BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
Referencia: NCR008737

RESOLUCIÓN de 26 de octubre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil V de Valencia, por la que se deniega la inscripción de nombramiento de auditor.

(BOE de 27 de noviembre de 2017)

SUMARIO:

Registro Mercantil. Sociedad anónima obligada a verificación contable. Designación de auditor acordada por la junta general una vez cerrado el ejercicio social correspondiente. La competencia para la designación de auditor en sociedades obligadas a verificación contable corresponde a la junta general, la cual debe ser ejercida en el marco temporal limitado del, en su caso, primer ejercicio a auditar o de aquél que corresponda si se trata de ejercicios posteriores a los iniciales. Transcurrido el ejercicio social sin que la competencia haya sido ejercitada por la junta general o cuando, ejercitada, el auditor designado no acepte o no pueda ejercer su cargo, la competencia corresponde al registrador Mercantil del domicilio social. Resulta pues de modo categórico que, cuando la sociedad estuviese obligada a la verificación de las cuentas anuales y hubiese finalizado el ejercicio por auditar sin que su junta general hubiese nombrado a los auditores que debían realizarla, tal designación corresponderá, ya en exclusiva, bien al Registrador Mercantil, bien al Juez de Primera Instancia, sin que pueda inscribirse el nombramiento realizado directamente por la sociedad recurrente que tenga por objeto la verificación de las cuentas de un ejercicio ya cerrado al tiempo en que se efectuó. El vigente artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital (en la redacción dada por la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas), sólo excepciona del régimen general los supuestos de prórroga de duración y de sociedades que tengan la categoría de entidades de interés público, alcanzando la excepción exclusivamente al plazo del contrato de auditoría, pero no a la competencia para llevar a cabo la designación. En definitiva, las sociedades mercantiles en cuanto a sus obligaciones de formulación de cuentas anuales, auditoría y depósito en el Registro Mercantil están sujetas a la legislación mercantil, sin que haya distinción por el hecho de que sus socios o accionistas sean públicos o privados. No obstante, cabe distinguir dos situaciones: a) en sociedades con obligación legal de someter sus cuentas anuales a auditoría, en la que resulta de aplicación en cuanto al nombramiento de auditor lo dispuesto en los artículos 263 a 267 de la Ley de Sociedades de Capital. De tal manera que, finalizado el ejercicio social de la sociedad, corresponde el nombramiento de auditor al Registro Mercantil; b) sociedades sin obligación de auditar sus cuentas anuales, en las que no sería exigible lo dispuesto en los citados artículos en relación con distintos aspectos del nombramiento de auditor.

PRECEPTOS:

Código de Comercio de 1885, art. 18.
RDLeg. 1/2010 (TRLSC), arts. 263, 264 y 265.
Ley 22/2015 (Auditoría de Cuentas), arts. 22 y 40 y disps. adics. primera y segunda.
RD 1784/1996 (Rgto. Registro Mercantil), arts. 350 y 356.

En el recurso interpuesto por don J. J. V. B., en nombre y representación de la sociedad «Circuito del Motor y Promoción Deportiva, S.A.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil V de Valencia, don José Luis Gómez-Fabra Gómez, por la que se deniega la inscripción de nombramiento de auditor.

Hechos

I

Mediante certificado, de fecha 30 de junio de 2017, expedido por el vicesecretario no consejero, con el visto bueno del presidente, de la sociedad «Circuito del Motor y Promoción Deportiva, S.A.», se hizo constar que el Consell de la Generalitat de Valencia, actuando como junta general de accionistas de dicha sociedad, acordó, en

fecha 30 de junio de 2017, la designación de la sociedad «Russell Bedford Auditores y Consultores, S.L.» como auditor de la sociedad para los ejercicios 2016, 2017 y 2018.

II

Presentada la referida certificación en el Registro Mercantil de Valencia, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil Valencia 5 José Luis Gómez-Fabra Gómez, Registrador Mercantil de Valencia, previo examen y calificación del documento que se dirá, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Asiento: 1/865/167 Fecha de entrada: 04/07/2017 Entrada: 17-18.980-AN Sociedad: Circuito del Motor y Promoción Deportiva SA Notario/Protocolo Certificación junta 30/06/2017 Fundamentos de Derecho 1.–No cabe el nombramiento de Auditor para el ejercicio 2016 en Junta de 30 de Junio de 2017 dado que, de conformidad con el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital, el nombramiento de Auditor será nombrado por la junta general antes de que finalice el ejercicio a auditar, defecto de carácter denegatorio. 2.–No consta la aceptación del auditor designado por la Junta General (artículo 141 del Reglamento del Registro Mercantil y dada la remisión que contiene el art. 154 del mismo Reglamento), defecto de carácter suspensivo. En relación con la presente calificación: (…) Valencia, a 10 de julio de 2017 El registrador nº V (firma ilegible)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. J. V. B., en nombre y representación de la sociedad «Circuito del Motor y Promoción Deportiva, S.A.», interpuso recurso el día 4 de agosto de 2017 en virtud de escrito en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Primero.–Que la sociedad «Circuito del Motor y Promoción Deportiva, S.A.» es de capital íntegramente público, perteneciendo al Sector Público Instrumental de la Generalitat Valenciana, de conformidad con los estatutos, cuya copia se adjunta, y con lo dispuesto en el artículo 3.2.b) de la Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones. Como tal, está incluida en el Plan Anual de Auditorías del Sector Público, sin perjuicio de las actuaciones correspondientes a la función interventora y de las normas sobre auditoría de cuentas del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas. La contratación de auditorías externas corresponde a la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico, quien debe someterse a los procedimientos contemplados en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. La contratación de auditor para la sociedad «Circuito del Motor y Promoción Deportiva, S.A.» formó parte de un contrato cuya licitación se anunció en los boletines oficiales de la Unión Europea, de la Generalitat Valenciana y del Estado, a lo largo de agosto de 2016, llevándose a cabo los trámites correspondientes, y formalizándose la adjudicación en fecha 8 de marzo de 2017, copia de la cual se acompaña, tras lo cual se aprobó por el Consell constituido como junta universal de accionistas el día 30 de junio de 2017; Segundo.–La denegación de la inscripción de la designación de auditor causa un grave perjuicio a los intereses de la Generalitat, por cuanto le impide verificar las cuentas de la sociedad, tal y como exige el artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital, sin que la Administración pueda desistir o renunciar a la celebración de un contrato ya adjudicado, de conformidad con el artículo 155 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. La denegación de inscripción abocaría a tener que solicitar del registrador Mercantil la designación de auditor, incurriendo con ello en una duplicidad de pagos con cargo a los presupuestos de la Generalitat, tal y como resulta del informe de la interventora general de la Generalitat que se acompaña; Tercero.–Que la situación se ha producido por la convergencia de dos bloques normativos que resultan de aplicación y de obligado cumplimiento, lo que aboca a someterse a una de ellas, incumpliendo la otra. Ante esta situación, debe prevalecer el interés de la norma administrativa cumplida, pues de lo contrario se protegería el interés de un accionista minoritario, que no existe, incrementando los costes de una sociedad pública,; Cuarto.–Que la propia doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha afirmado que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la protección del socio minoritario, doctrina que debe ser aplicada por analogía al supuesto del artículo 265.1, de modo que la finalidad de la norma, que la auditoría se realice, quedaría cumplida aun cuando la designación se haya realizado fuera de plazo, y Quinto.–Que, en definitiva, la dilación de la designación de auditor se ha debido a la dilación de plazos impuesta por el cumplimiento de la normativa tanto de contratación de servicios públicos como de la Unión Europea, Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

IV

El registrador Mercantil I de Valencia, don Rodolfo Bada Mañó, actuando por sustitución, emitió informe el día 11 de agosto de 2017, ratificando la calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 263, 264 y 265 de la Ley de Sociedades de Capital; 22 y 40 y las disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas; 350 y 356 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de marzo de 1992, 15 de septiembre y 24, 25 y 27 de noviembre de 2000 y 21 de septiembre de 2017, y las Resoluciones en materia de recursos sobre designación de auditores de fechas 17 de octubre de 1991 y 17 de abril, 4 y 5 de mayo y 29 de septiembre de 2015.

1. De los dos defectos señalados por el registrador en su acuerdo de calificación, el recurrente sólo hace referencia al primero de ellos quedando así delimitado lo que constituye el objeto de la presente. La cuestión que se plantea en este expediente consiste en determinar si es inscribible en el folio de una sociedad anónima obligada a verificación contable (artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital), la designación de auditor acordada por la junta general cuando dicho acuerdo se ha adoptado una vez cerrado el ejercicio social correspondiente. El registrador Mercantil deniega la inscripción porque, habiéndose adoptado el acuerdo el día 30 de junio de 2017, el mismo se refiere a los ejercicios 2016, 2017 y 2018. El recurrente, en esencia, alega que, siendo la sociedad obligada integrante del sector público de la Administración y de socio único, la necesidad de cumplir con los requerimientos establecidos por la legislación sobre contratación pública hace imposible el cumplimiento de los plazos previstos en la legislación mercantil, amén de que siendo la sociedad de socio único no hay más interés protegible que se lleve a cabo la auditoría por lo que se debe proceder la inscripción solicitada. Apoya su argumentación en los preceptos y documentación que resultan de los hechos.

Según el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, «el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma».

Con base en dicho precepto, es reiterada doctrina de esta Dirección General (por todas, Resolución de 13 de octubre de 2015), que el expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad o Mercantil tiene por objeto exclusivamente determinar de si la calificación es o no ajustada a Derecho. Igualmente es doctrina reiterada (vid., por todas, Resolución de 19 de enero de 2015), que el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador. Y también ha afirmado reiteradamente con base en el mismo fundamento legal (por todas, Resolución de 22 de mayo de 2017), que en la tramitación del expediente de recurso no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por el registrador (y aportados al interponer el recurso). En consecuencia, no procede llevar a cabo un pronunciamiento en relación con documentos que no se pusieron a disposición del registrador al tiempo de llevar a cabo su calificación, sin perjuicio de que llevándose a cabo una nueva presentación se adopte un nuevo acuerdo de calificación en el que se haga referencia a dichos documentos (vid. artículo 108 del Reglamento Hipotecario).

2. Determinado así el objeto de este expediente, el recurso no puede prosperar. Establece el artículo 264.1 de la Ley de Sociedades de Capital: «La persona que deba ejercer la auditoría de cuentas será nombrada por la junta general antes de que finalice el ejercicio a auditar, por un período de tiempo inicial, que no podrá ser inferior a tres años ni superior a nueve, a contar desde la fecha en que se inicie el primer ejercicio a auditar, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas respecto a la posibilidad de prórroga y a la duración de los contratos en relación con sociedades calificadas como entidades de interés público».

Por su parte, dispone el artículo 265.1 de la propia Ley: «Competencia para el nombramiento de auditor. Cuando la junta general no hubiera nombrado al auditor antes de que finalice el ejercicio a auditar, debiendo hacerlo, o la persona nombrada no acepte el cargo o no pueda cumplir sus funciones, los administradores y cualquier socio podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social la designación de la persona o personas que deban realizar la auditoría. En las sociedades anónimas, la solicitud podrá ser realizada también por el comisario del sindicato de obligacionistas».

Como resulta de modo indubitado de las normas transcritas, la competencia para la designación de auditor en sociedades obligadas a verificación contable corresponde a la junta general, la cual debe ser ejercida en el marco temporal limitado del, en su caso, primer ejercicio a auditar o de aquél que corresponda si se trata de ejercicios

posteriores a los iniciales (vid. artículo 22.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Transcurrido el ejercicio social sin que la competencia haya sido ejercitada por la junta general o cuando, ejercitada, el auditor designado no acepte o no pueda ejercer su cargo, la competencia corresponde al registrador Mercantil del domicilio social. La previsión legal es confirmada por el artículo 350.a, segundo párrafo, del Reglamento del Registro Mercantil cuando afirma: «Una vez finalizado el ejercicio a auditar, la competencia para el nombramiento de auditores para la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión de sociedades obligadas a ello, corresponderá exclusivamente al Registrador Mercantil del domicilio social…».

Por su parte, esta Dirección General así lo ha reiterado en numerosas ocasiones (vid. «Vistos»), afirmando ya en la temprana Resolución en materia de designación de auditores de 17 de octubre de 1991 que: «El fin del ejercicio sin la designación de la Junta no sólo abre al socio la vía del artículo 205 1.º: el rigor legal prohíbe a la sociedad cumplir tardíamente su obligación de designar, por lo que el acuerdo de designación de la Junta celebrada el día 5 de junio de 1991, adoptado con o sin la conformidad del promotor de este expediente, carece de eficacia enervante del derecho reconocido a los accionistas en el artículo 205 1 de la Ley de Sociedades Anónimas»; y en las Resoluciones, en sede de recursos contra la calificación del registrador, de 24, 25 y 27 de noviembre de 2000: «…resulta de modo categórico que, cuando la sociedad estuviese obligada a la verificación de las cuentas anuales y hubiese finalizado el ejercicio por auditar sin que su junta general hubiese nombrado a los auditores que debían realizarla, tal designación corresponderá, ya en exclusiva, bien al Registrador Mercantil, bien al Juez de Primera Instancia, sin que pueda inscribirse el nombramiento realizado directamente por la sociedad recurrente que tenga por objeto la verificación de las cuentas de un ejercicio ya cerrado al tiempo en que se efectuó».

El vigente artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital (en la redacción dada por la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas), sólo excepciona del régimen general los supuestos de prórroga de duración y de sociedades que tengan la categoría de entidades de interés público (vid. artículos 40 de la Ley de Auditoría y 52 de su Reglamento), alcanzando la excepción exclusivamente al plazo del contrato de auditoría, pero no a la competencia para llevar a cabo la designación.

En definitiva, las sociedades mercantiles en cuanto a sus obligaciones de formulación de cuentas anuales, auditoría y depósito en el Registro Mercantil están sujetas a la legislación mercantil, sin que haya distinción por el hecho de que sus socios o accionistas sean públicos o privados. No obstante, cabe distinguir dos situaciones:

a) En sociedades con obligación legal de someter sus cuentas anuales a auditoría, en la que resulta de aplicación en cuanto al nombramiento de auditor lo dispuesto en los artículos 263 a 267 de la Ley de Sociedades de Capital. De tal manera que, finalizado el ejercicio social de la sociedad, corresponde el nombramiento de auditor al Registro Mercantil (cfr. artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital).

b) Sociedades sin obligación de auditar sus cuentas anuales, en las que no sería exigible lo dispuesto en los citados artículos en relación con distintos aspectos del nombramiento de auditor (cfr. Consulta del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 7 de octubre de 1991).

3. Los argumentos del escrito de recurso no pueden enervar las conclusiones anteriores. En primer lugar, porque el hecho de que la sociedad anónima a que se refiere este expediente forme parte del sector público instrumental de la Administración Autonómica no condiciona la aplicación de las normas de la Ley de Sociedades de Capital que no contienen especialidad al respecto. Nada obsta a que la Administración, en uso de sus competencias de que dispone para decidir los instrumentos jurídicos más eficaces más cumplir con sus obligaciones, decida que determinadas funciones sean encauzadas mediante sociedades mercantiles de naturaleza instrumental; normalmente, porque la normativa mercantil, más ágil y flexible que la administrativa, así lo aconseja, pero sin que ello implique especialidad alguna, fuera de las previsiones del artículo 17 de la propia Ley de Sociedades de Capital.

En el concreto ámbito de la auditoría de cuentas, así resulta de los establecido en las disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley 22/2015, de 20 de julio. Dice así la primera: «1. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones, deberán someterse en todo caso a la auditoría de cuentas prevista en el artículo 1.2 de esta Ley, las entidades, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: (…) 2 (…) En todo caso, lo previsto en esta disposición adicional será aplicable a las sociedades mercantiles que formen parte del sector público estatal, autonómico o local».

Y continúa la disposición adicional segunda: «4. Los trabajos de auditoría de cuentas realizados por un auditor de cuentas o sociedad de auditoría, inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, sobre las cuentas anuales o estados financieros u otros documentos contables de entidades integrantes del sector público estatal, autonómico o local que, conforme a su normativa de aplicación, se encuentran obligados legalmente a someter sus cuentas anuales a la auditoría de cuentas prevista en el artículo 1 de esta Ley, están sujetos a lo

dispuesto en la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas, siempre y cuando dichas cuentas o estados no se formulen con arreglo a la normativa contable del sector público o los trabajos de auditoría no se realicen con arreglo a las normas de auditoría aplicables del sector público. En particular, están sujetos a la citada normativa reguladora de la actividad de auditoría los trabajos de auditoría realizados por un auditor de cuentas o sociedad de auditoría inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas sobre las cuentas anuales de las sociedades mercantiles pertenecientes al mencionado sector público sujetas a la obligación de someter sus cuentas anuales a auditoría conforme a la normativa mercantil».

En segundo lugar, porque el hecho de que la sociedad anónima objeto de este expediente sea unipersonal no altera las reglas de competencia sobre designación de auditores. De ser así, tal afirmación se predicaría de cualquier sociedad de capital unipersonal, integrante del sector público o no, dejando vacío de contenido el conjunto de previsiones de la Ley de Sociedades de Capital. No puede afirmarse, en rigor, que la doctrina de esta Dirección General en materia de interpretación del artículo 265.2 de la citada ley, relativo a la designación de auditor a instancia de la minoría, sea de aplicación a los supuestos del transcrito artículo 265.1. Como resulta de las resoluciones citadas en los vistos y en parte transcritas, la doctrina de esta Dirección General es claramente contraria a dicha posibilidad. Y es que no puede afirmarse que el interés protegible en el supuesto que nos ocupa sea simplemente la realización de la auditoría cualquiera que sea la persona que la lleve a cabo. Esta Dirección General ha afirmado que el depósito de cuentas de la sociedad sólo puede llevarse a cabo, en los casos en que hay nombrado auditor, si viene acompañado de informe de verificación emitido precisamente por el designado, por la propia sociedad o por el registrador Mercantil (por todas, Resolución de11 de julio de 2016). De entender lo contrario, se dejaría sin efecto las previsiones del ordenamiento en cuanto a la competencia para la designación de auditor y subsiguiente depósito de cuentas (vid. artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital).

Finalmente, alega el escrito de recurso los eventuales perjuicios que podrían causarse a la Administración. Dichos perjuicios eventuales, no obstante, son consecuencia directa de la aplicación de las normas mercantiles que la propia Administración ha considerado convenientes para el cumplimiento de sus fines. Por otro lado, no cabe olvidar, y es muy relevante en el supuesto de hecho, que la propia normativa mercantil prevé que en circunstancias especiales y una vez se haya acordado por el registrador Mercantil competente la procedencia del nombramiento en el supuesto del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital (vid. artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil), el interesado puede solicitar que sea esta misma Dirección General quien proceda al nombramiento de auditor (vid. artículo 356 del propio Reglamento del Registro Mercantil).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

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

Madrid, 26 de octubre de 2017. El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.