinión desfavorable u opinión denegada.

Ha de tenerse en cuenta que el régimen de calificación del depósito de las cuentas anuales es un régimen especial (*ius singulare*) respecto al régimen general de calificación registral. En efecto, el artículo 18.2 (régimen general de calificación) del Código de comercio (reproducido en el art. 6 RRM)⁵⁰ dispone que «los Registradores calificarán **bajo su responsabilidad** la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita **la inscripción**, así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban **y la validez de su contenido**, por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro». Sin embargo, el Reglamento del Registro Mercantil establece un régimen especial de calificación para otros actos. El Título III del Reglamento se denomina «De **otras funciones** del Registro Mercantil», y el Capítulo III de este Título: «Del **depósito** y publicidad de las cuentas anuales», en cuyo artículo 368 («Calificación e inscripción **del depósito**⁵¹») se dispone que «...el Registrador calificará **exclusivamente**⁵²...», lo que abona la tesis de

cuentas abreviadas, por lo que el Informe de gestión no es preceptivo. La Dirección General fundamenta que «sí debe prosperar, por el contrario, la alegación de fondo que el recurso formula, puesto que efectivamente las sociedades como la que nos ocupa, no obligadas a verificación contable, están expresamente excluidas por el artículo 203.2 y 3 de la LSA de la obligación de elaborar el informe de gestión. Es cierto que el artículo 366.1.4.º del Reglamento del Registro Mercantil exige entre la documentación a presentar un ejemplar del informe de gestión para que los Registradores tengan por efectuado el depósito, mas no cabe otra interpretación que entender se refiere exclusivamente a las sociedades que está obligadas a elaborar dicho informe, es decir, las obligadas a verificación contable, pues lo contrario significaría que una norma de rango inferior, aprobada por real decreto, estaría contrariando una ley y, en consecuencia, el principio de legalidad. Nada significa ni añade a este respecto, como la sociedad entiende, la circunstancia de que tenga designado e inscrito auditor en el Registro Mercantil con carácter voluntario para la verificación de sus cuentas anuales».

⁴⁹ De opinión contraria son los autores del *Memento* «Sociedades Mercantiles», 2008 (Francis Lefebvre, septiembre 2007): «La calificación acerca de si los documentos depositados son los exigidos, puede suponer que el registrador se pronuncie acerca de si la memoria contiene las menciones exigidas o si el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias se estructuran conforme a lo exigido por la ley».

Nos preguntamos si las menciones son tan solo las plasmadas en la ley o están incluidas las exigidas por el Plan General de Contabilidad, adaptaciones sectoriales y otras normas de inferior rango. Téngase en cuenta, además, respecto a la estructura del balance y cuenta de pérdidas y ganancias que las empresas sujetas a adaptación sectorial no están obligadas a presentar dichas cuentas en los modelos oficiales generales. ¿Debe el Registrador Mercantil comprobar todo esto?

⁵⁰ Por su parte, el artículo 58.1 del Reglamento del Registro Mercantil dispone que «la calificación del Registrador se extenderá a los extremos señalados en el artículo 6 de este reglamento».

⁵¹ Depósito no es inscripción.

⁵² Según nuestro Diccionario, «**exclusivamente**: Con exclusión. Sola, únicamente.». El significado lingüístico de este término es claro, unívoco, no ofrece lugar a dudas respecto a la interpretación gramatical a que se refiere el artículo 3.1 del Código Civil («Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras...»).

Dicho término se utiliza en el ámbito normativo como regla específica, excluyente. Así, la STS de 22 de enero de 2008 (Sala de lo Contencioso. Rec. 2949/2004): «... pues el precepto impugnado contiene una regla específica, **exclusivamente**, dirigida para aquellos farmacéuticos autorizados que fueran titulares o cotitulares de otra oficina de farmacia...». Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2004 (Sala de lo Contencioso. Rec. 3297/2001): «Es este sentido el que verdaderamente define el concepto de auxiliar. La razón es que **la interpretación del artículo 3** citado, en cuanto al objeto de la Agrupación de Interés Económico, no puede recibir una amplitud que desborde sus límites. **Por eso precisamente se emplea el adverbio "exclusivamente" referido al objeto de la actividad económica auxiliar...**».

que al Registrador le está vedado calificar el contenido material de las cuentas anuales. A nuestro entender, la utilización del término «exclusivamente» se hace para establecer una norma con presupuesto de hecho exclusivo (*fattispecie esclusiva*). Estas normas, como ha señalado la doctrina, son aquellas cuya configuración impide que sean aplicadas por analogía y no son susceptibles de

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en su Sentencia de 11 de enero de 2008 (rec. 2135/2005. Resolución 41/2008), aplica el artículo 10 del Reglamento del IRPF, aprobado por Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, que dispone: «1. A efectos de la aplicación de la reducción prevista en el artículo 17.2 a) de la Ley del Impuesto, se considerarán rendimientos de trabajo obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, **exclusivamente**, los siguientes, cuando se imputen en un único período impositivo:...». La Sala entiende que la cantidad percibida «no puede encuadrarse en ninguno de los supuestos que originan el derecho a reducción».

Y, en general, en el ámbito jurídico, puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2008 (Sala de lo Contencioso. Rec. 2119/2005): «La Base 3.^a de ninguna manera establece un requisito de cumplimiento optativo o voluntario. Su literalidad excluye esa conclusión, pues por dos veces la exige: así: «Toda esta documentación vendrá nominada **exclusivamente** bajo un lema. En sobre aparte lacrado, identificado en su exterior **exclusivamente** bajo el mismo lema, se aportarán los siguientes documentos...» Por lo tanto, no hay posibilidad alguna de considerar el requisito del lema como una mera opinión voluntaria para los concursantes».

La Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, en contestación a consulta de 13 de diciembre de 2004 (V0405-04), refiriéndose a la interpretación del artículo 66 de la Ley 38/1992 («Estará exenta del impuesto la primera matriculación de los siguientes medios de transporte: b) los vehículos automóviles matriculados para afectarlos **exclusivamente** al ejercicio de la actividad de enseñanza de conductores mediante contraprestación») señala que «A la vista de los preceptos transcritos la **condición esencial** para que la exención indicada sea aplicable es que los vehículos automóviles estén afectados **exclusivamente** al ejercicio de la actividad de enseñanza de conductores mediante contraprestación».

En Derecho Procesal, el artículo 748.4.º de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, dice: «Los que versen **exclusivamente** sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores». Aplicando este artículo, la Sentencia de 8 de noviembre de 2007 (Sentencia 1324/2007) de la Audiencia Provincial de Madrid, sienta: «Por lo que se refiere a la pensión compensatoria; del estudio de las actuaciones procede desestimar este motivo del recurso compartiéndose el criterio del órgano "a quo" expresado en el acta de la vista del folio 168 y siguientes en el sentido de declarar que la pensión compensatoria es ajena a dicho Juzgado de Familia núm. 23 de Madrid. En efecto, se entabló por la parte demandante demanda en base a lo dispuesto en el artículo 748.4 de la LEC que se refiere a procesos que versen **exclusivamente** sobre guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores; no procede, entonces, ante este Juzgado de 1.ª Instancia reclamar un litigante para sí cantidad a la otra parte». La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sentencia 152/2007), de 2 de febrero de 2007: «Pues bien; este condicionante procesal **ha delimitado, de modo ineludible**, las cuestiones sustantivas que en el cauce interesado pueden ser debatidas y resueltas que tan solo contemplan, respecto de las relaciones extramatrimoniales, las que versen "exclusivamente" sobre guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos reclamados, para estos, por un progenitor contra el otro. **Así lo recogen de modo que no admite duda alguna interpretativa**, los artículos 748.4, 769.3 y 770.6 de la repetida ley. Y en este sentido se han pronunciado Sentencias dictadas por esta Audiencia de fecha 19 de noviembre de 2004 y de 11 de julio de 2003». Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sentencia 470/2005) de 17 de octubre de 2005: «Y sobre las demás cuestiones económicas, independientemente de las razones que aduce la juzgadora, como esta misma recuerda y ha tenido oportunidad de destacar esta Sala en anteriores resoluciones, no cabe entrar a resolver en el juicio verbal en que nos hallamos, previsto como proceso especial aplicable, conforme al artículo 748.4 de la LEC, a los casos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de aquellos».

Parece claro, en nuestra opinión, que el artículo 368 del Reglamento del Registro Mercantil no admite duda alguna interpretativa y que delimita de modo ineludible el alcance de la calificación registral de las cuentas anuales presentadas a depósito, sin que pueda el Registrador entrar en otras cuestiones, tales como el contenido material de las cuentas. Nótese que dicho precepto está indicando al Registrador que califique, exclusivamente, si los documentos presentados son los exigidos por la ley, no que califique si el contenido de dichos documentos es el exigido por la ley. La utilización de este término por el Reglamento del Registro Mercantil viene a cumplir una función propia de la norma reglamentaria cual es la de aclarar el alcance de la calificación registral establecida en el artículo 219 de la LSA. Con ello quiere el Reglamento dejar claro que no debe realizarse una interpretación amplia –sino estricta– del alcance de la calificación. Asimismo, pueden aplicarse los principios o aforismos *Inclusio unius, exclusio alterius* (La inclusión de uno supone la exclusión de otro) y *enumeratio infirmat vim legis in casibus non enumeratis* (La enumeración anula la fuerza de la ley en los casos no enumerados). Vid. DOMINGO *et al.*, «Principios de Derecho Global. 1.000 reglas y aforismos jurídicos comentados». Thomson/Aranzadi, 2006.

interpretación extensiva⁵³. Asimismo, y dado que la denegación del depósito podría tener cierto carácter sancionador, los presupuestos que dan lugar al mismo han de ser interpretados estrictamente.

SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE⁵⁴ entienden que «la calificación del Registrador no se extiende a la validez y exactitud de los documentos contables depositados, sino simplemente si los documentos que se han presentado para su depósito **son los exigidos** por la Ley». Por su parte, VICENT CHULIÁ⁵⁵ ha señalado respecto a la función calificadora del Registrador Mercantil con relación al depósito de cuentas que es «una *calificación formal* de la regularidad de la *presentación de las cuentas anuales* cuando existe obligación de depósito o publicidad registral de las mismas... Las cuentas anuales son objeto de "presentación" y de calificación registral, **esta eminentemente formal** (arts. 215 LSA y 368 RRM), para su "depósito" en el Registro Mercantil... **La calificación registral abarca las cuestiones de si los documentos presentados (todos los exigidos en el art. 366 RRM) son los exigidos por la Ley, si están debidamente aprobados por la Junta general o por los socios, y si constan las preceptivas firmas** (de los certificantes y, bajo la fe de estos, las de todos los administradores o la indicación de la causa de las que no figuran)».

Para este autor, «otro punto importante ha sido **el objeto al que se extiende la calificación del Registrador, que se ha interpretado con cierta amplitud**. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de julio de 1994, *Aragonesa de Inversiones, SA*, examina "...si resulta obligatorio recoger expresamente en la memoria todas las menciones o indicaciones a que se refiere el artículo 200, incluso cuando, como aquí se afirma en relación a las retribuciones de los administradores y obligaciones contraídas en materia de pago de pensiones o pago de primas de seguros (indicación duodécima), *no existen*... En efecto... la mera interpretación literal del artículo 200 del Texto Refundido de la LSA aclara que todas las indicaciones deben constar obligatoriamente en la memoria y, por tanto, caso de no existir, así debe ponerse de manifiesto en ella, *sin que, como acertadamente señala el Registrador Mercantil de Zaragoza, tenga que presumirse necesariamente que omisión signifique inexistencia*. En conclusión, **las cuentas serán admitidas a depósito cuando la memoria se subsane mediante la incorporación de las indicaciones relativas a que no existen retribuciones ni obligaciones para pago de pensiones o de seguros de vida respecto de los miembros del órgano de administración de "Aragonesa de Inversiones, SA"**. Desestima el recurso".

Es decir, *sensu contrario*, las cuentas no serán admitidas a depósito cuando contengan las deficiencias *materiales* que a cada Registrador Mercantil se le ocurran. Y ello sin tener en cuenta que, como ha señalado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de abril de 2007 (Resolución núm. 480/2007), «no todas las infracciones legales tienen la misma entidad, y su efecto ha de ser proporcional a su entidad y trascendencia». Esto lo dice el Tribunal Supremo en el caso de impugnación de acuerdos sociales, pero considero extensiva esta doctrina al ámbito de la calificación registral del depósito de cuentas, considerando, además, que no es competencia del Registrador Mercantil –ni creo que le interese personalmente– entrar en el análisis del contenido material de las cuentas.

⁵³ Vid. HERRERA MOLINA. «La exención tributaria». Colex, 1990.

⁵⁴ «Instituciones de Derecho Mercantil». Volumen I, Thomson/Aranzadi, 2007.

⁵⁵ «Disposiciones generales...» Ob. cit.

Me pregunto si la Dirección General de los Registros y del Notariado ha caído en la cuenta de que ampliando indebidamente el objeto de la calificación registral en estos supuestos está también ampliando indebidamente la responsabilidad de los registradores mercantiles, pues parece obvio que si entra dentro de sus funciones la calificación en dichos términos (es decir, comprobar que las cuentas anuales cumplen con todos los requerimientos legales), dicha calificación ha de efectuarse siempre y con cada una de las cuentas anuales que se depositan en cada registro, y que el registrador responderá de los daños y perjuicios que pueda ocasionar una calificación incorrecta. Me pregunto también si es práctica habitual en los registros realizar la calificación *material* en dichos términos (comprobación de que la memoria contiene todas y cada una de las menciones exigidas por el CCom., por la LSA, etc.; si la estructura del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias es la que se establece en la norma y con los detalles exigidos; el contenido del informe de gestión; etcétera, etcétera).

Ante un defecto (calificado como subsanable por el Registrador Mercantil) consistente en que «el **capital social** que se indica en las cuentas no se corresponde con el que consta inscrito en el Registro», la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 28 de febrero de 2005 (BOE núm. 88, de 13 de abril de 2005), señalando que «la cuestión a dilucidar deriva de la no coincidencia del capital social que figura en las cuentas presentadas con el que consta inscrito en el Registro Mercantil», desestima el recurso interpuesto contra la calificación en base a que

«... el fondo del asunto no es otro que determinar si los Registradores Mercantiles están o no limitados en su calificación —*ex art. 368.1 RRM*—, por exigirse aquí a la sociedad algo que entiende excede su ámbito de competencia, obviamente por falta de cobertura legal. Dicha cuestión ya ha sido resuelta por este Centro Directivo señalando, en contra de lo que la sociedad sostiene, que la **lista de documentos a presentar que se contiene en el artículo 366 del Reglamento del Registro Mercantil no es "numerus clausus"** y que **los Registradores Mercantiles pueden examinar su contenido para determinar su validez**. En el presente caso, la discordancia apreciada por la Registradora Mercantil deriva de la **falta de inscripción en el Registro de lo que se afirma una ampliación de capital** efectuada el 23 de diciembre de 2003, olvidándose por la sociedad que tal ampliación de capital no existe para el Registro, estando, como está, sujeta dicha ampliación a los requisitos establecidos para las modificaciones estatutarias (cfr. arts. 71 y ss. LSRL), que la ley exige a los Registradores Mercantiles calificar, bajo su responsabilidad, respecto de los documentos presentados "... la validez de su contenido por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro" (art. 18 CCom.) y, sobre todo que, de no hacerlo así, estarían distorsionándose los derechos de información y publicidad que el depósito de las cuentas pretende.»

Como defendemos en el presente estudio, las facultades de calificación del Registrador Mercantil se ciñen a una calificación formal, que podríamos denominar verificación o control preventivo *prima facie*. Respecto a dicha Resolución de 28 de febrero de 2005, parece evidente que dicho control *prima facie* no es incompatible ⁵⁶ con la verificación de los datos obrantes en el Registro Mercantil (cifra de capital social). Pero cosa distinta es que, ante la clara limitación (término «*exclusivamente*» del art. 368

⁵⁶ Aun así, consideramos que no se debería haber denegado el depósito de las cuentas anuales. En términos prácticos, ¿comprueban los Registradores Mercantiles de forma sistemática que las cifras que constan en las cuentas anuales se corresponden con las que constan en el Registro Mercantil?

RRM) y ante un caso concreto ⁵⁷ como el que se dilucida en dicha resolución, se pueda afirmar que la lista de documentos ⁵⁸ a presentar que se contiene en el artículo 366 del Reglamento **no es** «*numerus clausus*». De un caso tan particular creemos que no se puede extraer una regla general.

En parecidos términos se expresa la Resolución de 16 de enero de 2006 (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2006), donde se señala que «los Registradores pueden **y deben** examinar su contenido (de las cuentas anuales) para determinar su validez, teniendo que calificar, **bajo su responsabilidad**, respecto de los documentos presentados, la validez de su contenido por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro (cfr. arts. 18 CCom. y 6 RRM)».

A nuestro juicio, la Dirección General no ha tenido en cuenta que los artículos citados (18 CCom. y 6 RRM) no son aplicables al **régimen especial** de calificación del depósito de las cuentas anuales, como hemos señalado con anterioridad ⁵⁹.

La denegación del depósito de las cuentas anuales podría obligar a una reformulación de las mismas y a la necesidad de someterlas de nuevo a aprobación de la Junta General. Esta denegación tendría, por tanto, unos efectos similares a la declaración de nulidad del acuerdo de aprobación de cuentas. Por ello, consideramos de aplicación la doctrina contenida en la Sentencia de 12 de noviembre de 2007 de la Audiencia Provincial de Badajoz (rec. 366/2007. Resolución 319/2007): «es llano que unas simples discrepancias de índole formal o puramente tributaria.. **no justifican la grave sanción jurídica representada por una anulación...**». Lo que abona la tesis que venimos defendiendo.

Sobre la extralimitación de los registradores en otros supuestos, ORTIZ SEIJAS ⁶⁰ señala, refiriéndose a las obligaciones que la legislación fiscal establece para los Registradores de la Propiedad, y el alcance de dicha obligación, que se dan «frecuentes extralimitaciones». «Señala la resolución de referencia que el artículo 254 de la Ley Hipotecaria impone al Registrador el deber de comprobar el pago de los impuestos que devengue todo acto que pretenda su acceso al Registro, como requisito previo para la práctica del asiento; pero, que tal deber queda cumplido si el documento presentado contiene nota firmada por el Liquidador del impuesto que acredite su pago, prescripción o exención, **no pudiendo en tal hipótesis suspender la inscripción so pretexto de error o deficiencia de la liquidación practicada...**». Esta autora señala otra Resolución posterior de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero de 2008, «y que analiza y **limita la competencia del registrador en esta cuestión**: si el Registrador entiende que el acto o contrato no está sujeto al pago de impuesto alguno, deberá proceder a la práctica del asiento solicitado (de no concurrir otros defectos, que precisa-

⁵⁷ Son aplicables los principios *exceptio firmat regulam* (la excepción confirma la regla) e *in argumentum trahi nequeunt, quae propter necessitatem aliquando sunt concessa* (no sirve como argumento lo que ha sido concedido alguna vez por razón de necesidad. Es decir, no cabe convertir la excepción en norma general). Vid. DOMINGO *et al.*, «Principios de Derecho Global...» Ob. cit.

⁵⁸ Obsérvese, además, que el término «*documentos*» nada tiene que ver con los *datos* que contienen dichos documentos. Documento sería el *continente* y los datos serían el *contenido*.

⁵⁹ Hemos de insistir en que se está avocando a los Registradores Mercantiles a asumir responsabilidades que no les corresponden y que son incompatibles con la función del auditor de cuentas.

⁶⁰ «Registro de la Propiedad: competencia en materia fiscal (Comentario a la RDGRN de 5 de febrero de 2008, BOE de 20 de febrero de 2008)». Revista CEFLEGAL. CEF, núm. 88, mayo 2008.

mente por ello, deberá haber puesto de relieve en el tiempo), y si por el contrario entiende que el acto o contrato "devenga impuesto" deberá requerir que se acredite el pago o la presentación del documento ante la Administración Fiscal; **pero no más, de manera que una vez que conste el pago o la presentación, solo a la Administración Pública corresponde apreciar su competencia**, practicar la liquidación, o declarar la sujeción o no sujeción, y acreditarlo en la forma que estime oportuna y prevea la propia legislación fiscal». Dice esta resolución: «**La actuación del Registrador no puede extravasarse ese ámbito. De la misma manera que obviamente no le compete asumir funciones judiciales** en orden a analizar la legalidad de la normativa fiscal, tampoco le compete asumir funciones en orden a analizar extremos tales como la competencia fiscal, la corrección de la liquidación practicada, o la forma de acreditación del pago que en su caso establezca la propia normativa fiscal».

Esta doctrina de la Dirección General es correcta y pone de manifiesto el alcance de la obligación que impone al Registrador la Ley Hipotecaria, que es un control también *prima facie* del cumplimiento de las obligaciones fiscales, sin que el Registrador pueda ampliar el ámbito de dicho control. Por tanto, esta doctrina es perfectamente aplicable al asunto que comentamos sobre el alcance del control del depósito de las cuentas anuales: la actuación del Registrador no puede extravasarse el ámbito del artículo 219 de la LSA y 368 del Reglamento del Registro Mercantil, pues estaría asumiendo funciones propias de los auditores de cuentas y de la jurisdicción.

Mediante la técnica de la corrección de errores, la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 3 de julio de 2008 –BOE de 16 de julio–, por la que se corrige la de 14 de diciembre de 2007, sobre depósito de las cuentas anuales de «Uribe Sánchez, SL»), corrige su anterior doctrina:

«En el párrafo 2, fundamento de derecho 1, donde dice: "puesto que, como esta Dirección General ha mantenido no existe obligación por parte de los Registradores Mercantiles de efectuar la notificación en el domicilio de los interesados, debiendo ser estos los que deben estar al tanto de las determinaciones del Registro Mercantil", debe decir: "**que existe obligación por parte de los Registradores Mercantiles de notificar las calificaciones negativas**".

En el diario *Expansión* de 28 de julio de 2008 aparece la noticia: «El registrador debe notificar los defectos en las cuentas. Seis meses después de dictar una resolución, Registros cambia de criterio a través de una "corrección de errores"». Puede leerse en la misma: «Otras fuentes registrales creen precisa "una regulación completa y especial del despacho de los depósitos de cuentas en los Registros"».

En base a los argumentos expuestos en este apartado del presente estudio, con fecha 22 de febrero de 2008, solicitamos a la Dirección General de los Registros y del Notariado:

«PRIMERO. Que se dicte, por esa Dirección General, una Instrucción en la que se establezcan las oportunas directrices relativas al alcance de la calificación registral en materia de depósito de cuentas anuales, a fin de establecer criterios uniformes al respecto.

SEGUNDO. Subsidiariamente, que lo expresado anteriormente sea tenido en cuenta en la elaboración de la doctrina de esa Dirección General sobre el depósito de cuentas en el Registro Mercantil».

VI. LA CAUSA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD MERCANTIL

PAZ-ARES⁶¹ considera que «en la sociedad la causa es el fin común que persiguen las partes. Este fin común encarna el elemento "comunitario" que diferencia el contrato de sociedad de los demás contratos y lo vertebra tanto en su dimensión obligatoria (el fin común es la causa de todas las obligaciones que se derivan del contrato de sociedad), como en su dimensión organizativa (el fin común es la ley de la entidad resultante del contrato de sociedad). El fin común se compone de dos subelementos: *el fin común último o abstracto y el próximo o concreto*. **El fin común último es normalmente, aunque no necesariamente, el ánimo de lucro**. El fin próximo es el objeto social, esto es, la actividad que se ha programado desarrollar para la consecución del fin común (por ej., la producción de energía eléctrica, la venta de calzado, la fabricación de muebles, etc). Ambos elementos son inseparables, pues ninguno de ellos es capaz por sí mismo de llenar la causa del contrato de sociedad».

ILLESCAS ORTIZ⁶² entiende que «en el campo del Derecho de sociedades se denomina derecho al dividendo el derecho que a repartir entre sí las ganancias sociales se atribuye por la ley genéricamente a los socios. El fundamento positivo último de dicho derecho –cuya denominación no se encuentra sólidamente establecida ni por la legislación ni por la doctrina– se halla en la **causa del contrato de sociedad**: el artículo 1.665 del Código Civil alude de modo expreso "al ánimo a partir entre sí las ganancias" que ilustra la *affectio societatis* de los socios al momento de celebrar el contrato de compañía. Este espíritu empresarial y remunerador que anima a los socios se reitera en el artículo 116 del Código de Comercio cuando se señala que la obligación de aportar que los contratantes adquieren lo es "para obtener lucro". De modo ya más preciso, el Código Civil se remite al pacto social para la determinación exacta de las modalidades del reparto de los beneficios entre los asociados: su artículo 1.689.I estatuye que "las pérdidas y ganancias (sociales) se repartirán en conformidad con lo pactado"; dicha libertad de pacto atribuida a los fundadores de la compañía no es sin embargo absoluta. Casi sin solución de continuidad –art. 1.691.I del propio CC– se preceptúa que "es nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias...". Supone la norma transcrita la prohibición expresa del denominado pacto leonino en cuya virtud el reparto de las ganancias sociales queda vetado para alguno de los asociados».

Este autor, respecto al derecho al dividendo sostiene que «**incardinado en la causa del contrato**, este derecho es de un carácter genérico y posee diversas manifestaciones concretas **sin que constituya base normativa suficiente como para que el socio pueda reclamar en cada ejercicio social a la sociedad una parte de las ganancias sociales repartibles**».

⁶¹ «Las sociedades mercantiles». En la obra colectiva «Lecciones de Derecho Mercantil». Director AURELIO MENÉNDEZ. Thomson/Civitas, 2005.

⁶² «El derecho del socio al dividendo hoy: un apunte». *Derecho de los negocios*, núm. 21, junio 1992.

Para los autores del *Memento* «Sociedades Mercantiles», 2006 (Ediciones Francis Lefebvre, 2005), «la causa del contrato de sociedad mercantil es, a juicio de la doctrina mayoritaria el **ánimo de lucro**, esto es, la realización común de una actividad económica y la obtención de un beneficio o lucro repartible entre los socios. El beneficio repartible es la contraprestación de las aportaciones realizadas por los socios, que, a su vez, son medio para hacerlo posible». «El objeto social es la concreción de la causa en una sociedad determinada, ya que consiste, por regla general, en la **concreta actividad** que hará posible la obtención de beneficios y el sector o rama económica en la que se desarrollará. En consecuencia, la conclusión de la empresa que constituya el objeto o la imposibilidad manifiesta de alcanzar el fin social determinan la disolución de la sociedad (CC art. 1.700; LSA art. 260; LSRL art. 104) por inexistencia de causa».

VÁZQUEZ CUETO⁶³ ha señalado que «la **causa lucrativa** del contrato social lleva a pensar en una cierta predisposición del legislador a que ese excedente sea repartido entre los socios en forma de dividendo ordinario. Sin embargo, en principio cabe considerar igualmente lícitas, siempre que no suponga una absoluta, persistente y definitiva inaplicación del beneficio al dividendo, y sean respetuosas con el interés social, la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores que no dejen el patrimonio neto inferior al capital social, la dotación de reservas libres, la sobredotación de las reservas legal o estatutarias (aplicación que no priva del carácter distribuible a esos fondos, pese a la denominación de la partida en que pasan a integrarse) e incluso la entrega de cantidades a otros sujetos que, a juicio de la junta general, merezcan ser beneficiarios de una porción del beneficio neto. De igual modo, la asamblea de socios puede acordar la no aplicación del beneficio que reste que, en forma de remanente, quede en el patrimonio social a la espera de futuras decisiones sobre el particular».

Para este autor, «la distribución de cantidades en concepto de participación en ganancias constituye el **fin natural** de la participación del accionista en la sociedad». Por otra parte, cita a SÁNCHEZ ANDRÉS⁶⁴ quien considera que «**no debe prejuzgarse la preferencia por la autofinanciación o el reparto, dado que ambos fines se enmarcan dentro del contenido posible del interés social**».

VII. EL DERECHO AL DIVIDENDO EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES

URÍA⁶⁵ manifiesta que «no se crea que el derecho abstracto a participar en las ganancias sea un derecho vacío de sustancia. Protege al accionista, por el contrario, contra cualquier posible acuerdo social que pretenda excluirle de la participación en los beneficios obtenidos por la empresa y contra la posible decisión de la mayoría de no repartir los beneficios que se vayan obteniendo, reservándolos indefinidamente. La sociedad puede constituir reservas voluntarias sustrayendo al reparto una parte de los beneficios de cada ejercicio, e incluso podrá suspender totalmente el reparto de dividendos si las necesidades de la empresa así lo exigen; pero no podrá negarse sistemáticamente a repartir las

⁶³ «La sociedad anónima», Ob. cit.

⁶⁴ «La acción y los derechos del accionista». En URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA (dirección), «Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles», Tomo IV, «Las acciones», vol. 1.º, Madrid, 1994.

⁶⁵ «Derecho Mercantil». Marcial Pons, 1992.

ganancias arrojadas por los balances, porque ello iría contra la finalidad perseguida por los socios al constituirse en sociedad». Asimismo, para este autor, **la Junta es libre y soberana** en orden a la aprobación o no de las cuentas anuales, y en caso de aprobación, deberá resolver también «sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado». «Los beneficios reales no siempre son íntegramente repartibles, aunque el activo supere al pasivo. Unas veces la ley, otras los estatutos y otras los acuerdos de la junta general no permite que el beneficio pase íntegramente a los accionistas, y obligan a detraer del mismo una cierta parte, que quedará reservada en poder de la sociedad **como medida sana y prudente de previsión que acrecienta su patrimonio y refuerza la estabilidad y la potencia económica de la empresa, aumentando su crédito frente al exterior**». Sobre las **reservas facultativas o voluntarias** estima que «la posibilidad de crear estas reservas suscitó dudas en cierta doctrina en razón a que implicando la sustracción de beneficios al reparto anual, podría entrar en colisión con el derecho del accionista a las ganancias. Pero en la actualidad, quizá por la presión de la práctica, nadie pone reparos a la facultad de la junta general para decidir la reserva de beneficios cuando así lo estime conveniente para los intereses sociales».

Por su parte, VICENT CHULIÀ ⁶⁶ ha señalado que «la distribución de dividendos se hará *en proporción al capital desembolsado*, aunque los Estatutos pueden introducir *privilegios* en este derecho, por ej., estableciendo un reparto, total o en parte, por igual a todas las acciones (STS de 4 de junio de 1987)... **El derecho al dividendo** del accionista deriva de lo establecido en la Ley y en los Estatutos. *No existe en principio un derecho del accionista a exigir la distribución del beneficio neto repartible más que en caso de las acciones sin voto*. Pero los Estatutos pueden regular *dividendos mínimos o garantizados*, siempre que se distribuyan a cargo de efectivo beneficio neto repartible, a favor de *acciones privilegiadas*. Los llamados *dividendos garantizados, constructivos o intercalarios*, que constituyen un dividendo mínimo durante los primeros años de la sociedad, solo son lícitos y exigibles dentro de estos límites. De lo contrario, los estatutos violarían la prohibición de crear "acciones con derecho a percibir un interés, cualquiera que sea la forma de su determinación" (art. 50.2 LSA, que declara que su creación no es válida)».

SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE ⁶⁷ entienden que «el primero de los derechos que enuncia el artículo 48.2 de la LSA es el de participar en el reparto de las ganancias sociales. Tal derecho ha de entenderse no solo como el que tiene el socio a que si se reparten dividendos no pueda ser excluido del reparto (*vid.* art. 215), sino también como el derecho a una distribución anual de dividendos a no ser que los estatutos hayan establecido con carácter general otra cosa. Pero este derecho a reparto anual de las ganancias sociales es relativo (o abstracto), pues depende de la existencia de beneficios y de que se den determinadas circunstancias económicas, entre las que se encuentra la existencia de un cierto grado de liquidez dentro del patrimonio social, que no impida su reparto. La Junta general ha de resolver sobre esta cuestión a la vista de tales circunstancias, actuando con una cierta discrecionalidad pero sin caer en la arbitrariedad. A tal efecto se ha de valorar que el interés en la distribución de un dividendo anual, siempre que sea posible, es un interés social, entendido este como un interés común a todos los socios...». «El derecho al dividendo de los accionistas ordinarios se encuentra, pues, sometido al poder de la Junta, que puede llegar a derogarlo en determinados

⁶⁶ Voz «aplicación del resultado (Derecho Mercantil)». Enciclopedia Jurídica Básica. Volumen I. Editorial Civitas, 1995.

⁶⁷ «Instituciones...» Ob. cit.

supuestos. Si se deniega el derecho sin que exista motivo para ello o se limita de modo arbitrario, el acuerdo podrá ser impugnado...». Para estos autores, «los artículos 95 y 213.1 de la Ley hablan de que la Junta general "resuelve" sobre la aplicación del resultado del ejercicio, lo que no quiere decir que pueda actuar con arbitrariedad, sino que debe operar teniendo en cuenta los intereses sociales. La ley ha establecido un proceso de distribución de beneficios (propuesta de los administradores, examen por parte de los auditores y resolución de la Junta general), porque tiene en cuenta que esa distribución debe efectuarse dentro de ciertos márgenes de elasticidad que permitan adecuarla a la situación económica y financiera de la sociedad, cosa que no se conseguiría si la Junta hubiera de actuar de forma automática. La Junta habrá de valorar las circunstancias que concurren para distribuir entre los socios solo una parte de los beneficios disponibles una vez hechas las deducciones señaladas por la Ley y los Estatutos, y aumentar las reservas sociales o hacer otras asignaciones, e incluso podrá, si las circunstancias lo reclaman, suprimir el reparto del dividendo».

LOJENDIO OSBORNE ⁶⁸ considera que «se puede plantear también en este punto un conflicto de intereses entre el grupo de accionistas que ostente el control de la sociedad, a quienes conviene el fortalecimiento de esta, y los socios minoritarios, interesados sólo por el dividendo. Se trata de una cuestión central del Derecho de sociedades en la que es difícil determinar el punto de equilibrio, que será distinto en cada caso concreto, entre los intereses de la sociedad y los de los socios, entre la competencia de la Junta para decidir el destino de los beneficios y el derecho de los socios a participar en las ganancias. El reconocimiento de este último por el artículo 48 opera, en cualquier caso, como límite de la competencia de la Junta, que no podrá negarse sistemáticamente al reparto».

ILLESCAS ORTIZ ⁶⁹ entiende que «el derecho genérico del socio a los beneficios encarnado en la causa del contrato, y para el caso de la sociedad anónima formulado por el artículo 48.2 a) –"En los términos establecidos en esta ley, y salvo en los casos en ella previstos, el accionista tendrá, como mínimo, los siguientes derechos: a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales..."», constituye la más relevante limitación de los poderes de la asamblea de socios a la hora de resolver sobre la aplicación del resultado positivo del ejercicio. La junta igualmente se encuentra limitada por la necesidad de actuar el interés social...».

Para este autor, **esta segunda faceta del derecho al dividendo, adjetivado como absoluto y periódico, sencillamente no existe.** La junta general goza legalmente de facultades para «resolver» sobre la distribución de los beneficios y el propio término legislativo consagrado para pasar del lucro objetivo al lucro subjetivo evidencia la existencia de un margen amplio de libertad de la junta al respecto. Libertad que se ejerce sometida a las exigencias derivadas del derecho a los beneficios sociales –principio de aprobación final del beneficio por los socios–, que acaban de contemplarse, y que excluye toda idea de mero automatismo de la deliberación asamblearia y del acuerdo de aplicación: **la junta no se encuentra legalmente obligada a repartir cada año la totalidad del beneficio repartible; el socio, correlativamente, carece de un derecho positivamente consagrado en cuya virtud pueda exigir la distribución absoluta –de todas– y periódica –anual– de las ganancias sociales.**

⁶⁸ «La acción. Los derechos del socio». En la obra colectiva «Derecho Mercantil», coordinada por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Ariel Derecho, 1990.

⁶⁹ «El derecho del socio al dividendo...» Ob. cit.

La junta, al no reconocerse legalmente este derecho, puede acordar la no distribución de los beneficios repartibles en todo o en parte y constituir la correspondiente reserva facultativa o, simplemente y como el artículo 178.4 de la LSA indica, «otras reservas».

Comentando la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005, MARTÍN-ZAMORANO⁷⁰ dice que «no podemos manifestar nuestra conformidad con uno de los fundamentos que se desliza en la sentencia pues el Tribunal Supremo, que anula el acuerdo por ser contrario al artículo 85 de la LSRL, parece considerar que esta norma en vez de autorizar que los estatutos sociales puedan establecer una forma de distribuir dividendos distinta a la proporcional a la participación de los socios en el capital social, exige que en los estatutos se autorice el destino de los beneficios a reservas libres para que la junta lo pueda acordar así. En definitiva, el peligro de este fundamento es que pudiera entenderse que se limita la competencia de la Junta para decidir sobre la aplicación del resultado pues solo podrá acordar no repartir beneficios si los estatutos lo autorizasen y esto es grave porque, por un lado, no hay fundamento legal alguno para defender esta tesis y, por otro lado, la citada autorización, en la práctica, no se encuentra en casi ningún estatuto». Para este autor, «el inconveniente en este caso era determinar el contenido del acuerdo, es decir, qué parte de beneficios y reservas se destina al reparto de dividendos, pues **esta es una decisión empresarial a la que el juez no está llamado**. En nuestra opinión, el Tribunal Supremo, al confirmar el fallo de la sentencia de instancia, está considerando que el reparto de beneficios del ejercicio es la regla supletoria que regiría una vez anulado el acuerdo de retención».

En mi opinión, el derecho al dividendo se configura como un derecho atribuido al socio o accionista *uti singuli*, pero que necesariamente tiene que ser ejercido colectivamente a través de la junta general.

Cosa distinta es el concreto derecho de crédito a favor del socio o accionista individualmente considerado que nace una vez acordada la distribución de dividendos por la junta general. Otros derechos del socio o accionista de ejercicio individual son, entre otros, el derecho de suscripción preferente, el derecho de información, el de voto, etc.

Nada tiene que ver la actual regulación de las sociedades capitalistas con la arcaica regulación de las sociedades colectivas, cuya utilización ha caído en desuso y no resuelve adecuadamente la necesaria capitalización de las empresas. Como ha indicado GARCÍA VILLAVERDE⁷¹, «tras la codificación y la correlativa expansión de las sociedades que limitan la responsabilidad de los socios, en particular la sociedad anónima, la sociedad colectiva pierde su papel estelar...». Para este autor, «la sociedad colectiva es una sociedad de conformación personalista con predominio del régimen contractual sobre la personificación de la sociedad..., que, en el plano patrimonial, no cuenta con la técnica de relaciones entre capital y patrimonio (este ni siquiera es imprescindible para su fundación...)... Aprobado el balance por los socios, nace un derecho de cada uno al cobro, que, en el caso del socio industrial, se corresponde, si nada se dijera en contra, al derecho del socio capitalista de menor participa-

⁷⁰ «El derecho de los socios al reparto de dividendos». Diario *Expansión*, 1 de noviembre de 2005.

⁷¹ Voz «sociedad colectiva». Enciclopedia Jurídica Básica. Volumen IV. Editorial Civitas, 1995.

ción». Por su parte, PAZ-ARES⁷² señala que «el balance aprobado pondrá de manifiesto cuál ha sido el resultado del ejercicio para la sociedad; esto es, si ha habido ganancias o pérdidas. La distribución del beneficio no requiere ulterior acuerdo de aplicación del resultado. La simple aprobación del balance y cuenta de explotación implica el nacimiento a favor de los socios de su derecho concreto al beneficio de inmediata exigibilidad. Naturalmente, se podrán constituir reservas voluntarias, pero para ello precisan la unanimidad. Salvo disposición contraria del contrato, los beneficios no pueden atesorarse contra la oposición de uno solo de los socios». Para este autor, dichas sociedades «en la actualidad han desaparecido de la escena, no llegando a representar ni el 0,1 por 100 de las sociedades inscritas». Sin embargo URÍA⁷³ entendía que «este derecho del socio no tiene un valor tan absoluto que obligue a las sociedades a repartir necesariamente el importe total de las ganancias obtenidas en cada ejercicio económico. La sociedad no puede, ciertamente, retener sistemáticamente todos sus beneficios reservándolos indefinidamente. Pero, en la medida en que una norma de prudencia y de protección de los intereses sociales así lo aconseje, habrá que admitir, de acuerdo con una práctica muy extendida, que la sociedad pueda constituir reservas voluntarias, sustrayendo al reparto una parte de los beneficios anuales, e incluso suspender totalmente el reparto de beneficios en algún ejercicio social cuando las necesidades de la empresa así lo exijan». En cualquier caso, parece que dicha práctica es voluntarista y que la regla legal es la exigibilidad por el socio de su parte en los beneficios.

VIII. ¿Y EL DEBER DE SECRETO DEL SOCIO O ACCIONISTA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES?⁷⁴

Como reflexión previa y general ha de recordarse que el Tribunal Constitucional tiene establecido, en jurisprudencia constante, que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española no son derechos absolutos y que, por tanto, tienen sus límites. El derecho de información del accionista o socio de las sociedades mercantiles no tiene, obviamente, el carácter de derecho fundamental en términos constitucionales pero de él puede predicarse lo mismo: no es un derecho absoluto y tiene sus límites. El órgano que *prima facie* y para cada caso concreto ha de establecer esos límites es el órgano de administración de la sociedad, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento por parte de los tribunales de justicia sobre la razonabilidad o no de las medidas tomadas por dicho órgano de administración.

Resulta de gran interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2007 (Resolución núm. 480/2007), sobre impugnación de acuerdos sociales (la sentencia habla de un *percinaz litigante*⁷⁵ y competidor de la sociedad demandada). En ella se trata sobre el derecho de información del accio-

⁷² «La sociedad colectiva y la sociedad comanditaria». En la obra colectiva: «Lecciones de Derecho Mercantil». Dirigida por AURELIO MENÉNDEZ. Thomson/Civitas, 2005.

⁷³ «Derecho Mercantil». Marcial Pons, 1992.

⁷⁴ Sobre el derecho de información del accionista y acerca de sus límites puede verse: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «El derecho de información del accionista en la sociedad anónima». McGraw-Hill, 1999.

⁷⁵ Los verdaderos motivos de buena parte de las impugnaciones de acuerdos sociales se ponen de manifiesto en la jurisprudencia. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (secc. 19.ª, núm. 384/2005, rec. 393/2005), de 15 de septiembre de 2005, puede leerse:

nista; sobre la importancia del contenido del informe de auditoría; del alcance de las salvedades que pueden aparecer en el informe de auditoría; señalando, a efectos de la posible nulidad de los acuerdos sociales, que «no todas las infracciones legales tienen la misma entidad, y su efecto ha de ser proporcional a su entidad y trascendencia...».

La Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas **cotizadas**⁷⁶ (BOE de 18 de julio de 2003), según se expresa en su exposición de motivos, pretende «formular iniciativas normativas sobre la base del fomento de la transparencia en la gestión de las empresas...».

El artículo 127.2 de la LSA establece que los administradores «deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones». La Ley 26/2003 incorpora a la misma el artículo 127 quáter, que concreta dicho deber de secreto⁷⁷.

El legislador, en la normación de la vida societaria, viene incidiendo, evidentemente con acierto, en algunos aspectos de la misma, pero descuidando, a nuestro juicio, otros no menos importantes.

El asunto suscitado en el título de este comentario no es nada baladí, sobre todo cuando nos referimos a la mayoría de las sociedades mercantiles de este país, tanto anónimas como limitadas, que atienden a una realidad o base más *personalista*, es decir, sociedades con pocos socios o accionistas⁷⁸.

«No puede desconocerse tampoco la situación de enfrentamiento entre la sociedad y los socios que accionan, representada por multitud de procedimientos entre ellos existentes, preferentemente de orden civil, pero también penal, social e incluso contencioso-administrativo.

.../...

Lo que parece subyacer en el escrito del recurso, es una pretensión de orientar el discurrir de la sociedad conforme a las directrices que los apelantes, socios minoritarios, entienden más convenientes, pero la discrepancia, comprensible por otra parte, incluso el eventual acierto de sus criterios, ni pueden imponerse a los que se adoptan por los órganos sociales, ni valen sin más para tener por inadecuados aquellos adoptados por el órgano competente».

⁷⁶ ¿Dicha ley se destina únicamente a las sociedades anónimas **cotizadas**? Creemos claramente que no, ya que según su exposición de motivos los preceptos que reforman la LSA tienen aplicación general para todas las sociedades de esta clase, pero el título hace un flaco favor al principio de seguridad jurídica, en su vertiente de certeza normativa, al circunscribir su contenido a dichas sociedades cotizadas, por lo que de la lectura del mismo las sociedades no cotizadas pueden llegar a la conclusión de que su contenido no les afecta y pueden llegar, incluso, a no leer ni su exposición de motivos. No olvidemos que el artículo 6.1 del Código Civil dice que «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento». Otro ejemplo de mala redacción del título de una ley es el de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la **sociedad anónima europea domiciliada en España**, que contiene también modificaciones de la LSA que afectan a todas las compañías con forma de sociedad anónima.

⁷⁷ Sobre el derecho de información del consejero puede verse: FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, «A vueltas con el derecho de información del consejero». *El Notario del Siglo XXI*, núm. 15, septiembre/octubre 2007.

⁷⁸ Las reflexiones del presente apartado tienen su origen en un caso real. Unos socios de una sociedad de responsabilidad limitada que son a su vez socios de otra sociedad de responsabilidad limitada, que nada tiene que ver con la anterior pero que tiene parecido objeto social o con actividades parecidas a la misma, se hacen con documentación –no pública– que les es facilitada en Junta General de socios de la primera para satisfacer su legítimo derecho de información –es decir, para que tengan un debido conocimiento de la gestión social– y entregan la documentación así obtenida de la primera sociedad al administrador de la segunda, que la emplea en beneficio de la sociedad citada en segundo lugar.

El Código de Comercio, en su artículo 32.1 dispone que «La contabilidad de los empresarios es secreta, sin perjuicio de lo que se derive de lo dispuesto en las leyes».

El artículo 86 de la LSRL dice que:

«2. Durante el mismo plazo ⁷⁹ y salvo disposición contraria de los estatutos, el socio o socios que representen al menos el 5 por 100 del capital podrán examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente ⁸⁰ de las cuentas anuales.

3. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide ni limita el derecho de la minoría a que se nombre un auditor de cuentas con cargo a la sociedad.»

Por su parte, el artículo 61.2 de la misma ley, **refiriéndose a los administradores**, impone que los mismos «deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones».

Respecto al secreto de la contabilidad, PONT CLEMENTE ⁸¹, ha señalado, a fin de que el mismo no sea un secreto a voces ⁸², que «si bien es cierto que el secreto empresarial debe ceder cuando se hallan en juego determinadas cuestiones, como el interés legítimo de los accionistas o de los acreedores o la comprobación del cumplimiento de los deberes tributarios, no es menos cierto que el propio secreto merece un escrupuloso respeto en la aceptación restrictiva y reglada de su rompimiento **y en el uso de la información obtenida por quienes hayan tenido acceso a ella**. El secreto empresarial ha de contemplarse, por tanto, desde la doble perspectiva de su consideración como derecho **y como deber**».

Refiriéndose al derecho de examen de la contabilidad, CABANAS TREJO *et al.* ⁸³, entienden que «aunque configurado el derecho de examen de la contabilidad como un derecho de minoría, se mantienen los riesgos y peligros que su ejercicio abusivo pueda entrañar para la defensa del interés social que debe primar por encima de cualquier interés particular del socio. En todo caso, el socio está sometido al deber de secreto en el ejercicio del derecho de examen de la contabilidad (art. 32.1 CCom.). Configurado el secreto de la contabilidad de una sociedad de responsabilidad limitada como un derecho de la personalidad, los socios no pueden divulgar posteriormente lo conocido sin el consentimiento de la propia sociedad y, un posible mecanismo de defensa frente a su divulgación, se podrá ejercer mediante la aplicación de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccio-

⁷⁹ «A partir de la convocatoria de la Junta General». Artículo 86.1 de la LSRL.

⁸⁰ Pueden ser facturas, contratos, etc. Es decir, el socio accede a todos los «secretos» de la empresa: precios, condiciones contractuales, etc.

⁸¹ «El secreto de la Contabilidad y el artículo 142 de la Ley General Tributaria». En: *Temas Tributarios de Actualidad*, 12/03, abril 2003. Asociación Española de Asesores Fiscales.

⁸² Secreto a voces es, según el mencionado autor, que acude al diccionario de María Moliner, expresión irónica de lo que no debe ser un secreto, como en el refrán castellano: *secreto de dos, solo es de Dios; secreto de tres; de todo el mundo es*.

⁸³ «Ley de sociedades de responsabilidad limitada. Comentarios de urgencia a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada». Editorial Praxis, SA, 1995.

nal de los derechos fundamentales de la persona. Asimismo también podrá la sociedad articular la defensa de su interés frente al socio o socios divulgadores de secretos empresariales mediante las acciones previstas en la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991, cuyo artículo 13.1 considera desleal la divulgación sin autorización de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente».

Dichas consideraciones, muy correctas de *lege ferenda*, al igual que acudir al inseguro expediente del deber de buena fe (de lealtad) o del abuso de derecho (art. 7 CC) no parece que estén lo suficientemente amparadas por nuestro derecho positivo, pues al igual que se impone de forma clara y tajante el deber de secreto respecto a los administradores, no entendemos el silencio legal respecto a los socios u accionistas.

Sabido es que el **derecho de información** de los socios o accionistas establecido en las leyes societarias tiene una **finalidad** (*ratio legis*) clara y concreta⁸⁴. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1996, nos dice que el derecho del accionista a ser informado –derecho de información social– es la facultad que tiene el mismo, atribuida por ley⁸⁵, para obtener un correcto y debido conocimiento, lo más exacto posible, de la situación económica, patrimonial y financiera de la sociedad –de responsabilidad limitada, en el caso– así como de los datos necesarios para calibrar y clarificar la gestión social, y es este un derecho esencial, no solo inderogable, sino, asimismo, irrenunciable, y su desconocimiento acarrea ineludiblemente, desde luego, la nulidad de los acuerdos de la junta en que, previo a su desarrollo, se ha denegado a cualquier socio la información solicitada, pudiendo este pedir, en tal caso, el correspondiente amparo judicial, aunque dichos acuerdos hayan tenido el apoyo del voto mayoritario⁸⁶. En su Sentencia de 8 de noviembre de 2007⁸⁷, el Tribunal Supremo vuelve a señalar respecto al derecho de información del accionista, que **«su finalidad es que pueda llegarle la documentación imprescindible, y con tiempo suficiente para el análisis y estudio de la misma a fin de formar su voluntad y expresarla adecuadamente con su voto (STS de 26 de marzo de 2001)»**.

Respecto al derecho de información del accionista en las sociedades anónimas, BORREGO MARTÍNEZ⁸⁸ ha señalado que el mismo «se revela como un auténtico instrumento de control social y un eficaz complemento del derecho a deliberar, que ha de ejercerse e interpretarse conforme a la buena fe⁸⁹ (SSTS de 3 de noviembre de 1962 y 26 de diciembre de 1969)» Y que, «sin embargo no por ello ha

⁸⁴ SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE («Instituciones...» Ob. cit) entienden que el *derecho de información* «es **instrumental** para el ejercicio de otros derechos, en especial el de voto».

⁸⁵ Al mismo tiempo que la ley establece el derecho puede establecer sus limitaciones o cautelas respecto del ejercicio del mismo.

⁸⁶ Respecto a las sociedades anónimas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de septiembre de 1992, ha dicho que «... por cuanto el informe amplio y detallado del balance solicitado por los actores y no facilitado excede de un ejercicio del derecho acorde con la buena fe, procediendo rechazar la nulidad pretendida por tal motivo».

⁸⁷ Sentencia 1172/2007. Recurso 4327/2000. Revista CEFLEGAL. CEF, núm. 85, febrero 2008. Comenta esta sentencia, en el mismo número de la revista, SUÁREZ ROBLEDANO.

⁸⁸ «Derecho de información del accionista. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de diciembre de 2002». Revista CEFLEGAL. CEF, núm. 28, mayo 2003.

⁸⁹ La buena fe de la sociedad informante, entregando copiosa información y/o documentación al socio u accionista solicitante ha de estar debidamente protegida por la ley, pues de lo contrario se incentivaría la autotutela informativa.

de configurarse como un derecho ilimitado, pues además de los confines prefijados por la norma, la jurisprudencia ha precisado que no autoriza en modo alguno **al accionista** a investigar la contabilidad, en los libros sociales, ni en toda la documentación de la sociedad, ya que aparte de que las sociedades, como entes colectivos, deban tener los necesarios mecanismos de defensa contra intromisiones susceptibles de generar competencias e incluso desprestigios, sobre todo, cuando latan situaciones conflictivas en su seno, tal actividad viene encomendada más que a los accionistas a los auditores».

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 3 de diciembre de 2003 (rec. núm. 355/1998)⁹⁰, refiriéndose al caso de las sociedades anónimas sienta que «como dicen las Sentencias de 9 de febrero y 11 de mayo de 1989 "el artículo 65 de la LSA (de similar contenido al vigente art. 112) **no autoriza en manera alguna al accionista a investigar en la contabilidad y en los libros sociales y menos aún en toda la documentación de la sociedad**, pues el derecho de información queda reducido al respecto a solicitar por escrito con anterioridad a la reunión de la correspondiente junta de accionistas, o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimase precisos y a examinar el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la propuesta sobre distribución de beneficios y la memoria y, en su caso, el informe de los censores de cuentas"; esta doctrina, aplicada al caso, teniendo en cuenta la finalidad y objeto de la Junta, impide que a través de esa prueba pericial a practicar "previo examen de la documentación obrante en autos y la que puedan conseguir de la contabilidad del propio banco", se pueda investigar la contabilidad del banco demandado, como se pretende por los recurrentes».

A los efectos del presente comentario, la información societaria a disposición del socio u accionista puede clasificarse en tres grandes grupos:

- 1.º Información mínima y pública (es decir, que se comparte con cualquier persona). Es aquella que las sociedades están obligadas a depositar en el Registro Mercantil (cuentas anuales e informe de auditoría, en su caso) o, caso de sociedades cotizadas, aquella que ha de ser comunicada a la Comisión Nacional del Mercado de Valores⁹¹ (por ejemplo, el informe anual de gobierno corporativo u otros hechos relevantes).
- 2.º La información verbal o escrita (informes o aclaraciones sobre los asuntos comprendidos en el orden del día) que se facilite exclusivamente a los socios u accionistas, a requerimiento de estos, con motivo de las Juntas de socios u accionistas, como satisfacción al ejercicio del derecho de información contemplado en las leyes societarias.

⁹⁰ Revista CEFLEGAL. CEF, núm. 39, abril 2004.

⁹¹ «El informe de auditoría, junto con las cuentas anuales y el informe de gestión, tienen la consideración de **información pública**, por lo que se debe facilitar el acceso a la misma, tanto en el domicilio social de la entidad emisora, como por otros medios que se establezcan. La Comisión Nacional del Mercado de Valores hace públicos los informes de auditoría a través de su incorporación al registro oficial previsto en el artículo 92 de la Ley del Mercado de Valores, que es de **libre acceso**. En ese registro, además de los informes de auditoría, se incorporan las informaciones adicionales que los emisores hayan enviado para responder a los requerimientos de la CNMV sobre la ampliación o revisión de su contenido». Documento: «Resumen de las auditorías de sociedades emisoras recibidas en la CNMV (Excluidas SIM y SIMCAV). Ejercicio 2002». Dirección General de Mercados e Inversores. Dirección de Mercados Primarios (Área de Seguimiento). Octubre 2003.

3.º En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, la información obtenida como resultado del ejercicio del derecho al examen, por el propio socio o en unión de experto contable, de la contabilidad y de los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales, a que se refiere el artículo 86 de la LSRL ya citado.

Es decir, debe distinguirse, desde un primer momento, de la información accesible al público de aquella información accesible al socio u accionista en su condición de tal y que está amparada por la finalidad referida anteriormente.

Parece claro que la información a la que accede una persona, *intuitu personae*, en su condición de socio u accionista de una sociedad mercantil ha de estar sujeta al mismo deber de secreto o reserva a la que están sujetos los administradores de las mismas y al mismo régimen de responsabilidad.

Asimismo, los administradores sociales, al cumplimentar los requerimientos de información de socios o accionistas, deben tener presentes las limitaciones que impone la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que impone que solo pueden ser comunicados a un tercero dichos datos con el previo consentimiento del interesado. Esto es especialmente relevante ante requerimientos de información del tipo: «solicito desglose detallado de los sueldos y salarios recibidos por cada empleado...», así como en el caso del examen de la contabilidad y de los documentos que sirvan de soporte y antecedente de las cuentas anuales a que se refiere el artículo 86 de la LSRL.

El artículo 65 del Estatuto de los Trabajadores («Capacidad y **sigilo profesional**») impone que «los miembros del comité de empresa, y este en su conjunto, observarán sigilo profesional» en todo lo referente a la información, principalmente económica, que reciban de la empresa.

Respecto a los empleados de la empresa, es causa de despido disciplinario la revelación o uso inapropiado de los secretos relativos a la explotación y negocios de su empresario, pues estamos ante la causa de «transgresión de la buena fe contractual». Como ha señalado ALONSO OLEA y CASAS BAA-MONDE⁹², sobre la obligación de secreto, «deriva también del deber de buena fe la obligación del trabajador de mantener los secretos relativos a la explotación y negocios de su empresario, obligación que no se extingue con el contrato de trabajo, sino que perdura tras su extinción, y que goza de protección penal. En efecto, comete el delito de descubrimiento y revelación de secretos ajenos quien revelare aquellos "de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales" (art. 199.1 CP). El apoderamiento de objetos "para descubrir un secreto de empresa" es también, en general, constitutivo de delito (art. 278.1 CP), como también lo es "la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa... por quien (como el trabajador) tuviere legal o contractualmente la obligación de guardar reserva" (art. 279 CP).»

Parece problemática la respuesta penal que pueda darse a la revelación de secretos por parte de socios o accionistas.

⁹² «Derecho del Trabajo». Thomson/Civitas, 2004.

Respecto al artículo 199.1 del Código Penal, que se refiere a «los que tengan conocimiento por razón de su **oficio** o sus **relaciones laborales**», parece que los socios o accionistas no pueden ser sujetos activos de este tipo penal. Para SERRANO GÓMEZ⁹³, los secretos cubiertos por este tipo «se originan como consecuencia de un oficio o de relaciones laborales, sin que tengan nada que ver con los secretos de la empresa, pues estos se tipifican en otro precepto (art. 278.1 CP)... Sujeto activo y pasivo de este delito pueden ser tanto los trabajadores como empleados, directivos, etc., es decir, todos los que por razón de su oficio o relaciones laborales revelen los secretos ajenos que conocen por la función que desarrollan. No es necesaria una ruptura laboral previa».

Sin embargo, con referencia al tipo del artículo 278 del Código Penal, parece que estamos ante un delito común. Según JORDANA DE POZAS GONZÁLEZ⁹⁴, «a diferencia del Código Penal anterior, que configuraba alguno de los tipos de revelación de secretos como delitos especiales (arts. 498 y 499 CP 1973), por cuanto solo podían ser cometidos por administradores, dependientes, criados, encargados, empleados u obreros de la empresa, el precepto que comentamos describe un delito común y por lo tanto sin restricción en la cualidad del sujeto activo». «El tipo se refiere tanto a los secretos industriales como a los empresariales, conceptos claramente diferenciados. Entre los secretos industriales se comprenden los datos relativos a un proceso productivo y en los secretos empresariales, entre otros, los datos relativos a la cartera de clientes, organización interna, estrategia de mercado, etc. El Código utiliza el término *secreto* que no define. Según autorizada doctrina secreto es toda aquella realidad empresarial cuyo titular quiere sustraer al conocimiento público, es decir, que siga permaneciendo en el ámbito exclusivo del círculo empresarial».

El artículo 278 emplea la expresión «al que se apoderare». Para SERRANO GÓMEZ (ob. cit), «la acción consiste en apoderarse de datos, documentos escritos...» «La consumación del delito se produce con el acto de sustraer con ánimo de descubrir secretos, de datos, documentos...». Si se entiende la expresión apoderamiento como sustracción, como parece defender este autor, parece que en este tipo no se podría incluir el descubrimiento de secretos de empresa mediante la utilización indebida de la información, no accesible al público, que al socio o accionista se le haya suministrado por su ejercicio del derecho de información.

El artículo 279 se refiere a la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo **por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva**... Parece que, en principio, este tipo penal podría afectar a los administradores sociales pero no a los socios o accionistas. Para SERRANO GÓMEZ (ob. cit), «el primer problema que se plantea es determinar quién tiene obligación de guardar los secretos... Algunos supuestos de obligación de guardar secretos se encuentran en otras ramas del ordenamiento jurídico, como por ejemplo, en la LSA y LSRL» (alude este autor a los arts. 127 LSA y 61.2 LSRL).

Parece que el tipo del artículo 279 del Código Penal sería idóneo para su aplicación a los socios o accionistas que incurrieran en el mismo. Para ello sería necesario que las leyes societarias extendieran el deber de secreto a los mismos.

⁹³ «Derecho Penal». Parte Especial. Dykinson, 2004.

⁹⁴ «Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia». Tomo II. Dirección: Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Editorial Trivium, 1997.

Un ejemplo de sentencia que pone en su sitio a los *pertinaces litigantes* en asuntos societarios es la de 23 de abril de 2007, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (rec. núm. 4110/2000)⁹⁵, en la que se da cuenta de la doctrina jurisprudencial más reciente y relevante sobre el derecho de información.

IX. CONCLUSIONES⁹⁶

PRIMERA. En el proceso de impugnación de acuerdos sociales, la sentencia que dé fin al mismo viene limitada a la declaración de nulidad del acuerdo impugnado, sin que el órgano judicial pueda efectuar otros pronunciamientos, lo que ha sido confirmado por la jurisprudencia, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2003.

Esto es así, en mi opinión, por la propia naturaleza y finalidad de dicho proceso y con el fin de que el órgano judicial no suplante a los órganos sociales en el cumplimiento de sus atribuciones legales.

Esta limitación del alcance de las sentencias recaídas en el proceso cobra especial relevancia cuando lo que se impugna es un acuerdo de aprobación de cuentas anuales, en las que se debe respetar la competencia para formularlas (que corresponde a los administradores sociales) y para aprobarlas (que corresponde a la junta general), siguiendo las posibilidades que ofrece tanto la legislación mercantil como la contable (que es legislación mercantil).

SEGUNDA. La modificación sustantiva de las cuentas anuales a raíz de una declaración de nulidad del acuerdo que aprueba las mismas ha de efectuarse por los trámites que dispone la normativa contable de obligado cumplimiento sobre la corrección de errores procedentes de ejercicios anteriores; pues parece claro que la normativa contable ha arbitrado los mecanismos adecuados a tales efectos.

Aunque no se trata de una corrección de *errores* propiamente dicha, entiendo que lo dispuesto para los mismos es aplicable a los casos de alteración intencionada de los datos o hechos contables, incluso si se refieren a hechos penalmente tipificados, como es el caso del falseamiento doloso de las cuentas anuales a que se refiere el artículo 290 del Código Penal; sin perjuicio de las consecuencias penales que pudieran imponerse⁹⁷.

⁹⁵ Revista *CEFLegal*. CEF, núm. 78, julio 2007. Puede verse el comentario a la misma de SUÁREZ ROBLDANO; publicado en la misma revista.

⁹⁶ Un resumen de lo expuesto en el presente trabajo consta en una comunicación remitida por el autor el 8 de noviembre de 2005 a la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, con la solicitud de que lo expuesto fuera tenido en cuenta por la Comisión en el ejercicio de sus funciones y desarrollo de sus trabajos.

⁹⁷ De hecho, la IAS 8 se refiere a «errores cometidos intencionadamente para conseguir una determinada presentación de la situación financiera».

No obstante, a efectos del delito tipificado en el artículo 290 del Código Penal, ha de tenerse en cuenta, como ha señalado RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA (en la obra dirigida por RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: «Código Penal. Comentado y con

Las demás consecuencias inherentes a la anulación del acuerdo –exceptuadas las contables– habrán de resolverse por el cauce oportuno (convalidación, ratificación, sustitución o modificación del acuerdo, etc., según proceda) ⁹⁸.

TERCERA. Los pronunciamientos judiciales en el citado proceso que excedan de la mera declaración de nulidad de los acuerdos impugnados suponen, en mi opinión, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la sociedad demandada.

CUARTA. Las facultades de calificación del depósito de las cuentas anuales por parte del Registrador Mercantil se ciñen a una calificación formal ⁹⁹, que podríamos denominar verificación o control preventivo *prima facie*, en los términos examinados en el presente trabajo; sin que el Registrador Mercantil pueda realizar calificaciones que excedan de dicho ámbito, pues colisionarían con funciones atribuidas por nuestro ordenamiento a los auditores de cuentas ¹⁰⁰ o a la jurisdicción.

QUINTA. En mi opinión, la causa estricta del contrato de sociedad mercantil es el **ánimo de lucro**, siendo el derecho al dividendo una manifestación abstracta y derivada del mismo, que ha de concretarse siempre por acuerdo de la junta general, sin que el socio o accionista, individualmente considerado, pueda exigir la distribución periódica de las ganancias sociales. Podríamos decir que el

Jurisprudencia». La Ley, 2007) que «a estos efectos las cuentas anuales de las sociedades constituyen una unidad, de tal modo que las posibles irregularidades de alguno de los documentos contables de la sociedad pueden resultar subsanadas en otros –libros de contabilidad, cuentas anuales, cuenta de pérdidas y ganancias, memoria anual, etc.– (1318/2000, de 14 de julio [LA LEY 11177/2000]. La sustitución de cifras no implica *per se* una ocultación de datos, al ser posible que aparezcan reflejados adecuadamente de otra forma (1339/2002, 12 de julio [LA LEY 131326/2002])».

SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAILLO («Derecho Penal. Parte especial». Dykinson, 2007) señalan que «no es suficiente cualquier falsedad, sino que además ha de ser idónea para causar un perjuicio económico. Por tanto, no serán punibles conforme al art. 290 las falsedades que no sean adecuadas para crear un quebranto económico».

SEQUEROS SAZATORNIL (Delitos societarios y conductas afines. La Ley, 2006) subraya que «el quebrantamiento negligente por parte de los administradores de alguno de sus deberes, particularmente el *deber de diligencia*, comprensivo a su vez de los deberes de administrar –*stricto sensu*–, de informarse, de investigar y de vigilancia, traducido en defectos de celo que comporten la omisión o alteración de datos contables, podrán ser objeto de reclamación civil a través de las acciones individuales o sociales oportunas que puedan ejercitar la sociedad, sus socios o terceros, pero no podrán sin embargo conformar la infracción delictiva sancionada en el artículo 290 del Código Penal».

⁹⁸ Sobre este asunto, BAENA BAENA, «Legitimación activa...», ob. cit., pág. 76 y ss.

Para este autor, «la revocación o sustitución del acuerdo impugnado ha de producirse, por lo demás, con los mismos requisitos formales exigidos para la adopción del acuerdo...». Cita la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 22 de septiembre de 1994: «No cabe la ratificación del acuerdo nulo, pues no es susceptible de convalidación sino únicamente de sustitución por un acuerdo *ex novo*».

⁹⁹ Ha de tenerse en cuenta el término «**exclusivamente**» empleado por el artículo 368 del Reglamento del Registro Mercantil, lo que refuerza la idea de limitada «*cognitio*» de la calificación registral en materia de cuentas anuales.

¹⁰⁰ Si el auditor de cuentas ha verificado en su Informe que las cuentas anuales de la sociedad «expresan, en todos sus aspectos significativos, la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad, así como de los resultados de sus operaciones y de los recursos obtenidos y aplicados durante el ejercicio anual en dicha fecha **y que contienen la información necesaria y suficiente para su interpretación y comprensión adecuada, de conformidad con principios y normas contables generalmente aceptados** que guardan uniformidad con los aplicados en el ejercicio anterior», ¿puede el Registrador Mercantil denegar el depósito de las cuentas anuales porque entienda que en la memoria faltan menciones que entienda exigibles? ¿Corresponde, por ejemplo, a la calificación registral, valorar si es de aplicación el principio de importancia relativa? A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa.

derecho al dividendo es un derecho individual del socio o accionista pero de ejercicio colectivo (por acuerdo de la junta).

El **interés social** prima sobre el interés individual de cada socio u accionista.

Ninguna resolución judicial, so pena de actuar *ultra vires*, puede fijar el *quantum* del beneficio a repartir.

SEXTA. Ante el silencio legal en materia del ejercicio del derecho de información por parte del socio o accionista, encontramos desprotegidas a las sociedades cuando suministran información suplementaria a la de acceso del público en general.