

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

27060 *Resolución de 28 de noviembre de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles accidental de Albacete, por la que se rechaza la inscripción de auditor voluntario.*

En el recurso interpuesto por don J. L. G. G., como presidente del consejo de administración de la sociedad «Explotaciones Agrícolas Culatas, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles accidental de Albacete, don Jaime Pedro Núñez Jiménez, por la que se rechaza la inscripción de auditor voluntario.

Hechos

I

La junta general de la sociedad «Explotaciones Agrícolas Culatas, S.L.» acordó el día 26 de junio de 2024 nombrar un auditor voluntario para verificar las cuentas anuales del ejercicio 2023.

II

Presentada la certificación de dicho acuerdo en el Registro Mercantil de Albacete, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«El registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha recuelo no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos.

Diario/Asiento: 2024/503.

F. presentación: 19/07/2024.

Entrada: 1/2024/2046.

Sociedad: Explotaciones Agrícolas Culatas Sociedad Limitada.

Autorizante:

1. Por el documento presentado, se solicita la inscripción de Nombramiento de Auditor de Cuentas voluntario de la Sociedad, para el ejercicio económico de 2.023, en virtud de acuerdo de la Junta General celebrada el día 26 de Junio de 2.024, ante el Notario de Albacete, Don Ramírez López, José Manuel –la cual mencionan se adjunta al certificado–. No se ha acompañado la citada Acta; si bien a los efectos de calificación de la presente se ha tenido a la vista la elevación a públicos de acuerdos Sociales adoptados en dicha acta, y la cual se presentó en este Registro el día 17 de Julio de 2.024, bajo el Asiento 483 del Diario 2.024.

Fundamentos de Derecho.

1. Por no estar expedida la Certificación de la Junta General, por personal legitimado para ello, ya que la misma se encuentra expedida por Don J. M. M. B. como Secretario del Consejo, con el Visto Bueno del Presidente Don J. L. G. G., y según el historia registral de ésta Sociedad, la misma se encuentra Administrada por 3 Administradores Mancomunados. No obstante según resulta de la escritura de elevación a públicos de acuerdos sociales otorgada el día 3 de Julio de 2.024, ante el Notario de Albacete, Don Ramírez López, José Manuel, mediante la cual se elevan a públicos los acuerdos adoptados del Acta autorizada el día 26 de Junio de 2.024, ante el mismo Notario, que causó el Asiento 483 del Diario 2.024, entre los mismos consta el Cese de los Administradores Mancomunados y el nombramiento de Consejo de Administración de los autorizantes del presente certificado; encontrándose la misma pendiente de despacho por adolecer de ciertos defectos, y siendo necesario inscribirla previamente, y todo ello en virtud de lo dispuesto en el Artículo 109 del Reglamento del Registro Mercantil y Artículo 11 del mismo Cuerpo Legal. Defecto Subsancionable.

2. Existe presentado Solicitud de Nombramiento de Auditor en base al Artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, a solicitud de accionista minoritario, habiendo resuelto el Registrador que procedía el nombramiento y encontrándose el mismo pendiente al estar Recurrido ante la Dirección General y pendiente de la resolución de la misma.

3. 1.º Ya que cuando el nombramiento se efectúa por la Junta General de la Sociedad, éste debe de producirse antes de que finalice el primer ejercicio a Auditar y por un periodo de tiempo inicial, que no podrán ser inferior a tres años a contar desde la fecha en que se inicie el primer ejercicio a auditar, todo ello de conformidad con lo establecido en el Artículo 264.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

4. Por no tener depositadas en este Registro Mercantil, las cuentas anuales correspondientes al ejercicio económico de 2.022, encontrándose por lo tanto la hoja registral cerrada provisionalmente, de conformidad con lo establecido en el Artículo 282 de la Ley de Sociedades de Capital y 378.1 del Reglamento del Registro Mercantil y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 18 de Mayo de 2.016. Defecto Subsancionable.

Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...).

Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Jaime Pedro Núñez Jiménez, registrador Propiedad de Ibi [sic], el día veintinueve de julio de dos mil veinticuatro.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. L. G. G., como presidente del consejo de administración de la sociedad «Explotaciones Agrícolas Culatas, S.L.», interpuso recurso el día 30 de agosto de 2024 en los siguientes términos:

«Alegaciones

Primera. Que la decisión que ahora se impugna se sustenta en los siguientes motivos, según reza literalmente la propia nota de calificación:

2. Existe presentado Solicitud de Nombramiento de Auditor en base al Artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, a solicitud de accionista minoritario, habiendo resuelto el Registrador que procedía el nombramiento y encontrándose el mismo pendiente al estar Recurrido ante la Dirección General y pendiente de la resolución de la misma.

3. 1.º Ya que cuando el nombramiento se efectúa por la Junta General de la Sociedad, éste debe de producirse antes de que finalice el primer ejercicio a Auditar y

por un periodo de tiempo inicial, que no podrán ser inferior a tres años a contar desde la fecha en que se inicie el primer ejercicio a auditar, todo ello de conformidad con lo establecido en el Artículo 264.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Segunda. Que la resolución del Registrador acordando el nombramiento forzoso de Auditor a petición del socio minoritario D. A. G. G. se encuentra efectivamente pendiente de recurso ante la DGSJFP (Expediente n.º 2024/04), debiendo reseñar que, según se ha argumentado en dicho recurso, la doctrina más reciente del Centro Directivo (Resoluciones de la DGSJFP de fechas 30-07-2014 y 01-06-2020) ha evolucionado en el sentido de mediatizar la trascendencia del requisito de la anterioridad del nombramiento voluntario respecto de la solicitud de la minoría de nombramiento forzoso, en beneficio de la aplicación del principio de efectividad hasta el punto de hacerlo irrelevante, y ello por cuanto si la Sociedad reacciona ante la iniciativa del socio minoritario designando un auditor y garantizando el interés de aquel mediante su inscripción en el Registro Mercantil o mediante la aportación del informe de verificación, no se está perjudicando en modo alguno el legítimo interés del socio minoritario, procediendo la enervación del derecho de éste último.

El presente recurso deberá vincularse, pues, al recurso pendiente del Expediente n.º 2024/04, dada su evidente conexión.

Tercera. Que, además, la Sociedad no está obligada a auditar sus cuentas de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley de Auditoría de Cuentas y el artículo 263.2 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que no existía en este caso la obligación de realizar la designación del Auditor con anterioridad a la finalización del primer ejercicio a auditar.

Cuarta. Que, según lo expuesto, la negativa del Registrador a inscribir la designación voluntaria de auditor vulnera la doctrina de la DGSJFP y, con ello, perjudica el derecho de enervación que asiste a la Sociedad frente a la solicitud de la minoría de nombramiento forzoso de Auditor para verificar exclusivamente las cuentas anuales del ejercicio 2023.»

IV

Tras la oportuna instrucción del expediente, se elevó el día 3 de septiembre de 2024 a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 y 20 del Código de Comercio; 253, 263, 265.2, 270, 272, 279, 282 y 283 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 1, 5 y 22 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas; 354, 358, 359, 366.1.5.º, 368 y 378 del Reglamento del Registro Mercantil; 10, 11 y 60 y la disposición final primera del Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas; la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de octubre de 2000, 11 de noviembre de 2002, 29 de enero y 22 de mayo de 2003, 25 de agosto y 16 de diciembre de 2005, 16 de mayo, 6 de julio y 31 de agosto de 2007, 4 de julio de 2008, 11 de febrero, 26 de junio y 6 de noviembre de 2009, 15 de noviembre de 2011, 12 de noviembre de 2012, 3 de diciembre de 2013, 18 de noviembre de 2015, 18 y 19 de enero, 15 de marzo, 20 de junio y 21 de diciembre de 2016, 15 de junio y 14 de septiembre de 2017, 20 y 28 de febrero, 27 de julio y 10 y 20 de diciembre de 2018 y 20 de marzo de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 3 y 7 de febrero y 4 de junio de 2020, 28 de noviembre de 2023 y 18 y 30 de abril y 21 de mayo de 2024.

1. La presente Resolución tiene por objeto la negativa del registrador Mercantil a inscribir el nombramiento de auditor voluntario, nombrado por la sociedad, estando pendiente de resolución por esta Dirección General el nombramiento de un auditor a solicitud de socio minoritario.

De los cuatro defectos que señala la nota de calificación, el objeto de la presente Resolución se concreta a los defectos señalados en el segundo (existencia de solicitud de nombramiento de auditor por un socio minoritario) y tercer lugar (nombramiento de auditor voluntario por la junta general una vez transcurrido el ejercicio a auditar y sólo para ese año).

Examinaremos en primer lugar el tercer defecto, ya que de confirmarse el mismo, no procedería entrar en el segundo.

2. Empezando por el defecto tercero de la nota de calificación, el registrador Mercantil manifiesta que «cuando el nombramiento se efectúa por la Junta General de la Sociedad, éste debe de producirse antes de que finalice el primer ejercicio a Auditar y por un periodo de tiempo inicial, que no podrán ser inferior a tres años a contar desde la fecha en que se inicie el primer ejercicio a auditar, todo ello de conformidad con lo establecido en el Artículo 264.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital».

Hay que partir de que concurre la circunstancia determinante de que se trata de un nombramiento de auditor realizado con carácter voluntario, tal y como resulta de los datos obrantes en el expediente, por la existencia de una previa solicitud de un socio minoritario para el nombramiento de auditor para el mismo ejercicio.

Tratándose de nombramientos de auditor que la sociedad lleva a cabo sin imposición legal de acordarlo, las condiciones –al menos las temporales– del nombramiento no son las mismas que las del auditor que haya de designarse obligatoriamente.

Así, en primer lugar, ha de examinarse si el nombramiento puede o no acordarse una vez cerrado el ejercicio a auditar.

El artículo 264.1 de la Ley de Sociedades de Capital (trasunto del antiguo artículo 204.1 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas, que también era aplicable a la de Sociedades de Responsabilidad Limitada, por la remisión del artículo 80 de su antigua ley) establece que «la persona que deba (nótese el «deba», en relación con lo dispuesto en el artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital que determina en qué casos las cuentas anuales «deberán» ser revisadas por auditor) ejercer la auditoría de cuentas será nombrada por la junta general antes de que finalice el ejercicio a auditar (...)».

Al respecto, la Resolución de este Centro Directivo de 24 de noviembre de 2000 admitió que, tratándose de una sociedad que no está obligada a verificar sus cuentas, existe la posibilidad de nombrar auditor, aunque haya acabado el ejercicio por auditar.

El auditor designado por la sociedad, con carácter voluntario, puede serlo en cualquier momento, incluso ya cerrado el ejercicio auditable. Y en tal sentido ha de rechazarse la objeción puesta de manifiesto por el registrador en su calificación.

En segundo lugar, y por lo que hace al requisito del nombramiento del auditor por un período mínimo inicial, ya las Resoluciones de este Centro Directivo de 16 de abril y 20 de junio de 1998 señalaron que el plazo mínimo por el que ha de realizarse el nombramiento conforme al artículo 204 de la Ley de Sociedades Anónimas (hoy artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital, de igual contenido), tan sólo rige para las sociedades legalmente obligadas a auditar sus cuentas y que no alcanza a las que no se hallen en tal situación de conformidad con el párrafo segundo del artículo 203 (hoy artículo 263.2 de la Ley de Sociedades de Capital), para las cuales la voluntariedad de aquel control ha de suponer no sólo la libertad de proceder al nombramiento de auditor, sino también la de fijar el plazo o ejercicios para los que se nombra.

Es decir, la exigencia de que el nombramiento de auditor lo sea por un determinado plazo está ligada a que exista la obligación legal de hacerlo.

Así se desprende del artículo 22 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, que tras regular el régimen de contratación de los auditores y determinar en su apartado 1 los plazos mínimos y máximos de contratación, dispone en su apartado 3 que

«cuando las auditorías de cuentas no fueran obligatorias, no serán de aplicación las limitaciones temporales de contratación establecidas en el apartado 1 de este artículo».

De la doctrina expuesta cabe concluir que en sociedades no obligadas a verificación contable no se aplican las limitaciones impuestas legalmente para sociedades que si lo están por concurrir en ellas cualquiera de los supuestos en que así lo impone la ley (artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital y disposición adicional primera de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas).

En conclusión, en sociedades no obligadas a auditar, la designación de auditor voluntario puede llevarse a cabo en cualquier momento, antes o después del cierre del ejercicio social; y, puede llevarse a cabo por el periodo de tiempo determinado que resulte del contrato, sin sujetarse a un periodo mínimo; pudiendo realizarse por la junta general o por el órgano de administración al no existir atribución competencial exclusiva a favor de aquélla.

Por todo ello procede revocar este defecto.

3. En relación con el segundo defecto, es decir, la existencia de un expediente de solicitud de nombramiento de auditor a instancia de un socio minoritario para el mismo ejercicio, y que se encuentra pendiente de resolución en este Centro Directivo, las Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo y 17 de junio de 2014, 24 de septiembre de 2015 y 18 y 30 de abril de 2024 han mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5 % del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

Como excepción a esta regla general, este Centro Directivo ha reconocido desde antiguo el hecho de que, dados los principios de objetividad, independencia e imparcialidad que presiden la actividad auditora, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea éste judicial, registral o voluntario, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su Sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente...pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación in tuitu personae entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado (...) en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores (...) estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad...ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella

efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

Ahora bien, para que la auditoria voluntaria de la sociedad pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes:

- a) que se acredite el nombramiento voluntario de auditor a instancia de la sociedad,
- b) que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

Efectivamente, inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación.

Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016, disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil».

En cuanto al nombramiento de auditor por la sociedad conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha de nombramiento resultase ser anterior a la solicitud del minoritario de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta acreditado el nombramiento voluntario por la sociedad, debe prevalecer esta circunstancia (vid. Resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014).

En tal sentido se ha manifestado este Centro Directivo en Resoluciones como la de 1 de junio de 2020 y 18 y 30 de abril de 2024, matizando la transcendencia del requisito de la anterioridad del acuerdo de designación voluntaria en beneficio de la aplicación del principio de efectividad hasta el punto de hacerla irrelevante.

Por todo ello, y no existiendo un nombramiento definitivo en el expediente tramitado a instancia del socio minoritario procede revocar el defecto.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador sólo en cuanto a los dos defectos impugnados.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 28 de noviembre de 2024.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.