

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8689 *Resolución de 5 de mayo de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador mercantil y de bienes muebles I de Asturias, por la que se deniega la inscripción del nombramiento de auditor voluntario efectuado mediante instancia privada con firma legitimada notarialmente.*

En el recurso interpuesto por don J. F. M. G., como administrador mancomunado de la sociedad «Explotaciones Mineras Solís, S.L.», contra la nota de calificación emitida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Asturias, don Gabriel Alonso Landeta, por la que se deniega la inscripción del nombramiento de auditor voluntario efectuado mediante instancia privada con firma legitimada notarialmente.

Hechos

I

Mediante instancia, suscrita el día 24 de diciembre de 2021 por don J. F. M. G., como administrador mancomunado de la sociedad «Explotaciones Mineras Solís, S.L.», con firma legitimada notarialmente, se solicitaba la inscripción del nombramiento de «Llana Auditores, S.L.» para la comprobación de las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2021, 2022 y 2023. En el escrito, se aclaraba que la legitimación para la solicitud que formulaba dimanaba de su condición de administrador y de apoderado de la compañía, y que la sociedad no se encontraba obligada a auditar sus cuentas anuales, por lo que se trataba de un nombramiento de carácter voluntario.

II

Presentada dicha instancia en el Registro Mercantil de Asturias, 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 resuelto no practicar conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos.

Diario/Asiento: 95/7329 Fecha de la presentación: 28/12/2021 Entrada: 1/2021/10.411,0.

Sociedad: Explotaciones Mineras Solís SL.

Fundamentos de Derecho (defectos).

1. (C) La certificación de acuerdos debe ser expedida por los Dos Administradores Mancomunados de la Sociedad, el señor M. G. y la mercantil «Aricam 2001, SL» (Arts. 109, 366 y 368 RRM). Se hace constar que referida mercantil se haya incurrido en Procedimiento Concursal 786/2011, del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid, encontrándose suspendidas sus facultades de administración y disposición, debiendo tenerse en cuenta dicha circunstancia a la hora de expedir dicha certificación (Ver Arts. 106 y ss del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal y Resolución de la DGSJyFP de 6-VII-15).

2. No se puede inscribir mientras persista el incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2017, 2018 y 2019 conforme art 378 RRM. Se advierte que del Registro resultan presentadas las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2020 devueltas por adolecer defectos.

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15.º del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro.

En relación con la presente calificación: (...).

Oviedo, a 7 de enero de 2022 (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador) El registrador».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. F. M. G., como administrador mancomunado de la sociedad «Explotaciones Mineras Solís, S.L.», interpuso recurso el día 10 de febrero de 2022 mediante escrito cuyo contenido se transcribe a continuación:

«Expone

I. Que con fecha 10/01/2022 le ha sido notificada acuerdo del Sr. Registrador Mercantil referente a la calificación con numero de entrada 1/2021/10.411,0; respecto al nombramiento de auditor de cuentas correspondiente a los ejercicios anuales de 2021/2022/2023, en el que se deniega dicha inscripción.

II. Que, dentro del plazo concedido al efecto y por medio del presente escrito, esta parte viene a interponer recurso ante la Dirección General de Registros y Notariado correspondiente la calificación con numero de entrada 1/2021/10.411,0, en base a las siguientes.

Alegaciones.

Primera. Antecedentes de hecho y planteamiento de la cuestión litigiosa.

Exponiendo sucintamente los antecedentes de hecho de los que trae causa este procedimiento, interesa señalar que el mismo trae causa en la presentación por parte de la empresa del acuerdo por el cual suscribe contrato de auditoría para los ejercicios 2021 a 2023 ambos inclusive con la sociedad de auditoría Llana Auditores, S.L. con número de R.O.A.C. S-0394, y el documento de la aceptación del mencionado nombramiento por esta última.

Conforme a dichas pretensiones, el Sr. Registrador Mercantil de Asturias, acordó la no inscripción del nombramiento, dando traslado de este hecho a la sociedad, señalando que el órgano de administración está compuesto por dos administradores mancomunados, y que, en base a este hecho, el acuerdo del nombramiento de auditor en el caso de auditoría voluntaria, debe de realizarse por ambos administradores.

Segunda. Oposición al nombramiento del auditor por el Sr. registrador Mercantil.

Respecto al pronunciamiento denegatorio por parte del Sr. Registrador Mercantil de Asturias, si bien es cierto que conforme al art. 264 y ss. de la LSC, el nombramiento se realizará por la Junta General o en determinados casos por el órgano de administración, (en el caso que nos ocupa dos administradores mancomunados); no es menos cierto que el artículo 109 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, señala, que para el caso de administración conjunta será válida el acuerdo de aquel administrador que ostente el poder de representación. A estos efectos, se acompaña copia de la escritura de poder otorgada el 22/05/2007 por ambos administradores mancomunados en favor de Don F. M., otorgándole poder para formalizar todo tipo de contratos, autorizándole igualmente para otorgar cuantos

documentos públicos y privados sean necesarios para el ejercicio de las anteriores facultades (...).

Por tanto, entiende esta parte, que independientemente de que el nombramiento de auditores para una auditoría voluntaria, deba de ser llevada a cabo por el órgano de administración, y que para el caso de administradores mancomunados, como es el caso que nos ocupa, existe una evidente representación para uno de ellos, conforme al art. 109 RRM, el nombramiento otorgado en este caso, por el administrador Don F. M., debería de considerarse como válido por los motivos expuestos.

Que, en base a lo anterior, parece evidente la plena eficacia del acuerdo y el consiguiente nombramiento de auditor.

Por todo lo anterior, se solicita se acepte el nombramiento de auditor de referencia. al margen de la consideración respecto de la inscripción de las cuentas anuales de ejercicios anteriores que también se ha señalado en la nota de calificación.

Que por lado lo que antecede, quien suscribe solicita.

Se tenga por presentado escrito y documentos que lo acompañan, y se tenga por formulada oposición al acuerdo de calificación de referencia.»

IV

Don Gabriel Alonso Landeta, registrador Mercantil de Asturias, emitió el preceptivo informe el día 15 de febrero de 2022 y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 209, 210, 233, 263, 264 y 265 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; 109 del Reglamento del Registro Mercantil; la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de enero, 11 de julio y 28 de octubre de 2013, 23 de marzo y 27 de julio de 2015, 18 de mayo de 2016 y 24 de abril de 2019, y la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 9 de marzo de 2022.

1. Debe decidirse en este expediente si es inscribible en el Registro Mercantil el nombramiento voluntario de auditor, por parte de una sociedad no obligada a verificar sus cuentas anuales, decidido por un administrador mancomunado de la compañía en quien concurre, además, la condición de apoderado con facultades para formalizar todo tipo de contratos y para otorgar cuantos documentos públicos y privados sean necesarios para el ejercicio de las facultades conferidas.

Sostiene el registrador en su nota que la certificación de la decisión sobre el nombramiento debe ser expedida por los dos administradores mancomunados que integran el órgano de administración. Considera el recurrente, por el contrario, que el artículo 109 del Reglamento del Registro Mercantil dispone que, en caso de administración conjunta «será válida [sic] el acuerdo de aquel administrador que ostente el poder de representación».

2. Tiene declarado reiteradamente este Centro Directivo (vid., por todas, Resolución de 18 de mayo de 2016) que: «(...) el órgano de administración está perfectamente legitimado para designar auditor con el fin de que verifique las cuentas anuales en aquellos supuestos en que la sociedad no esté obligada a la verificación contable. De los artículos 263, 264 y 265 de la Ley de Sociedades de Capital, resulta ineludiblemente que la competencia de la Junta General para proceder al nombramiento de auditor de cuentas, así como los términos para realizar dicho nombramiento y su duración, sólo son de obligado cumplimiento en aquellas sociedades que no pueden presentar en el Registro Mercantil sus cuentas en forma abreviada y que, por tanto, están obligadas por ley a la verificación contable. Fuera de estos supuestos la sociedad puede, a través de su órgano de administración, contratar los servicios de un auditor de cuentas, si lo considera necesario para la buena marcha de la empresa, pues este acto tiene la

naturaleza propia de un acto de gestión y buena administración cuando se trata de sociedades no sujetas por ley a la obligación de auditar sus cuentas anuales (art. 209 de la Ley de Sociedades de Capital)». Esta doctrina, que el Tribunal Supremo ha recogido en la Sentencia de 9 de marzo de 2007, requiere que la decisión correspondiente haya sido adoptada conforme a las reglas inherentes a la estructura adoptada por el órgano de administración.

El artículo 210 de la Ley de Sociedades de Capital ofrece el catálogo de los diferentes modos en que puede estructurarse el órgano de administración, diferenciando entre un administrador único, varios que actúen de forma solidaria o de forma conjunta, o un consejo de administración. Por su parte, el artículo 233 del mismo texto legal atribuye a tal órgano de manera exclusiva el poder de representación orgánica de la compañía. Comienza su redacción por una declaración genérica (apartado 1) conforme a la que «en la sociedad de capital la representación de la sociedad, en juicio y fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada en los estatutos, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente»; y en esa fracción consecutiva, respecto de los administradores mancomunados, establece en el fragmento c) que, «en la sociedad de responsabilidad limitada, si hubiere más de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos», mientras que en la sociedad anónima (recuérdese que, conforme al artículo 210.2 de la Ley de Sociedades de Capital, en la sociedad anónima no pueden ser más de dos), en todo caso, «el poder de representación se ejercerá mancomunadamente». Por tanto, el poder de representación orgánica nunca podrá ser desempeñado por un solo administrador mancomunado.

En relación con la previsión estatutaria que, en la sociedad de responsabilidad limitada, permita el ejercicio del poder de representación por dos de los administradores conjuntos, tiene reiteradamente declarado este Centro Directivo (en las Resoluciones de 28 de enero, 11 de julio y 28 de octubre de 2013 y 23 de marzo y 27 de julio de 2015, entre otras) que su alcance afecta únicamente al ámbito externo del ejercicio de las facultades representativas, pero no interfiere en las competencias de gestión, entre las que se encuentra la decisión de auditar las cuentas anuales, cuyo desempeño requiere proceder de consuno entre todos los administradores. En definitiva, en una sociedad regida por varios administradores mancomunados, la determinación sobre el sometimiento a auditoría voluntaria de las cuentas anuales corresponde adoptarla de común acuerdo a todos ellos.

3. El pasaje reglamentario invocado por el recurrente para fundamentar su impugnación es el artículo 109 del Reglamento del Registro Mercantil, referido a la facultad de certificar las actas y los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles, en cuyo apartado 1.c) se habilita para este menester, en el caso de administradores conjuntos, «a los que tengan el poder de representación», es decir, a los que se hallen investidos de facultades representativas orgánicas conforme a lo previsto en el artículo 233.2.c) de la Ley de Sociedades de Capital. La coincidencia de personas que se produce en una sociedad regida por dos administradores mancomunados no puede hacer olvidar la diferencia entre las facetas representativa y gestora del órgano de administración y la vertiente relativa a la facultad certificante de que se hallan investidos sus miembros.

Como ha destacado este Centro Directivo, la facultad de certificar se concreta en la aptitud para acreditar la adopción de acuerdos sociales por los órganos colegiados de las sociedades mercantiles (Resoluciones de 24 de abril de 2019 y 9 de marzo de 2022), pero no comporta una potestad decisoria. En el caso examinado, la competencia para certificar los acuerdos sociales adoptados por los órganos colegiados corresponde conjuntamente a ambos administradores mancomunados, al igual que, de la misma forma, les incumbe también la de gestión para nombrar auditor voluntario de las cuentas anuales de la compañía, sin que tales atribuciones puedan verse alteradas por la existencia de un apoderamiento a favor de uno de los administradores para la realización de operaciones propias del tráfico mercantil de la compañía.

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, 5 de mayo de 2022.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.