

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

22343 *Resolución de 25 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XII de Barcelona a inscribir un acuerdo de nombramiento de auditor de cuentas.*

En el recurso interpuesto por don C. M. L., abogado, en nombre y representación de la sociedad «Tienemiga, SL», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles XII de Barcelona, don Jesús González García, a inscribir un acuerdo de nombramiento de auditor de cuentas.

Hechos

I

Mediante acta notarial iniciada el 10 de febrero de 2023 por el notario de Barcelona, don Ángel Jesús Carretero Ramírez, con el número 164 de protocolo, se levantó acta de la junta general de la sociedad «Tienemiga, SL» celebrada el día 6 de marzo de 2023 en la que, entre otros acuerdos, se nombraba auditor de cuentas de la sociedad para los ejercicios 2020, 2021 y 2022.

II

Presentada el día 9 de mayo de 2023 dicha acta en el Registro Mercantil de Barcelona, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«El Registrador que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación del documento, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, he resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos:

Diario/asiento: 1398/1579.

Fecha de la presentación: 9 de mayo de 2023.

Entrada: 43063583.

Sociedad: Tienemiga SL.

Documento calificado: Acta autorizada el día 10 de febrero de 2023 por el Notario don Ángel Jesús Carretero Raimírez [sic], número 164 de protocolo.

Fundamentos de Derecho (defectos):

1. Hallarse cerrada la hoja registral de la sociedad por no haber sido constituido los depósitos de sus cuentas anuales correspondientes a los ejercicios de 2019, 2020 y 2021, y no ser el documento ninguno de los exceptuados de dicho cierre. (Artículo 282 de la Ley Sociedades de Capital, Artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil y reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras resoluciones de 11 de abril y 13 de julio de 2001, de 24 de octubre de 2002, de 8 de febrero de 2010, de 18 de marzo de 2014 y 18 de mayo de 2016).

2. Constan incoados en este registro expedientes de nombramiento de auditor para los ejercicios de 2020, 2021 y 2022 a petición del socio minoritario. La doctrina sentada al respecto por la Dirección General ha sido clara diciendo que el nombramiento de

auditor por la sociedad puede, efectivamente, enervar la petición del socio minoritario puesto que el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital lo que pretende es que se faciliten al socio las cuentas anuales verificadas por un auditor independiente, sin que sea determinante a instancia de quien haya sido designado este auditor, Juez, Registrador u órganos sociales. Ahora bien, siempre se ha exigido, además, que este nombramiento cumpla una doble condición: a) Se haya efectuado con anterioridad a la presentación de la instancia pidiendo el auditor al Registro; y b) Se haya garantizado ineludiblemente al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, garantía que únicamente puede procurarse a través de la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, por haberse puesto a disposición del socio el informe de la auditoría correspondiente, o por la incorporación del citado informe al propio expediente de nombramiento registral. No entenderlo así significaría convertir en regla general, en contra de la voluntad de la Ley, lo que únicamente constituye causa de oposición y dejar en manos de la sociedad el cumplimiento de su obligación.

3. No consta la aceptación del cargo de la firma auditora nombrada. (Artículo 141 por remisión del 192 del Reglamento del Registro Mercantil).

Los defectos consignados tienen carácter subsanable.

Contra la presente calificación (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Jesús González García, Registrador Mercantil de Barcelona a día 29 de Mayo de 2023».

III

Contra la anterior nota de calificación, don C. M. L., abogado, en nombre y representación de la sociedad «Tienemiga, SL», interpuso recurso el día 4 de julio de 2023 mediante escrito en los siguientes términos:

«Hechos:

Primero.–(...)

Segundo.–Antecedentes.–

La empresa Tienemiga, SL ha decidido –en junta de socios– la contratación de auditor interno para los ejercicios 2020, 2021 y 2022 (...)

Actúa en base a la doctrina sentada por la DGSJFP en resoluciones que indico (25 de mayo de 2016) y, especialmente, la dictada en procedimiento seguido ante el Registro [sic] Mercantil (...) y, según la cual, desestimando nuestro recurso y para que opere la prórroga tácita de la contratación del auditor nombrado en 2020, o bien el mismo o el nombrado por la empresa, plazo de 3 años desde que termina el plazo para depositar las cuentas anuales del ejercicio que audito el nombrado, debe comunicarse al propio registro mercantil, para la salvaguardia del derecho del socio minoritario.

Dicha resolución de la DGSJFP (...) dictada en expediente del RM (auditores) (...), se admite la posibilidad de que pueda operar la prórroga tácita (con el auditor ya nombrado u otro), pudiendo decidir la empresa durante 3 años. En nuestro caso, finalizaría en agosto de 2023. Aunque la resolución no es firme porque hemos interpuesto demanda de juicio verbal, que conoce el juzgado Mercantil 8 de Barcelona (...), lo cierto es que en la doctrina que se cita cabe el nombramiento con exigencia de su comunicación al registro.

Pues bien, la empresa, pese a la desestimación, recurre en base a los hechos y fundamentos de derecho que se reproducen, (...) para su inclusión como hecho de actual pretensión y que consiste, básicamente, en que, para poder inscribir un nombramiento de auditor interno, ello debe decidirse primero y, mientras ello no suceda, lo que no procede es acceder a la petición del socio por el mero hecho de no haber comunicado la decisión del nombramiento si la empresa -hasta agosto de 2023- puede

actuar como se indica por la DGSJFP, es evidente que así lo ha hecho, pero primero tiene que decidir la contratación y, evidentemente, comunicar tal nombramiento (...)

En consecuencia, la inscripción del nombramiento del auditor Sr. P. A. es precisa para proceder a subsanar los defectos de la calificación negativa que se recurre».

IV

El registrador Mercantil formó el oportuno expediente y, junto con su informe, lo elevó a esta Dirección General el día 1 de agosto de 2023.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 253, 279 y 282 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 378 del Reglamento del Registro Mercantil; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de noviembre de 2014, 28 de enero y 25 de junio de 2015 y 8 de mayo de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 7 de junio de 2022 y 8 de mayo de 2023.

1. Se presenta en el Registro Mercantil un acta notarial de junta general de fecha 6 de marzo de 2023, en la que se nombra auditor de cuentas de la sociedad para los ejercicios 2020, 2021 y 2022, siendo suspendida su inscripción por: estar cerrado el Registro por falta de los depósitos de cuentas de los ejercicios 2019, 2020 y 2021; por estar incoados expedientes de nombramiento de auditor para los ejercicios 2020 y 2021 (cerrados por la imposibilidad de realizar el informe de auditoría, sin perjuicio de su posible reapertura si la sociedad proporciona al auditor los medios necesarios para verificar las cuentas anuales) y 2022, cuya resolución por este Centro Directivo ha sido recurrida por la propia sociedad ante los tribunales de Justicia, y por falta de aceptación del auditor nombrado.

El recurrente se limita a señalar que la inscripción del auditor es precisa para poder subsanar los defectos de la calificación, y basándose en la posibilidad que le da la Resolución de 12 de enero de 2023 de esta Dirección General dictada en expediente sobre nombramiento de auditores de cuentas.

Conviene precisar en relación a esta última Resolución, aunque no sea objeto del recurso, pero es en la que el recurrente basa su pretensión, que en ella se admitía la posibilidad de que la sociedad pudiera inscribir el auditor porque sus alegaciones se basaban en que el mismo ya se encontraba nombrado para el ejercicio 2021 al estar prorrogado el auditor nombrado para el ejercicio 2019; pero en ningún caso ha pretendido la inscripción de ese auditor, sino que se trata de un nombramiento nuevo realizado en una junta general de fecha 6 de marzo de 2023, y de un auditor distinto del que decían para el ejercicio 2019.

2. Al margen de lo anterior conviene centrar el recurso en si es posible la inscripción de un auditor de cuentas, nombrado en una junta general, cuando el Registro Mercantil se encuentra cerrado por falta de depósito de cuentas, y la respuesta claramente ha de ser negativa.

El artículo 282 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que: «1. El incumplimiento por el órgano de administración de la obligación de depositar, dentro del plazo establecido, los documentos a que se refiere este capítulo dará lugar a que no se inscriba en el Registro Mercantil documento alguno referido a la sociedad mientras el incumplimiento persista. 2. Se exceptúan los títulos relativos al cese o dimisión de administradores, gerentes, directores generales o liquidadores, y a la revocación o renuncia de poderes, así como a la disolución de la sociedad y nombramiento de liquidadores y a los asientos ordenados por la autoridad judicial o administrativa».

Como ha señalado este Centro Directivo en reiteradas ocasiones (vid. Resoluciones de 4 de noviembre de 2014, 28 de enero y 25 de junio de 2015, 8 de mayo de 2019 y 7

de junio de 2022, entre otras), el cierre del Registro constituye una sanción contra la sociedad por el incumplimiento de la obligación legal de depositar sus cuentas anuales.

No obstante, esa sanción no se aplica en relación con determinadas inscripciones que enumera el artículo 282.2 de la Ley de Sociedades de Capital, anteriormente transcrito, entre las que no se encuentra el nombramiento de auditores, y se levanta en los supuestos y bajo las condiciones que especifica el artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil, ninguna de las cuales se ha invocado en este caso.

3. Igualmente es preciso reiterar la doctrina sentada por este Centro Directivo en el sentido de que el nombramiento de auditor por la sociedad puede, efectivamente, enervar la petición del socio minoritario puesto que el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital lo que pretende es que se faciliten al socio las cuentas anuales verificadas por un auditor independiente, sin que sea determinante a instancia de quien haya sido designado este auditor, juez, registrador u órganos sociales. Ahora bien, siempre se ha exigido, además, que este nombramiento cumpla una doble condición: a) se haya efectuado con anterioridad a la presentación de la instancia pidiendo el auditor al Registro, y b) se haya garantizado ineludiblemente al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, garantía que únicamente puede procurársele a través de la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, por haberse puesto a disposición del socio el informe de la auditoría correspondiente, o por la incorporación del citado informe al propio expediente de nombramiento registral. No entenderlo así significaría convertir en regla general, en contra de la voluntad de la Ley, lo que únicamente constituye causa de oposición y dejar en manos de la sociedad el cumplimiento de su obligación.

En virtud de lo expuesto, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación impugnada.

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, 25 de septiembre de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.