

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE FUNCIONAMIENTO SOCIETARIO

PATRICIA ORTIZ SEIJAS
Licenciada en Derecho

Palabras clave: sociedad limitada, administrador único, auditoría de cuentas.

ENUNCIADO

Pepe y Paco constituyen una sociedad limitada al objeto de proceder a la promoción inmobiliaria de un edificio de viviendas.

Se designa como Administrador Único a un tercero, Pedro, que no tiene participación alguna en la sociedad, aunque se hace a efectos meramente formales, por exigencias legales.

En cuanto a las cuentas anuales, la sociedad presenta balance abreviado de sus cuentas anuales.

El año pasado contrataron la ejecución de las obras con una empresa constructora, estando pendientes de finalizar las mismas este mismo año.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Debe el Administrador Único estar dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos?
2. ¿Tiene la Sociedad obligación de auditar sus cuentas? y en caso de no tener dicha obligación, ¿podría hacerlo?, ¿cómo?

3. La Agencia Tributaria le ha reclamado como responsable subsidiario de la empresa constructora contratada que no ha cumplido con la obligación de retener las cantidades correspondientes a ciertos trabajadores. Se nos consulta sobre la procedencia o no de dicho requerimiento.

SOLUCIÓN

1. La Ley número 50/1998, de 30 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Fiscal, mediante su artículo 34.2 modificó la disposición adicional 27.^a («Campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos») del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, quedando redactada, a los efectos que aquí interesan, en los siguientes términos:

«1. Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias:

- 1.º Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido con vínculo conyugal o de parentesco, por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.
- 2.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.
- 3.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuida funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

En los supuestos en que no concurren las circunstancias anteriores, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad.

2. No estarán comprendidos en el sistema de Seguridad Social los socios, sean o no administradores, de sociedades mercantiles capitalistas cuyo objeto social no esté constituido por el ejercicio de actividades industriales o profesionales, sino por la mera administración del patrimonio de los socios.

(...)

En conclusión, si el administrador no realiza de forma efectiva funciones de administración y gerencia, ni presta otros servicios para la sociedad, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, ni ostenta su control efectivo, directo o indirecto, por cuanto no convive con los titulares de las participaciones sociales de la compañía y no es titular de participaciones representativas de un 25 por 100 o porcentaje superior del capital social –y ello a salvo de otras pruebas que pudiera obtener la Administración de la Seguridad Social para demostrar que el Administrador dispone del control efectivo de la sociedad–, consideramos que no vendría obligado a estar dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social.

2. Auditoría de cuentas:

El artículo 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) establece:

«En todo lo no previsto en esta ley, será de aplicación a las sociedades de responsabilidad limitada lo establecido en el Capítulo VII de la Ley de Sociedades Anónimas.»

Por su parte, el artículo 203 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA) dispone lo siguiente:

- «1. Las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser revisados por auditores de cuentas.
2. Se exceptúa de esta obligación a las sociedades que puedan presentar balance abreviado.»

Y el artículo 181 del TRLSA dispone qué sociedades pueden realizar balance abreviado:

«1. Podrán formular balance abreviado las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:

- a) Que el total de las partidas del activo no supere los trescientos noventa y cinco millones de pesetas.
- b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los setecientos noventa millones de pesetas.
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

Las sociedades no perderán la facultad de formular balance abreviado si no dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior.

2. En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades podrán formular balance abreviado si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior.

3. El balance abreviado comprenderá únicamente las partidas del esquema establecido en el artículo 175, con mención separada del importe de los créditos y las deudas cuya duración residual sea superior a un año, en las formas establecidas en dicho artículo, pero globalmente para cada una de esas partidas.

4. Las sociedades cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea no podrán formular balance abreviado.»

En cuanto al órgano competente, la norma general es que la junta general de socios es el órgano encargado del nombramiento de auditores de cuentas y dicho nombramiento ha de cumplir las especificaciones legales (plazo mínimo 3 años a un máximo de 9 años).

La normativa de aplicación es la que sigue:

- Artículo 44 del Reglamento del Registro Mercantil:

«1. Es competencia de la Junta General deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos:

(...)

- b. El nombramiento y separación de los administradores, liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.»
- Disposición adicional sexta de la LSRL, que modifica la Ley de Auditoría de Cuentas. El apartado 4 del artículo 8.º de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, queda redactado de la forma siguiente:

«4. Los auditores serán contratados por un período de tiempo determinado 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, pudiendo ser contratados anualmente una vez haya finalizado el período inicial. No obstante, cuando las auditorías de cuentas no fueran obligatorias, no serán de aplicación las limitaciones establecidas en el párrafo anterior.»

- Artículo 204 del TRLSA:

«1. Las personas que deben ejercer la auditoría de cuentas serán nombradas por la junta general antes de que finalice el ejercicio a auditar, por un período de tiempo determinado 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, pudiendo ser reelegidas por la junta general anualmente una vez haya finalizado el período inicial.

2. La junta podrá designar a una o varias personas físicas o jurídicas que actuarán conjuntamente. Cuando los designados sean personas físicas, la junta deberá nombrar tantos suplentes como auditores titulares.»

Sin embargo, y como se ha visto, si la sociedad presentara balance abreviado no habría obligación de auditar, por lo que el auditor sería auditor voluntario que podría o no estar inscrito en el Registro Mercantil. Al ser una facultad voluntaria (potestativa) de la sociedad, no es necesario el cumplimiento de la normativa, como dice la Dirección General de los Registros y del Notariado en la siguiente Resolución de 20 de junio de 1998: «A las dos primeras cuestiones ya ha dado respuesta positiva la Resolución de este Centro directivo de 16 de abril del corriente año en el sentido de que el plazo mínimo por el que ha de realizarse el nombramiento de Auditores de cuentas conforme al artículo 204.1 de la LSA tan sólo rige para aquellas sociedades legalmente obligadas a auditar sus cuentas, de suerte que no alcanza a las que no se encuentren en tal situación de conformidad con el párrafo segundo del citado artículo 203, para las cuales la voluntariedad de aquel control de su contabilidad 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 hace. Y en cuanto al órgano social competente para la adopción de tales decisiones, nada impide que dentro de esa voluntariedad sea aquél al que compete la gestión social, entre cuyas funciones se encuentra la llevanza de la contabilidad, el que acuerde, tanto como un medio de respaldo a su actuación en ese campo, como de garantía complementaria para socios y terceros, que se lleve a cabo una auditoría de la contabilidad eligiendo para ello un profesional con titulación adecuada».

3. Responsabilidad subsidiaria del contratista:

La Ley General Tributaria, en su artículo 43.1 f), establece la responsabilidad subsidiaria de la deuda tributaria en el marco de la contratación o subcontratación de la ejecución de obras o la prestación de servicios.

En este sentido, las personas o entidades que contraten o subcontraten la ejecución de obras o prestación de servicios correspondiente a su actividad principal responderán subsidiariamente por las obligaciones tributarias de las personas o entidades contratadas, es decir, en caso de que el contratista no cumpla con la obligación de repercutir tributos o de retener las cantidades correspondientes a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte que corresponda a las obras o servicios objeto de contratación, las entidades contratantes tendrán que responder por ellas y pagar la deuda tributaria.

Por todo ello, es recomendable que con carácter previo al pago se exija a todos los proveedores directamente relacionados con la actividad principal de la empresa la presentación de un certificado emitido por la Administración tributaria en el que se muestre que el proveedor del servicio se encuentra al corriente de sus obligaciones fiscales.

Sin embargo, la mencionada responsabilidad no se exigirá cuando el contratista o subcontratista haya aportado al contratante el certificado referido anteriormente. Así, las entidades contratantes tienen derecho a pedir que el contratista solicite a la Administración tributaria la emisión de dicho certificado durante los doce meses anteriores al pago de cada factura correspondiente a la contratación.

En cuanto al procedimiento de solicitud del mencionado certificado, ésta puede realizarse mediante la presentación del Modelo 01C, de solicitud del certificado específico, ante la delegación de Hacienda correspondiente, o a través de Internet mediante la página web de la Agencia Tributaria. La Administración Tributaria lo emitirá o lo denegará en el plazo de tres días desde su solicitud.

Como respuesta a la necesidad de interpretación administrativa, la Dirección General de Tributos ha dictado la Resolución 2/04, de 16 de julio, relativa a la responsabilidad de los contratistas o subcontratistas, en la que se analiza el concepto de actividad principal, así como el procedimiento relativo a la emisión del certificado.

Respecto a la primera cuestión a analizar, de acuerdo con dicha resolución, el concepto «actividad económica principal» a que se refiere el artículo 43, apartado 1, letra f), de la Ley General Tributaria, ha de ser analizado de manera singular en cada supuesto en el que eventualmente sea de aplicación el citado precepto, debiendo utilizarse en su definición los conceptos de actividad propia e indispensable, sin que pueda excluirse a priori, con carácter general, que dentro de dicho concepto de «actividad económica principal» se incorporen las de carácter complementario a las que integran el ciclo productivo.

En cuanto a la cuestión de carácter procedimental, la mencionada resolución, en aras de establecer un mecanismo por el cual se protejan la seguridad jurídica y la continuidad en el tráfico mercantil, en interés del solicitante y de los destinatarios finales de dicho certificado en aquellos supuestos en los que la Administración no pueda realizar dicha emisión en el plazo legalmente establecido de tres días, el solicitante podrá entender provisionalmente emitido el citado certificado a partir del día siguiente al de finalización del plazo establecido por la norma, a cuyo efecto tendrá derecho a obtener de la Administración Tributaria una comunicación acreditativa de tal circunstancia, que habrá de expedirse de forma inmediata.

La falta de emisión del certificado acreditada por dicho documento tendrá eficacia frente al pagador y determinará la exoneración de responsabilidad para el mencionado pagador, que figure en la solicitud de certificado efectuada por el contratista o subcontratista, que alcanzará al importe de los pagos que se realicen durante el período de doce meses a contar desde la referida solicitud.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley 19/1988 (Auditoría de Cuentas), art. 8.º 4.
- Ley 2/1995 (LSRL), art. 84.
- Ley 58/2003 (LGT), art. 43.1 f).
- RDLeg. 1564/1989 (TRLSA), arts. 181, 203 y 204.
- RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), disp. adic. 27.^a
- RD 1784/1996 (Rgto. Registro Mercantil), art. 44.
- Resolución 2/04, de 16 de julio, de la Dirección General de Tributos.
- Resolución de 20 de junio de 1998 (DGRN).