2. NOMBRAMIENTO DE AUDITORES DE CUENTAS Y EXPERTOS INDEPENDIENTES

RESOLUCIONES NO PUBLICADAS EN EL «BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO»

Resolución de 3 de enero de 2011 (1.ª)

En el expediente 31/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Norjapala, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 21 de enero de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular del 25% del capital social de «Norjapala, S. L.» el nombramiento de un auditor para que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009 de la citada entidad.

II

Requerido el solicitante por el Registrador Mercantil de para que aportara documentación original o testimonio de los adjuntos a su instancia, éste presentó un escrito el 29 de enero de 2010 subsanando determinados aspectos de su instancia, alegando que, en realidad es socio de la entidad mercantil «Pradoaliso Promociones, S. L.» sociedad que posee el 50% de participaciones en el capital social «Norjapala, S. L.». Adjuntaba a su escrito los documentos probatorios de su condición de administrador de la entidad mercantil solicitante.

III

La sociedad, a través de sus administradores solidarios, don y don, se opuso a dicha pretensión negando la legitimación del firmante de la instancia, en base a que dicho señor no es socio de la compañía.

IV

El Registrador Mercantil núm. XV de, el 13 de febrero de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad, al entender que, conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, basta que el socio adjunte a su instancia un principio de prueba de su legitimación para entenderla acreditada, siendo a la sociedad que la niega a quién corresponde aportar prueba suficiente de la que resulte que el socio perdió su condición de tal o su participación en el capital social de la compañía. En el caso presente la legitimación deriva de los propios archivos del registro de los que resulta que la sociedad «Pradoaliso Promociones, S. L.» –en la que participa el solicitante y de la que es administrador– ostenta la propiedad de un número de participaciones equivalentes al 50% del capital social.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que el Sr. presentó su solicitud en su propio nombre y no en nombre y representación de la entidad mercantil «Pradoaliso Promociones, S. L.». 2.º) Que la resolución recurrida declara la procedencia del nombramiento al solicitante por ser administrador de la citada entidad mercantil, cuando en realidad, solicitó la auditoría en su propio nombre. 3.º) Que la mercantil «Pradoaliso Promociones, S. L.» en ningún momento planteó la conveniencia de auditar las cuentas de «Norjapala, S. L.».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de marzo 30 de abril, 28 de mayo de 2005, 13, 16, 20 y 21 de febrero, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 3 de septiembre de 2007.

1.º El presente expediente plantea una cuestión previa de carácter formal y es la relativa a la modificación realizada por el solicitante de la auditoría de cuentas que una vez iniciado el procedimiento con su instancia de 21 de enero de 2010 y aprovechando el trámite que le concedió el Registrador Mercantil núm. XV de, de subsanación y mejora de la solicitud (*cfr.* art. 71 de la LRJAAPP-PAC) con el fin de que aportara documentación original de la que se dedujera su legitimación como socio minoritario, varió los términos esenciales la misma resultando, a partir de su escrito de 29 de enero de 2010, no ser ya ni socio de la mercantil cuya auditoría de cuentas se pretende ni tampoco el directamente interesado, sino el administrador y representante de

«Pradoaliso Promociones, S. L.» que es ahora quien solicita la auditoría de cuentas y quién resulta ser socio de «Norjapala, S. L.».

Dicha modificación no puede admitirse en este procedimiento, primero porque, para que fuera posible tramitar dicho escrito de subsanación como una nueva solicitud, habría de cumplir los requisitos formales previstos en el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil, es decir, nueva instancia por triplicado con las indicaciones exigidas y, asimismo, se tendría que acordar un nuevo trámite de oposición a la sociedad. Y en segundo lugar, porque, si se admitiera, se desvirtuaría la finalidad y razón de ser del artículo 71 de la LRJAAPP-PAC que regula el trámite de subsanación y mejora de la solicitud que inició el procedimiento, la cual no es otra que la de aportar nuevos documentos o aclarar los extremos indicados por la autoridad competente para su resolución y no la de deducir nuevas pretensiones o introducir a otros interesados distintos a los que iniciaron el procedimiento.

2.º Por último se ha de negar la legitimación de don para instar el nombramiento registral de auditor de las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2009 de la sociedad «Norjapala, S. L.», pues para ejercitar el derecho que a los socios minoritarios les reconoce el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas se ha de acreditar la condición de socio del solicitante, así como la propiedad sobre un número de acciones o participaciones sociales equivalentes al 5% del capital social. Dicha condición no concurre en el peticionario de la auditoría de cuentas, dado que solo ha acreditado la posesión indirecta, es decir, las participaciones que ostenta en otra empresa que a su vez es socio de la entidad mercantil para la que se solicita la auditoría y, consecuentemente, no está legitimado para solicitar la auditoría de cuentas de la sociedad «Norjapala, S. L.».

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de, «Norjapala, S. L.» contra la decisión del Registrador Mercantil núm. XV de el 13 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 3 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz. Sr. Registrador Mercantil núm. XV de

Resolución de 3 de enero de 2011 (2.^a)

En el expediente 32/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Galartxa, S. L.».

HECHOS

I

Doña....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 5 de febrero de 2010, solicitando, al amparo, artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Galartxa, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través, don, actuando en condición de administrador único, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitante de la auditoría, en el pasado mes de diciembre llegó a un acuerdo de venta de sus participaciones sociales al socio mayoritario. Dicho acuerdo no culminó en una compraventa sino hasta el 1 de febrero de 2010, fecha del otorgamiento de la correspondientes escritura pública autorizada por el Notario don, bajo el número 1980 de su protocolo. 2.º) Que el 5 de febrero de 2010 que es la fecha en la que se presentó la instancia en el Registro Mercantil solicitando la auditoría de cuentas, el solicitante ya no era socio de la compañía.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 23 de febrero de 2010, acordó desestimar la solicitud formulada, en base a que según reiterada doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado, el momento para determinar si el solicitante de la auditoría reúne el requisito de legitimación exigido por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es el de la presentación de la instancia en el Registro Mercantil. En el supuesto que nos ocupa la sociedad ha aportado prueba de la que se desprende que la solicitante de la auditoría perdió su condición de socia y su legitimación para solicitar el nombramiento de auditor el 1 de febrero de 2010 cuando otorgó escritura de compraventa de participaciones sociales que tenía en el capital social de «Galartxa, S. L.

VI

Contra dicha resolución, la solicitante de la auditoría interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: 1.º) Que el 9 de febrero de 2009 puso en conocimiento del Presidente del Consejo de Administración su voluntad de vender las participaciones sociales, indicándole el precio por el que se tenía que hacer

la compraventa. A dicho escrito contestó solicitando información sobre el precio de venta, extremo que ya conocía. 3.º) Que en el mes de diciembre recibió otro escrito indicándole el precio resultante del balance cerrado a 31 de diciembre de 2008, al que contestó que si deseaban cerrar la operación a 31 de diciembre de 2009, disponían de tiempo suficiente. 4.º) Que, finalmente, el 20 de enero de 2010, le comunicaron que habían depositado toda la información en la Notaría y fue el pasado 1 de febrero cuando pudo realizar la operación. 5.º) Que de lo expuesto se deduce que han realizado maniobras para dilatar el momento de otorgamiento de la escritura pública, a lo que se ha de añadir que, en el momento presente, ni siquiera está convocada la Junta General que, preceptivamente, debía haber convocado con el informe de auditoría que se les entregó el 13 de noviembre de 2009 para aprobar las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero de 2006, 31 de mayo de 2007.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la decisión adoptada por el Registrador Mercantil de, frente a la cual no pueden prosperar ninguna de las alegaciones formuladas por la recurrente. En efecto, la sociedad ha aportado un medio de prueba plena que es la escritura pública de compraventa de participaciones sociales, otorgada por la solicitante de la auditoría y don, en virtud de la cual ésta transmitió las participaciones sociales de las que era titular al comprador y recibió en concepto de pagó la cantidad de 1212, 8916 por cada participación, lo que ascendió a un total de 60.744 euros. Siendo la propiedad de determinadas participaciones sociales equivalentes al 5% del capital la que confiere al socio la legitimación para solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor que verifique las cuentas del ejercicio social inmediatamente anterior, se ha de concluir que esta condición no concurre en la solicitante de la auditoría.

Como ha mantenido este Centro Directivo y señaló el Registrador Mercantil en el acuerdo recurrido, el momento para apreciar si concurren o no en el solicitante las dos condiciones exigidas por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas –la de capital y la de tiempo– es el de la presentación de la instancia en el Registro Mercantil, siendo así que el 5 de febrero de 2010, la peticionaria había perdido su condición de socia de la compañía por la transmisión de su parte en el capital social.

2.º No puede aceptarse la alegación que, implícitamente, cuestiona la diligencia y buena fe de los administradores de la sociedad en la realización de operaciones y aportación de la información necesaria para el otorgamiento de la escritura de compraventa de las participaciones sociales, dado que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las cuestiones relativas a las motivaciones que han llevado cualquiera de las partes a adoptar determinadas acciones, siendo de advertir que las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca, sino que tendrán que ser alegadas y probadas ante el Juez o Tribunal competente de la jurisdicción civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados (*cfr.* art. 1.902 del Código Civil).

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, solicitante de la auditoría de cuentas para la sociedad «Galartxa, S. L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de de 23 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 3 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 3 de enero de 2011 (3.ª)

En el expediente 40/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Radio Granada, S. A.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 22 de enero de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular de más del 5% del capital social de «Radio Granada, S. A.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su apoderado, don, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º Que no se ha plasmado en documento alguno la participación que la solicitante tiene en la compañía. 2.º Que el Auto judicial no es título suficiente para fundar la solicitud de nombramiento de auditor. 3.º Que solicita la auditoría para periodos de tiempo respecto de los cuales ha transcurrido ya el plazo legal. 4.º Que la sociedad carece de recursos económicos para afrontar los gastos del auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de con fecha 12 de febrero de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad. Tras señalar que solo admite la solicitud de auditoría para verificar las cuentas del ejercicio económico cerrado a 31 de diciembre de 2009, señaló que la sociedad no aportó prueba documental alguna de la que se dedujera la falta de legitimación de la solicitante. Añadió que don, administrador único de la sociedad y ex cónyuge de la solicitante de la auditoría, fue notificado por el traslado de la instancia y de la documentación adjunta de la adquisición de acciones a favor de su ex cónyuge, de tal manera que aunque el Auto no indique el número de acciones que le corresponden, sí indica que adquiere el 50% de las que poseían en común. Finalizó el acuerdo manteniendo que las dificultades económicas de la sociedad no pueden enervar el derecho de la solicitante.

IV

Contra dicha resolución don, en su calidad de Director de la sociedad interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Añadió que el Auto judicial, que es el documento utilizado para fundar la legitimación de la solicitante, no fue ratificado por ninguna de las partes. En realidad se presentó un cuaderno particional, al que tácitamente se le dio el visto bueno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero y 19 de diciembre de 2006 y 21 de mayo de 2007.

1.º La primera cuestión que plantea el expediente en estudio es la relativa a la forma de acreditar el socio su legitimación y, como contrapartida, la de la enervación, en su caso, por parte de la sociedad. Esta cuestión ha sido

reiteradamente abordada por este Centro Directivo entendiéndose suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que, por sí sola, no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que el solicitante no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que, evidentemente, la Ley no pretende.

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por la solicitante un principio de prueba de su legitimación: el Auto judicial de 18 de noviembre de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Granada, por el que se aprueba la propuesta de liquidación de la sociedad de gananciales, presentada por la representación procesal de los ex cónyuges, don y doña, del que resulta que a ésta última le corresponde el 50 % del capital social de las entidades mercantiles citadas, entre las que se encuentra «Radio Granada, S. A.» La sociedad, sin aportar prueba alguna de sus alegaciones, se limita a negar la legitimación que resulta del anterior documento judicial, olvidando que, al no estar recurrida, dicha resolución judicial es firme y, por tanto, título de atribución de la propiedad de las acciones alegadas en la instancia. Por ello, no cabe sino reconocer que la solicitante está legitimada para solicitar la auditoría.

2.º Como indicó el Registrador Mercantil de en el acuerdo recurrido, no puede aceptarse, porque sería contrario al espíritu y a la letra del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, la alegación que pretende enervar el derecho de la solicitante en base a los insuficientes medios económicos de la sociedad, pues dicho precepto legal dispone taxativamente –sin dejar margen interpretativo alguno– que los costes que la auditoría comporta corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de cuál sea su situación económica.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de «Radio Granada, S. A.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de el 12 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación adminis-

trativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 3 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 3 de enero de 2011 (4.ª)

En el expediente 35/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Radio Motril, S. A.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 22 de enero de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular de más del 5% del capital social de «Radio Motril, S. A.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su apoderado, don, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º Que no se ha plasmado en documento alguno la participación que la solicitante tiene en la compañía. 2.º Que el Auto judicial no es título suficiente para fundar la solicitud de nombramiento de auditor. 3.º Que solicita la auditoría para periodos de tiempo respecto de los cuales ha transcurrido ya el plazo legal. 4.º Que la sociedad carece de recursos económicos para afrontar los gastos del auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de con fecha 8 de febrero de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad. Tras señalar que solo admite la solicitud de auditoría para verificar las cuentas del ejercicio económico cerrado a 31 de diciembre de 2009, señaló que la sociedad no aportó prueba documental alguna de la que se dedujera la falta de legitimación de la solicitante. Añadió que don, administrador único de la sociedad y ex cónyuge de la solicitante de la auditoría, fue notificado por el traslado de la instancia y de la documentación adjunta de la adquisición de acciones a favor de su ex cónyuge, de tal manera que aunque el Auto no indique el número de acciones que le corresponden, sí indica que adquiere el 50% de las que poseían en común. Finalizó el acuerdo manteniendo que las dificultades económicas de la sociedad no pueden enervar el derecho de la solicitante.

IV

Contra dicha resolución don, en su calidad de Director de la sociedad interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Añadió que el Auto judicial, que es el documento utilizado para fundar la legitimación de la solicitante, no fue ratificado por ninguna de las partes. En realidad se presentó un cuaderno particional, al que tácitamente se le dio el visto bueno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero y 19 de diciembre de 2006 y 21 de mayo de 2007.

1.º La primera cuestión que plantea el expediente en estudio es la relativa a la forma de acreditar el socio su legitimación y, como contrapartida, la de la enervación, en su caso, por parte de la sociedad. Esta cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo entendiendo suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que, por si sola, no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que el solicitante no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que, evidentemente, la Ley no pretende.

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por la solicitante un principio de prueba de su legitimación: el Auto judicial de 18 de noviembre de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Granada, por el que se aprueba la propuesta de liquidación de la sociedad de gananciales presentada por la representación procesal de los ex cónyuges, don y doña, del que resulta que a ésta última le corresponde el 50 % del capital social de las entidades mercantiles citadas, entre las que se encuentra «Radio Motril, S. A.» La sociedad, sin aportar prueba alguna de sus alegaciones, se limita a negar la

legitimación que resulta del anterior documento judicial, olvidando que, al no estar recurrida, dicha resolución judicial es firme y, por tanto, título de atribución de la propiedad de las acciones alegadas en la instancia. Por ello, no cabe sino reconocer que la solicitante está legitimada para solicitar la auditoría.

2.º Como indicó el Registrador Mercantil de en el acuerdo recurrido, no puede aceptarse, porque sería contrario al espíritu y a la letra del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, la alegación que pretende enervar el derecho de la solicitante en base a los insuficientes medios económicos de la sociedad, pues dicho precepto legal dispone taxativamente –sin dejar margen interpretativo alguno– que los costes que la auditoría comporta corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de cuál sea su situación económica.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de, «Radio Motril, S. A.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de el 8 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 3 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 3 de enero de 2011 (5.ª)

En el expediente 39/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Radio Loja, S. A.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 22 de enero de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular de más del 5% del capital social de «Radio Loja, S. A.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su apoderado, don, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º Que no se ha plasmado en documento alguno la participación que la solicitante tiene en la compañía. 2.º Que el Auto judicial no es título suficiente para fundar la solicitud de nombramiento de auditor. 3.º Que solicita la auditoría para periodos de tiempo respecto de los cuales ha transcurrido ya el plazo legal. 4.º Que la sociedad carece de recursos económicos para afrontar los gastos del auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de con fecha 16 de febrero de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad. Tras señalar que solo admite la solicitud de auditoría para verificar las cuentas del ejercicio económico cerrado a 31 de diciembre de 2009, señaló que la sociedad no aportó prueba documental alguna de la que se dedujera la falta de legitimación de la solicitante. Añadió que don, administrador único de la sociedad y ex cónyuge de la solicitante de la auditoría, fue notificado por el traslado de la instancia y de la documentación adjunta de la adquisición de acciones a favor de su ex cónyuge, de tal manera que aunque el Auto no indique el número de acciones que le corresponden, sí indica que adquiere el 50% de las que poseían en común. Finalizó el acuerdo manteniendo que las dificultades económicas de la sociedad no pueden enervar el derecho de la solicitante.

IV

Contra dicha resolución don, en su calidad de Director de la sociedad interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Añadió que el Auto judicial, que es el documento utilizado para fundar la legitimación de la solicitante, no fue ratificado por ninguna de las partes. En realidad se presentó un cuaderno particional, al que tácitamente se le dio el visto bueno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero y 19 de diciembre de 2006 y 21 de mayo de 2007.

1.º La primera cuestión que plantea el expediente en estudio es la relativa a la forma de acreditar el socio su legitimación y, como contrapartida, la de la enervación, en su caso, por parte de la sociedad. Esta cuestión ha sido

reiteradamente abordada por este Centro Directivo entendiéndose suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que, por sí sola, no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que el solicitante no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que, evidentemente, la Ley no pretende.

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por la solicitante un principio de prueba de su legitimación: el Auto judicial de 18 de noviembre de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de, por el que se aprueba la propuesta de liquidación de la sociedad de gananciales, presentada por la representación procesal de los ex cónyuges, don y doña, del que resulta que a ésta última le corresponde el 50 % del capital social de las entidades mercantiles citadas, entre las que se encuentra «Radio Loja, S. A.» La sociedad, sin aportar prueba alguna de sus alegaciones, se limita a negar la legitimación que resulta del anterior documento judicial, olvidando que, al no estar recurrida, dicha resolución judicial es firme y, por tanto, título de atribución de la propiedad de las acciones alegadas en la instancia. Por ello, no cabe sino reconocer que la solicitante está legitimada para solicitar la auditoría.

2.º Como indicó el Registrador Mercantil de en el acuerdo recurrido, no puede aceptarse, porque sería contrario al espíritu y a la letra del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, la alegación que pretende enervar el derecho de la solicitante en base a los insuficientes medios económicos de la sociedad, pues dicho precepto legal dispone taxativamente –sin dejar margen interpretativo alguno– que los costes que la auditoría comporta corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de cuál sea su situación económica.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, apoderado de «Radio Loja, S. A.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de el 16 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación adminis-

trativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 3 de enero de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 3 de enero de 2011 (6.^a)

En el expediente 36/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Radio Guadalquivir, S. A.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 22 de enero de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular de más del 5% del capital social de «Radio Guadalquivir, S. A.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009. Adjuntaba a su instancia Auto, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de, de 18 de noviembre de 2009, aprobando la liquidación de la sociedad de gananciales formada por ella y su ex cónyuge don

II

La sociedad, a través de su apoderado, don, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º Que no se ha plasmado en documento alguno la participación que la solicitante tiene en la compañía. 2.º Que el Auto no es título suficiente para instar el nombramiento de auditor. 3.º Que solicita la auditoría para periodos de tiempo respecto de los cuales ha transcurrido ya el plazo lega. 4.º Que la sociedad carece de recursos económicos para afrontar los gastos del auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de con fecha 8 de febrero de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad. Tras señalar que solo admite la solicitud de auditoría para verificar las cuentas del ejercicio económico cerrado a 31 de diciembre de 2009, señaló que la sociedad no aportó prueba documental alguna de la que se dedujera la falta de legitimación de la solicitante. Añadió que don, administrador único de la sociedad y ex cónyuge de la solicitante, fue notificado por el traslado de la instancia y de la documentación adjunta de la adquisición de acciones por su ex cónyuge, de tal manera que aunque el Auto no indica el número de acciones que le corresponden, sí indica que adquiere el 50% de las que poseían en común. Finalizó el acuerdo manteniendo que las dificultades económicas de la sociedad no pueden enervar el derecho de la solicitante.

IV

Contra dicha resolución don, en nombre y representación de la sociedad, se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Añadió que el Auto judicial, que es el documento utilizado por la solicitante para fundar la legitimación, no fue ratificado por ninguna de las partes. En realidad se presentó un cuaderno particional, al que tácitamente se le dio el visto bueno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero y 19 de diciembre de 2006 y 21 de mayo de 2007.

1.º La primera cuestión que plantea el expediente en estudio es la relativa a la forma de acreditar el socio su legitimación y, como contrapartida, la de la enervación, en su caso, por parte de la sociedad. Esta cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo entendiendo suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que, por si sola, no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que el solicitante no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que, evidentemente, la Ley no pretende.

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por la solicitante un principio de prueba de su legitimación: el Auto judicial de 18 de noviembre de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de, por el que se aprueba la propuesta de liquidación de la sociedad de gananciales, presentada por la representación procesal de los ex cónyuges, don y doña, del que resulta que a ésta última le corresponde el 50 % del capital social de las entidades mercantiles citadas, entre las que se encuentra «Radio Guadalquivir, S. A.». La sociedad, sin aportar prueba alguna de sus alegaciones, se limita a negar la

legitimación que resulta del anterior documento judicial, olvidando que, al no estar recurrida, dicha resolución judicial es firme y, por tanto, título de atribución de la propiedad de las acciones alegadas en la instancia. Por ello, no cabe sino reconocer que la solicitante está legitimada para solicitar la auditoría.

2.º Como indicó el Registrador Mercantil de en el acuerdo recurrido, no puede aceptarse, porque sería contrario al espíritu y a la letra del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, la alegación que pretende enervar el derecho de la solicitante en base a los insuficientes medios económicos de la sociedad, pues dicho precepto legal dispone taxativamente –sin dejar margen interpretativo alguno– que los costes que la auditoría comporta corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de cuál sea su situación económica.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, apoderado de «Radio Guadalquivir, S. A.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de el 8 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 3 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 3 de enero de 2011 (7.^a)

En el expediente 41/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Radiodifusión Andaluza, S. A.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 22 de enero de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular de más del 5% del capital social de «Radio Andaluza, S. A.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su apoderado, don, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º Que no se ha plasmado en documento alguno la participación que la solicitante tiene en la compañía. 2.º Que el Auto judicial no es título suficiente para fundar la petición de nombramiento de auditor. 3.º Que solicita la auditoría para periodos de tiempo respecto de los cuales ha transcurrido ya el plazo legal. 4.º Que la sociedad carece de recursos económicos para afrontar los gastos del auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de con fecha 8 de febrero de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad. Tras señalar que solo admite la solicitud de auditoría para verificar las cuentas del ejercicio económico cerrado a 31 de diciembre de 2009, señaló que la sociedad no aportó prueba documental alguna de la que se dedujera la falta de legitimación de la solicitante. Añadió que don, administrador único de la sociedad y ex cónyuge de la solicitante de la auditoría, fue notificado por el traslado de la instancia y de la documentación adjunta de la adquisición de acciones a favor de su ex cónyuge, de tal manera que aunque de la documentación adjunta a la instancia y, en concreto, del Auto no se desprenda el número de acciones que le corresponden, sí indica que adquiere el 50% de las que poseían en común. Finalizó el acuerdo manteniendo que las dificultades económicas de la sociedad no pueden enervar el derecho de la solicitante.

IV

Contra dicha resolución don, en su calidad de Director de la sociedad interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Añadió que el Auto judicial, que es el documento utilizado para fundar la legitimación de la solicitante, no fue ratificado por ninguna de las partes. En realidad se presentó un cuaderno particional, al que tácitamente se le dio el visto bueno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero y 19 de diciembre de 2006 y 21 de mayo de 2007.

1.º La primera cuestión que plantea el expediente en estudio es la relativa a la forma de acreditar el socio su legitimación y, como contrapartida, la

de la enervación, en su caso, por parte de la sociedad. Esta cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo entendiendo suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que, por si sola, no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que el solicitante no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que, evidentemente, la Ley no pretende.

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por la solicitante un principio de prueba de su legitimación: el Auto judicial de 18 de noviembre de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de, por el que se aprueba la propuesta de liquidación de la sociedad de gananciales, presentada por la representación procesal de los ex cónyuges, don y doña, del que resulta que a ésta última le corresponde el 50 % del capital social de las entidades mercantiles citadas, entre las que se encuentra «Radio Andaluza, S. A.» La sociedad, sin aportar prueba alguna de sus alegaciones, se limita a negar la legitimación que resulta del anterior documento judicial, olvidando que dicha resolución judicial es firme, al no haber sido recurrida por ninguna de las partes y, por tanto, título de atribución de la propiedad de las acciones alegadas en la instancia. Por ello, no cabe sino reconocer que la solicitante está legitimada para solicitar la auditoría.

2.º Como indicó el Registrador Mercantil de en el acuerdo recurrido, no puede aceptarse, porque sería contrario al espíritu y a la letra del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, la alegación que pretende enervar el derecho de la solicitante invocando los insuficientes medios económicos de la sociedad, pues dicho precepto legal dispone taxativamente –sin dejar margen interpretativo alguno– que los costes que la auditoría comporta corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de cuál sea su situación económica.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en su calidad de Director de, «Radiodifusión Andaluza, S. A.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de el 8 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante

la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 3 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 3 de enero de 2011 (8.^a)

En el expediente 37/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inoxguer, S. L.».

HECHOS

I

Doña, en nombre y representación de don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 5 de enero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Inoxguer, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su abogado y representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la administración de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas, por lo que el interés del solicitante se verá ampliamente satisfecho cuando la auditoría esté finalizada.

III

El 18 de enero de 2010, el Registrador Mercantil de trasladó al solicitante copia del escrito de oposición, para que alegara lo que a su derecho conviniera. Lo que así hizo mediante escrito de 28 de enero de 2010, en el mantuvo su derecho a solicitar y obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas, dado que el nombrado por la sociedad no cumple los requisitos legales exigidos, al haber sido designado por el órgano de administración social es legalmente incompatible y porque la razón de ser del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es proteger a la minoría.

IV

El Registrador Mercantil de, con fecha 3 de febrero de 2010, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor concurren las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. Añadía que el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas lo que pretende es que se faciliten al socio las cuentas de un determinado ejercicio social auditadas por experto independiente, sin que sea determinante el origen del nombramiento. En cuanto a la posible incompatibilidad de asesores fiscales y contables mantuvo que el artículo 8 de la Ley de Auditoría de Cuentas resuelve la cuestión de manera negativa, es decir, no lo considera causa de incompatibilidad y entender lo contrario conduciría al absurdo de negar a los auditores la posibilidad de asesorar a las empresas que auditan.

V

Contra dicha resolución don, solicitante de la auditoría, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, en base a las siguientes alegaciones: 1.º) Que, en contra de lo que puede deducirse de la resolución recurrida, solicitó la auditoría de las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2009. 2.º) Que los señores auditores nombrados por la sociedad son a la vez asesores contables de la compañía y, por tanto, son incompatibles para auditar sus cuentas y para enervar el derecho de los socios minoritarios al nombramiento registral de auditor. 3.º) Que la sociedad Inoxguer, S. L. no está obligada por ley a auditar sus cuentas anuales y por eso el nombramiento voluntario de auditor parece dirigido a impedir al socio minoritario que ejercite su derecho. 4.º) Que, en cuanto a la representación de la sociedad, el abogado que actúa en su nombre tiene un poder general para pleitos, siendo así que el término «pleitos» resulta incompatible con la buena fe que ha de presidir las relaciones entre socios de una pequeña empresa como es Inoxguer, S. L. 5.º) Que ante el Notario don comparecieron los administradores mancomunados y el Notario hace constar que a su juicio y conforme los Estatutos sociales están facultados para otorgar el acto que pretenden, lo que no es cierto porque la facultad de nombrar auditores corresponde a la Junta General. 5.º) Que con posterioridad a la aceptación por parte de «Adrade Auditores, S. L.» volvió a comparecer uno de los administradores mancomunados ante el mismo Notario con el fin de rectificar el acta de nombramiento de auditor, en el sentido de aclarar que la firma Auditora es «Adrade Auditores, Madrid S. L.» y no «Adrade Auditores, Burgos S. L.». 6.º) Que esta última empresa es la que colabora directamente en la realización de la contabilidad social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Regla-

mento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre y 21 de octubre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre y 7 de noviembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar como cuestión meramente formal, que la decisión del Registrador Mercantil declarando la improcedencia del nombramiento solicitado por la minoría no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud. En todo lo no previsto en este cuerpo reglamentario es de aplicación supletoria la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y no los preceptos de la Ley Hipotecaria reguladores del recurso gubernativo.

2.º En cuanto a las cuestiones de fondo planteadas por el recurrente, la primera de ellas es la relativa a cuál es el órgano social competente para proceder al nombramiento de auditor. Respecto de esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido que, así como en las sociedades sujetas a la obligación de presentar balance normal en el Registro Mercantil el órgano competente para nombrar auditor es la Junta general de socios, tal como lo establece el artículo 204 de la Ley de Sociedades Anónimas y, en el supuesto de que la Junta no haya procedido al nombramiento, sólo puede realizarlo el Registrador Mercantil del domicilio social (art. 205.1 de la Ley) en aquellas otras sociedades que pueden presentar balance abreviado el órgano de administración social está plenamente facultado para nombrar auditor de cuentas, por tratarse de un acto de gestión y buena administración.

3.º Sobre la cuestión de si el nombramiento voluntario efectuado por la sociedad puede enervar el derecho del socio y en qué condiciones, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, reconociendo el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea éste judicial, registral o voluntario, puesto que el auditor, como profesional 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

En el supuesto analizado, consta en el Registro Mercantil que la sociedad acreditó la concurrencia de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, tal como resulta del asiento de presentación practicado en la hoja abierta a la sociedad, nombró auditor voluntario para los ejercicios 2008, 2009 y 2010 a la entidad «Adade Auditores SA», que aceptó el encargo a través de su representante, don; dicha Acta fue calificada como defectuosa con fecha 15 de diciembre de 2008, retirada por el presentante con fecha 17 de diciembre de 2008 y vuelta a presentar el 23 de diciembre de 2008, acompañada de la escritura de rectificación núm. 2254, otorgada en, el 19 de diciembre de 2008, ante el Notario don, La inscripción fue finalmente practicada el 12 de febrero de 2009.

4.º Por último, indicar que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil, impide a este Centro Directivo dilucidar la cuestión planteada por el recurrente sobre la posible incompatibilidad del auditor voluntario. No obstante, si considera que la empresa auditora esta incurso en algún supuesto de los regulados en el artículo 8 de la Ley de Auditoría de Cuentas habrá de ponerlo en conocimiento del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas que es el organismo encargado de valorar en cada trabajo concreto el adecuado cumplimiento del deber de independencia del auditor o de la sociedad auditora.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, solicitante del nombramiento registral de auditor, contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de de 3 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 3 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 4 de enero de 2011 (1.ª)

En el expediente 42/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Sociedad Anónima Benguerel, S. A.»

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 27 de enero de 2010, solicitando, al amparo, artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas, y el artículo 350 y siguientes y como titulares de más del 5% del capital social de «Sociedad Anónima Benguerel, S. A.», no encontrarse la sociedad incluida en los supuestos legalmente establecidos de revisión obligatoria de las cuentas anuales e informe de gestión y no tener designado auditor de cuentas, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de don, en calidad de administrador, se opuso a dicha pretensión alegando falta de legitimación de la solicitante de la auditoría, al ostentar el 33,3% de las acciones a título de usufructuaria, no de nuda propietaria.

III

El Registrador Mercantil núm. XIII de, con fecha 15 de febrero de 2010, acordó desestimar la solicitud, dado que conforme a lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas, salvo disposición expresa en los Estatutos Sociales, el ejercicio de los derechos del socio corresponde al nudo propietario. Mantuvo que, en el caso que nos ocupa, vista la inscripción 11.ª en la hoja abierta a la sociedad, consta la escritura pública de modificación de los Estatutos para adaptarlos a la reforma operada en la Ley de Sociedades Anónimas, de la que se desprende que el ejercicio de los derechos que corresponden al socio los ejerce el nudo propietario de las acciones y no el usufructuario. Por tanto, la solicitante de la auditoría no está legitimada para el ejercicio del derecho reconocido por el artículo 205.2 al socio minoritario.

IV

Contra dicha resolución la solicitante de la auditoría interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: 1.º) Que es titular del usufructo de un número de acciones equivalentes a más de 33% del capital social de la compañía. 2.º) Que el artículo 67 de la ley de Sociedades Anónimas se limita a mantener que «en todo caso.....» el ejercicio de los derechos del socio corresponderá al nudo propietario y, por tanto, no es una norma taxativa o que no admita interpretación en contrario, remitiéndose a la legislación civil aplicable. 3.º) Que la legislación civil catalana dispone

en su artículo 561-7 del Libro Quinto del Código Civil de Catalunya dispone que los usufructuarios de un bien pueden hacer determinar pericialmente el estado y condición de los bienes usufructuados. Asimismo, el artículo 561-11 del mismo cuerpo legal prevé que el usufructuario de cuota puede hacer valer sus derechos sin necesidad de la intervención del nudo propietario. Por su parte, el artículo 490 del Código Civil dispone que el usufructuario de parte de una cosa poseída en común ejercerá todos los derechos que correspondan al propietario referentes a la administración y percepción de los frutos e intereses. 4.º) Que las resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado citadas por el Registrador Mercantil en el acuerdo recurrido no se refieren al supuesto concreto de nombramiento de auditor a instancias de la minoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 1996, 7 de octubre y 13 de diciembre de 2005 y 30 de mayo de 2007.

Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de que, siendo ajustada a derecho, no es desvirtuada por ninguna de las alegaciones aducidas por la recurrente. En efecto, estando desmembrada la nuda propiedad del usufructo de las acciones, tanto la Ley de Sociedades Anónimas como la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada permite a los socios determinar en los estatutos sociales quién debe ejercer los derechos económicos y sociales y, en el caso de que nada establezcan debe aplicarse la regla prevista en el artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas que atribuye al nudo propietario el ejercicio de los derechos del socio.

Por tanto, como indicó el Registrador Mercantil en su resolución, debe rechazarse por falta de legitimación la solicitud de doña, como usufructuaria de un número de acciones equivalentes al 33,33% del capital social, por no contener los Estatutos de la sociedad afectada ninguna disposición que establezca una regla distinta a la preestablecida en la ley, debiéndose indicar que las normas de derecho civil común –invocadas por la recurrente en su escrito de interposición del recurso– ceden en su aplicación ante las normas legales especiales vigentes, como es el caso de las sociedades mercantiles reguladas, principalmente, por la ley que corresponde a su forma social.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, solicitante de la auditoría y confirmar, en todos sus extremos, la Resolución del Registrador Mercantil núm. XIII de de 15 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 4 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil núm. XIII de

Resolución de 4 de enero de 2011 (2.ª)

En el expediente 43/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Centurión Playa, S. A.».

HECHOS

I

Don....., en nombre y representación de la entidad mercantil «Farmer Dos, S. L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 21 de enero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, como titular de más del 5% del capital social de «Centurión Playa, S. A.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2009.

Adjuntaba a su escrito, escritura otorgada por la Notaria de doña, bajo el número 1744 de su protocolo, de escisión total de la compañía «Grup Layetana, S. L.», de constitución de las sociedades «Farmer Dos S. L.», «Fondo Asor, S. L.» y «Grup Layetana, S. L.» y de ampliación de capital de la compañía «Teralvi, S. L.» De dicha escritura se desprende que la entidad solicitante adquirió la titularidad del 13% de capital social de la entidad mercantil «Centurión Playa, S. A.».

II

La sociedad, a través de su administrador don, se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que, aún no pudiendo negar al solicitante la condición de accionista, sí se puede mantener que no se ha encontrado desprotegido en ningún momento. 2.º) Que la única pretensión del solicitante es hacer uso del derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para obstaculizar la marcha de la sociedad y hacer presión para la consecución de objetivos individuales. 3.º) Que la sociedad Centurión Playa, S. L. forma parte del grupo consolidado de empresas

cuya matriz es «Grupo Inversor Hesperia, S. A.» y, por tanto, está sometida a la verificación contable de un auditor de cuentas designado por ésta última entidad mercantil. 4.º) Que en el hipotético caso de que se accediera a la solicitud, solicita que el auditor sea designado por el procedimiento previsto en el artículo 356 –Excepciones al sistema de nombramiento– dado que concurren circunstancias especiales. Adjuntaba al escrito de oposición documentación acreditativa de los extremos alegados.

III

El Registrador Mercantil núm. VI de resolvió, con fecha 9 de febrero de 2010, no admitir la oposición interpuesta. Tras señalar que la empresa promotora del expediente reunía las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas, mantuvo que la única causa de oposición de la sociedad afectada por la solicitud es la relativa a la intención del solicitante de obstaculizar la marcha de la sociedad. Sin embargo, dicha alegación no puede ser dilucidada en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido. La sociedad siempre tendrá expedita la vía judicial civil para obtener, en su caso, la reparación del perjuicio ocasionado. A mayor abundamiento, aún cuando la sociedad oponente forme parte de un grupo consolidado, cuya empresa matriz tiene auditor de cuentas consolidadas, ello no exime en modo alguno a las empresas integrantes del grupo de formular sus cuentas e informe de gestión consolidados, conforme al régimen previsto en el artículo 42 del Código de Comercio. Resulta claro que las cuentas del grupo dominante y las de las empresas filiales son cuentas diferentes, aprobadas por órganos distintos. Respecto a la pretensión de la sociedad afectada de que, en caso de estimarse procedente el nombramiento de auditor, se realice la designación por el procedimiento extraordinario previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, cabe señalar que, al no existir normas conforme a las que proceder, debe elevarse la cuestión a la Dirección General de los Registros y del Notariado. En cuanto al gasto que supondría para la sociedad la estimación de la solicitud del socio minoritario, el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone, con carácter taxativo, que los gastos de la auditoría corren siempre de cuentas de la sociedad. El Registrador Mercantil finalizó su acuerdo suspendiendo el nombramiento de auditor de cuentas solicitado por la minoría hasta que la Dirección General de los Registros y del Notariado resolviera sobre la designación del auditor de la empresa por el procedimiento excepcional.

IV

Contra dicha resolución don, en nombre y representación de la entidad mercantil «Farmer dos, S. L.», solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que puesto que no se discute la procedencia del nombramiento de auditor, la cuestión planteada es la de si procede omitir el procedimiento reglado del artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil y nombrar al auditor de cuentas de la empresa matriz, propuesto por la sociedad. 2.º) Que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha venido interpretando que la obligación de formular cuentas consolidadas no exime a las sociedades filiales de la obligación de formular sus propias cuentas, según lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio. De ahí que si no son válidas las cuentas consolidadas del grupo tampoco lo sea su auditor y, por tanto, la minoría social de dichas entidades mercantiles podrá ejercer el derecho a la verificación contable del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 42 del Código de Comercio, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2005 y, como más recientes, la de 9 de diciembre de 2008 y la de 21 de abril de 2009.

1.º Es doctrina de esta Dirección General –que nuevamente se reitera– que el contenido del artículo 42.3 del Código de Comercio resulta suficientemente expresivo respecto a la cuestión que plantea el presente expediente: las sociedades integrantes del grupo tienen que formular sus cuentas anuales con independencia de las de la sociedad dominante. Siendo esto así, es evidente que puede ser también auditada con independencia de las de la sociedad dominante cuando lo solicitan socios que, como en el caso que nos ocupa, reúnen las circunstancias de capital y tiempo exigidas como partícipes de la sociedad filial. El artículo 42.4 del citado Código se refiere, exclusivamente, a las cuentas anuales consolidadas de la sociedad dominante y no impone que el auditor que designe para verificarlas tenga que auditar las de sus sociedades filiales y ello, entre otras razones, porque impediría a quienes no fueran socios de ésta, pero sí de sus filiales, el poder solicitar la auditoría de éstas.

2.º Del anterior fundamento jurídico se deduce que no procede el nombramiento de auditor por dicho procedimiento excepcional pues, conforme a lo previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil que regula el nombramiento excepcional de auditor, atribuyendo a esta Dirección General la facultad de apreciar, con carácter discrecional, si la circunstancia alegada constituye o no una causa excepcional, se ha de concluir que, en el caso que nos ocupa, no concurre ninguna circunstancia especial que autorice a postergar el sistema reglado de nombramiento.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de la entidad mercantil «Farmer dos, S. L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil n. VI el 9 de febrero de 2010 y declarar procedente la designación de auditor por el procedimiento ordinario.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 4 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 4 de enero de 2011 (3.^a)

En el expediente 44/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Fábrica de Muebles Viella, S. A. L.».

HECHOS

I

Don y don presentaron un escrito en el Registro Mercantil de el 25 de enero de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titulares del 16,69% del capital social de «Fábrica de Muebles Viella, S. A. L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º Que examinando y comparando las firmas de uno de los solicitante, don, con otras indubitadas que constan en los archivos de la sociedad, se observa que la misma ha sido plagiada o copiada. Por tanto solo se puede tener por solicitante de la auditoría a don 2.º Que esa misma semana la sociedad presentará la solicitud de concurso de acreedores, dada la situación de insolvencia por la que atraviesa, debido a que no le renuevan los préstamos. Uno de los motivos por los que la sociedad se encuentra en esta situación es la imposibilidad de inscribir actos o escrituras, debido a que tiene cerrado el registro por la falta de presentación de las cuentas correspondientes a los ejercicios 2007 y 2008. 3.º Que don que durante muchos años fue miembro del Consejo de Administración es uno de los causantes de esta situación. 4.º Que la sociedad no puede afrontar los gastos de la auditoría.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 14 de febrero de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad por reunir los solicitantes las circunstancias de capital y tiempo que la Ley exige. Mantuvo que no podían prosperar las alegaciones formuladas por la sociedad porque, en primer lugar, no consta en el Registro que la sociedad se encuentre en concurso de acreedores; no puede admitirse la alegación de falta de liquidez de la empresa para enervar el derecho de los solicitantes, so pretexto de que no puede afrontar los gastos de auditoría; la supuesta falsedad de una de las firmas que consta en la instancia, es una cuestión que no puede examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido, siendo, además, intrascendente, dado que no se pone en duda la firma del otro solicitante. Lo mismo cabe señalar respecto de la alegación que señala a uno de los solicitantes como causante de la mala situación por la que atraviesa la sociedad. Dicha cuestión solo puede dilucidarse y resolverse por la jurisdicción ordinaria.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición y añadiendo que la sociedad ha presentado ante el Juzgado de lo Mercantil de el expediente de concurso de acreedores. Concretamente ha presentado un escrito anunciando que va a intentar llegar a un acuerdo con sus acreedores para firmar un convenio anticipado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero y 19 de diciembre de 2006 y 21 de mayo de 2007.

1.º No pueden prosperar ante los fundamentos de la resolución recurrida, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En cuanto a las cuestiones formales y, en particular, la referida a la falta de autenticidad de la firma, este Centro Directivo ha señalado en numerosas resoluciones que el Reglamento del Registro Mercantil al regular este procedimiento, no ha querido ser riguroso en cuanto a las exigencias formales y, por tanto, no ha previsto que las partes hayan de acreditar fehacientemente su identidad mediante la legitimación de firmas ante Notario o mediante comparecencia ante el Registrador Mercantil, siendo suficiente que en el escrito de solicitud conste claramente el nombre y apellidos y que haya sido firmado por el/los solicitantes. Si la sociedad entiende que la firma que consta en la instancia no se corresponde con la de don habrá de resolver esta cuestión ante el órgano competente de la jurisdicción civil.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación deducida en el escrito de interposición del recurso sobre la inminente declaración de concurso de acreedores y no solo porque –como indicó el recurrente– la propuesta de convenio anticipado con los acreedores no es, en sí misma, una declaración judicial de concurso, sino porque tal como dispone el artículo 46 de la Ley Concursal la declaración de concurso no exime al deudor concursado de su obligación de formular cuentas anuales y de auditarlas cuando venga obligado a ello, siendo así que en el caso presente, aun cuando la empresa puede presentar en el Registro Mercantil cuentas anuales abreviadas y, por tanto, no está en principio obligada a presentar con ellas el informe de auditoría, dicha obligación

ha surgido con posterioridad, por haberlo solicitado un número de socios que representan más del 5% del capital de la sociedad.

3.º La valoración que merezca la actuación como administrador social de uno de los solicitantes de la auditoría, no puede enervar un derecho que ejercita como socio de la compañía y que la ley le reconoce por esta misma condición, sin perjuicio de las responsabilidades a las que tenga que hacer frente por su gestión cuando desempeñó el cargo de administrador social.

4.º Por último, como indicó la Registradora Mercantil de, la situación de falta de liquidez por la que atraviesa la sociedad, tampoco es causa que puede enervar el derecho de los socios a la verificación contable, pues por expresa disposición del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, los gastos de auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, apoderado de «Fábrica de Muebles Vie-lla, S. A. L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil el 14 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 4 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 4 de enero de 2011 (4.ª)

En el expediente 45/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Bener, S. L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 27 de enero de 2010, solicitando, al amparo, artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas, y el artículo 350 y siguientes y como titular de

más del 5% del capital social de «Bener, S. L.», no encontrarse la sociedad incluida en los supuestos legalmente establecidos de revisión obligatoria de las cuentas anuales e informe de gestión y no tener designado auditor de cuentas, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de don, en calidad de administrador, se opuso a dicha pretensión alegando falta de legitimación de la solicitante de la auditoría, al ostentar el 33,3% de las acciones a título de usufructuaria, no de nuda propietaria.

III

El Registrador Mercantil núm. I de, con fecha 12 de febrero de 2010, acordó desestimar la solicitud, dado que conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, salvo disposición expresa en los Estatutos Sociales, el ejercicio de los derechos de auditoría corresponde al nudo propietario. Es decir, se trata de un derecho independiente y autónomo que debe incluirse en la regla general de los demás derechos en el sentido de que su ejercicio corresponden al nudo propietario, pudiendo atribuirse solo como excepción al usufructuario. Mantuvo que, en el caso que nos ocupa, vista la inscripción 13.^a en a hoja abierta a la sociedad, consta la escritura pública de modificación de los Estatutos para adaptarlos a la reforma operada en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de la que se desprende que el ejercicio de los derechos que corresponden al socio los ejerce el nudo propietario de las acciones y no el usufructuario. Por tanto, la solicitante de la auditoría no está legitimada para el ejercicio del derecho reconocido por el artículo 205.2 al socio minoritario.

IV

Contra dicha resolución la solicitante de la auditoría interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: 1.º) Que es titular del usufructo de un número de acciones equivalentes a más de 33% del capital social de la compañía. 2.º) Que el artículo 36 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se limita a mantener que «en todo caso.....» el ejercicio de los derechos del socio corresponderá al nudo propietario y, por tanto, no es una norma taxativa o que no admita interpretación en contrario, remitiéndose a la legislación civil aplicable. 3.º) Que la legislación civil catalana dispone en su artículo 561-7 del Libro Quinto del Código Civil de Catalunya que los usufructuarios de un bien pueden hacer determinar pericialmente el estado y condición de los bienes usufructuados. Asimismo, el artículo 561-11 del mismo cuerpo legal prevé que el usufructuario de cuota puede hacer valer sus derechos sin necesidad de la intervención del nudo propietario. Por su parte, el artículo 490 del Código Civil dispone que el usufructuario de parte de una cosa poseída en común ejercerá todos los derechos que correspondan al propietario referentes a la administración y percepción de los frutos e intereses. 4.º) Que las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado citadas por el Registrador Mercantil en el acuerdo recurrido no se refieren al supuesto concreto de nombramiento de auditor a instancias de la minoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 1996, 7 de octubre y 13 de diciembre de 2005 y 30 de mayo de 2007.

Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de que, siendo ajustada a derecho, no es desvirtuada por ninguna de las alegaciones aducidas por la recurrente. En efecto, estando desmembrada la nuda propiedad del usufructo de las participaciones sociales, tanto la Ley de Sociedades Anónimas como la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada permite a los socios determinar en los estatutos sociales quién debe ejercer los derechos económicos y sociales y, en el caso de que nada establezcan, debe aplicarse la regla prevista en el artículo 36 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 67 de la Ley de Sociedades Anónimas que atribuye al nudo propietario el ejercicio de los derechos del socio.

Por tanto, como indicó el Registrador Mercantil en su resolución, debe rechazarse por falta de legitimación la solicitud de doña, como usufructuaria de un número de acciones equivalentes al 33,33% del capital social, por no contener los Estatutos de la sociedad afectada ninguna disposición que establezca una regla distinta a la preestablecida en la ley, debiéndose indicar que las normas de derecho civil común –invocadas por la recurrente en su escrito de interposición del recurso– ceden en su aplicación ante las normas legales especiales vigentes, como es el caso de las sociedades mercantiles reguladas, principalmente, por la ley que corresponde a su forma social.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, solicitante de la auditoría y confirmar, en todos sus extremos, la Resolución del Registrador Mercantil núm. I de de 12 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 4 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil núm. I de

Resolución de 5 de enero de 2011 (1.ª)

En el expediente 46/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Dentist Vendrell, S. L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 28 de enero de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, como titular de más del 5% del capital social de «Dentist Vendrell, S. L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2009.

II

La sociedad, a través de su administradora solidaria, doña, se opuso a dicha pretensión sin formular ninguna alegación.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 18 de febrero de 2010, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, en base a que la sociedad no esgrimió en su escrito de oposición ninguna causa que pudiera enervar el derecho de la solicitante al nombramiento de auditor de cuentas.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitante fue cesada como administradora solidaria de la compañía el 21 de enero de 2009. La actual administración social no ve justificado ni posible invertir un importe tan elevado como el que se facturó el año anterior con los auditores designados Rius i Bainat, ya que como consecuencia de la crisis se han de recortar todos los gastos sociales. 2.º) Que la solicitante no se presentó a la Junta General celebrada con el fin de aprobar las cuentas anuales y el informe de gestión de las administradoras.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Regla-

mento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo, 8 de junio y 24 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 6 de junio, 4 de octubre y 23 y 26 de noviembre de 2005, 19 de junio de 2007.

No pueden prosperar en el presente expediente ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de recurso. En efecto: 1.º El hecho de que la solicitante de la auditoría haya sido cesada como administradora solidaria de la sociedad no es ningún obstáculo para que pueda ejercitar un derecho que la ley le reconoce por su condición de socia. Además, de esta misma alegación se deduce que durante el ejercicio social parta el que solicita la auditoría no ha gestionado en exclusiva los asuntos sociales, que es la única causa que podría suponer un obstáculo a su solicitud, pues en ese caso habría podido contratar por sí misma los servicios de un auditor de cuentas. 2.º Los costes de la auditoría, por disposición expresa de la Ley y sin que quepa margen interpretativo alguno, corren siempre a cargo de la sociedad, sin perjuicio de que a los administradores les parezca un gasto inconveniente o innecesario. 3.º Tampoco el hecho de que la solicitante no hubiera asistido a la última Junta General en la que se aprobaron las cuentas anuales puede impedir que ejercite su derecho a la verificación de la contabilidad por un experto independiente, pues este último derecho solo está condicionado a que la solicitante reúna las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas, las cuales han quedado ampliamente acreditadas a favor de la peticionaria en el presente expediente.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, administradora solidaria de «Dentist Vendrell, S. L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de..... el 18 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 5 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 5 de enero de 2011 (2.^a)

En el expediente 49/2009 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «De Bodega Distribuciones 2007, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 11 de febrero de 2009, solicitando, al amparo, artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Debodega Distribuciones 2007, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2008.

II

La sociedad, a través, don, actuando en su condición de administrador y socio único, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante no reúne la condición de socio, ya que vendió sus participaciones sociales, el pasado 31 de diciembre de 2008, al otro socio de la compañía en documento privado. Si bien dicho contrato se perfeccionó y produjo todos sus efectos desde que ambos consintieron en obligarse, en el contrato las partes dispusieron su elevación a escritura pública. Dicha escritura pública que le liberaba de toda responsabilidad no llegó a otorgarse por su incomparecencia, a pesar de haber sido requerido para su otorgamiento mediante burofax con acuse de recibo y certificación de texto. 2.º) Que el solicitante, incumpliendo sus obligaciones como administrador y cobrando cantidades que solo correspondía cobrar a la sociedad, generó un perjuicio a la compañía y una total falta de liquidez, lo que impide afrontar los gastos que la auditoría comportan.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 27 de febrero de 2009, acordó desestimar la solicitud formulada, por entender que existían dos circunstancias que impedían el nombramiento registral de auditor. La primera de ellas es la relativa a la pérdida de legitimación del solicitante, al haber transmitido la totalidad de sus participaciones sociales el 31 de diciembre de 2008. La segunda la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador solidario, según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dado que pudo él mismo contratar los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración.

IV

Contra dicha resolución don, solicitante de la auditoría, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, resumidamente: 1.º) Que la decisión de la Registradora Mercantil es improcedente, dado que ella misma reconoce

en el hecho 4.º de la resolución recurrida que en la hoja abierta a la sociedad consta que está regida por dos administradores solidarios, no figurando inscrita ninguna declaración de unipersonalidad. Tampoco consta inscrita la compraventa de participaciones sociales, dado que no se llegó a otorgar escritura pública, puesto que se requirió al Sr., mediante burofax para que aclarara ciertas cuestiones relativas a la contabilidad social como requisito previo para formalizar los acuerdos alcanzados, requerimiento que, debido a su incomparecencia, tuvo que ser reiterado el 10 de febrero de 2009. Por todo lo expuesto no procede que la Registradora Mercantil declare la falta de legitimación del solicitante y la pérdida de su condición de socio. 2.º) Que en cuanto a la incompatibilidad del cargo de administrador solidario de la compañía con el ejercicio del derecho al nombramiento registral de auditor, la Registradora cita una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que no ha logrado encontrar, pero, de cualquier modo, la labor obstruccionista del otro socio, Sr. G. N., le impidió contratar un auditor de cuentas.

V

Con fecha 14 de marzo de 2010 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un escrito firmado por don, letrado de la entidad mercantil «De Bodega Distribuciones 2007, S. L.» al que adjuntaba la sentencia recaída en Procedimiento ordinario 278/2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Tarazona el 18 de enero de 2010, cuyo objeto fue la acción de nulidad del contrato de compraventa de 31 de diciembre de 2008, ejercitada por don, solicitante del nombramiento registral de auditor. En dicha sentencia se reconoció expresamente la validez del contrato de 31 de diciembre de 2008 y se condena al demandante a elevarlo a escritura pública. Finalizaba su escrito solicitando se mantuviera la decisión adoptada por el Registrador Mercantil de

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 16 de noviembre de 1996 y 7 de octubre y 13 de diciembre de 2005, 30 de mayo de 2007 –recaída en un expediente de depósito de cuentas– y la de 12 de diciembre de 2008.

1.º La primera cuestión que plantea el presente recurso se centra en determinar si pierde la condición de socio a efectos de estar legitimado para solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento registral de un auditor de cuentas, quien vendió sus participaciones sociales en documento privado y la venta no fue elevada a escritura pública ni se ha hecho constar en el Libro Registro de socios. Sobre la cuestión de la legitimación del socio, este Centro Directivo ha mantenido que basta para entenderla acreditada que éste aporte un principio de prueba por escrito de la propiedad que ostenta sobre un número de acciones o participaciones sociales equivalentes al menos al

5% del capital social de la compañía, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil no ha pretendido ser especialmente riguroso con el socio a la hora de exigirle la acreditación de este extremo.

Por el contrario, es la sociedad la que, en caso de negarla o cuestionarla debe aportar un medio de prueba plena de la que se infiera que el socio perdió tal condición o no la tuvo en ningún momento.

En el caso presente, la Registradora Mercantil ha acreditado que, tal como resulta del contenido del Registro Mercantil, solicitante ostentaba la legitimación que alegó en su instancia, sin que las alegaciones aducidas por la sociedad puedan desvirtuarla por las siguientes razones: En primer lugar porque los asientos del Registro Mercantil están bajo la salvaguarda de los Tribunales y, por tanto, producen todos sus efectos mientras no se ordene su rectificación por resolución judicial, lo que no ha ocurrido en el caso presente. En segundo lugar, porque, si bien es cierto que la sociedad recurrente aportó en trámite de alzada ante esta Dirección General una sentencia dictada por Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de el 18 de enero de 2010 en la que se condenó al demandado y promotor del presente expediente a elevar a escritura pública el contrato de compra venta otorgado en documento privado, esta decisión judicial dista mucho de declarar la nulidad del contrato y se produjo muy posteriormente a que el solicitante de la auditoría presentara su instancia en el Registro Mercantil de, el 11 de febrero de 2009. En efecto, existe un momento determinado para apreciar si el solicitante de la auditoría de cuentas reúne las condiciones exigidas por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, este momento es el de presentación de su solicitud en el Registro Mercantil.

Por último, porque el artículo 26 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada exige, taxativamente, que la transmisión de participaciones sociales conste en escritura pública, en consecuencia, mientras ésta no se otorgue, ha de entenderse que el solicitante mantiene la legitimación que alegó.

2.º Ahora bien, respecto a la segunda cuestión planteada, esto es, si está legitimado para solicitar al Registrador Mercantil nombramiento de auditor quien, además de ser socio, es administrador solidario, este Centro Directivo ha mantenido la doctrina que nuevamente se reitera de que el derecho al nombramiento registral de auditor, reconocido por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es un derecho reconocido al socio, sin perjuicio de que sea o no administrador de la compañía. Pero, del mismo modo, ha mantenido que esta incompatibilidad solo se daría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o hubiera ejercido la administración con carácter solidario junto con otros administradores, pues en este caso él mismo habría podido contratar los servicios de un auditor de cuentas, lo que no habría podido hacer si hubiera sido administrador mancomunado, ya que habría tenido que actuar con el consentimiento de los demás (*cf*: art. 1.692 del Código Civil).

Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que ha quedado acreditado por las alegaciones de la sociedad, y averdado por la Registradora Mercantil

de, que el solicitante, durante el ejercicio social cuya auditoría solicitó, ejerció la administración solidaria de la empresa, junto con otro administrador social.

Las cuestiones o desavenencias que hubieran podido surgir entre los administradores y la supuesta labor obstruccionista que alega el recurrente respecto del otro administrador, habrán de ser planteadas y resueltas en la correspondiente instancia judicial civil, para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados (*cf.* art. 1.902 del Código Civil).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, solicitante de la auditoría y confirmar, en los términos que resultan de esta Resolución, la decisión de la Registradora Mercantil de de 27 de febrero de 2009.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, de 5 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 20 de enero de 2011 (1.ª)

En el expediente 1/2010 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor real de las acciones a instancia de unas socias de «Suite Invest, S. L.».

HECHOS

I

Doña y doña y doña, presentaron un escrito en el Registro Mercantil de el 16 de septiembre de 2009, solicitando, al amparo, del artículo 95.c) y 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor razonable de sus participaciones sociales, que tienen en la entidad mercantil «Suite Invest, S. L.» con el fin de ejercitar el derecho de separación de la sociedad. Alegaban que la Junta General de la compañía adoptó, con su voto en contra, el acuerdo de modificar el régimen de transmisión de participaciones sociales.

II

La sociedad, a través de su Consejero delegado, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia, que las solicitantes carecen de legitimación para solicitar el nombramiento registral de auditor, dado que la modificación realizada en los estatutos en cuanto al régimen de transmisión de las participaciones sociales es intrascendente, además de que no les perjudica

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 30 de septiembre de 2009, acordó no admitir la oposición interpuesta y estimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que, conforme a lo dispuesto en el artículo que existe un acuerdo de la Junta general de socios de modificar el régimen de transmisión de participaciones sociales, la cual alcanza a los artículos 9, 10 y 11, sin que el Registrador Mercantil pueda dilucidar si éstas son o no trascendentes. Por tanto, constando en el expediente que concurre la causa legal de separación, prevista en el artículo 95.c) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que las solicitante del nombramiento registral de auditor votaron en contra del citado acuerdo social y que han comunicado por acta notarial que ejercitan su derecho dentro de plazo, se estima procedente acceder a lo solicitado, dado que no ha habido acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones sociales.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación social se interpuso en tiempo y forma, recurso de alzada ante esta Dirección general reiterando las alegaciones aducidas en el escrito de oposición e insistiendo, que la modificación en el régimen de transmisión de participaciones sociales no altera el precio inicialmente sino que solo añade la posibilidad de transmisión de éstas a favor del cónyuge, descendientes y ascendientes de los socios, por lo tanto la variación es mínimas, sin que fundamente el derecho de separación social que pretenden ejercer las solicitantes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 351 y siguientes y 363 del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de febrero de 1993, 20 de enero de 1998 y, como más reciente, la de 2 de marzo de 2002 y 17 de octubre de 2006.

1.º La primera cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar si se trata de un supuesto establecido en la Ley para su procedencia. Esta Dirección General ha resuelto en reiteradas ocasiones que el nombramiento de auditor para determinar el valor razonable de las acciones o participaciones sociales a que se refiere el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil está indisolublemente unido a «los casos establecidos en

la Ley» para el ejercicio de este derecho. En otras palabras, que no es un derecho que pueda ejercitarse sin más por cualquier socio con el fin de conocer el valor de sus acciones o participaciones y, por tanto, que necesariamente tiene que concurrir la circunstancia de tratarse de un supuesto de los tasados por la Ley.

En el caso presente, resulta obvia la procedencia del nombramiento solicitado, visto el contenido de los artículos 95.c) y 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que prevén, respectivamente, para el supuesto de modificación estatutaria del régimen de transmisión de participaciones sociales inicialmente acordado, la posibilidad de que los socios que hubieran votado en contra del mismo puedan separarse de la sociedad, para lo cual se establece un procedimiento destinado a determinar el valor razonable de sus participaciones sociales mediante un auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil.

Por tanto, no puede prosperar la pretensión del recurrente y no solo porque la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, cuando regula las causas legales que facultan al socio para ejercer el derecho de separación, no hace distinción sobre el alcance de dichas modificaciones estatutarias, sino además y, fundamentalmente, porque en este procedimiento el Registrador Mercantil se limita a comprobar si concurre o no causa legal que autorice el nombramiento de auditor solicitado. Las cuestiones relativas al contenido y alcance de las modificaciones estatutarias realizadas deben dilucidarse por el órgano judicial competente de la jurisdicción civil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, Consejero Delegado de «Suite Invest, S. L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de de 30 de septiembre de 2009.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 20 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 20 de enero de 2011 (2.^a)

En el expediente 231/2009 sobre nombramiento de auditor a instancia de una accionista de «JCB Servicios, S. A.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 28 de marzo de 2009, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «JCB Servicios, S. A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2008.

II

La sociedad, a través de su administradora, doña, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la Junta General Extraordinaria de la sociedad, celebrada el 22 de diciembre de 2008, procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas a la empresa auditora «FJP Auditores, S. L. P.» contratando sus servicios por el plazo de tres años. El contrato se presentó en el Registro Mercantil el 5 de febrero de 2009 y está pendiente de su definitiva inscripción una vez subsanados los defectos señalados. Adjuntaba a su escrito, entre otros documentos, certificación del Acta de la Junta General extraordinaria, expedida por ella misma en su calidad de administradora el 22 de diciembre de 2008; escrito de aceptación del cargo de auditor de cuentas, firmado por don, el 23 de diciembre de 2008; contrato de auditoría suscrito por don, en nombre y representación de la firma auditora y por doña, administradora de «JCB Servicios, S. A.».

III

El Registrador Mercantil núm. XVI de, con fecha 2 de junio de 2009, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que el nombramiento voluntario de auditor realizado por la sociedad reunía las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para enervar la petición de la solicitante, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, la Junta general de la sociedad reunida el 22 de diciembre de 2008, en primera convocatoria –ratificada por la Junta General celebrada el 13 de mayo de 2009– adoptó el acuerdo de nombrar auditor de cuentas para los ejercicios 2008, 2009 y 2010, designación que recayó en la empresa «FJP Auditores, S. L. P.» que, a través de su representante, aceptó el encargo de auditoría, el 23 de diciembre de ese mismo año, con firma legitimada el 5 de febrero de 2009, es decir, con anterioridad a que la socia minoritaria presentara su instancia solicitando el nombramiento. El segundo requisito tam-

bién aparece cumplido dado que el nombramiento de auditor fue inscrito el 27 de mayo de 2009 y, por tanto, la sociedad cuando presente las cuentas de 2008 para su depósito en el Registro Mercantil habrá de acompañarlas del informe del auditor de cuentas.

IV

Contra dicha resolución la solicitante de la auditoría, doña, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis: 1.º) Que si el 28 de marzo solicitó el nombramiento de auditor de cuentas fue porque no sabía que la Junta general extraordinaria acordó nombrar auditor voluntario de las cuentas del 2008. 2.º) Que en la propia resolución recurrida se destaca que la asistencia a las Juntas de 22 de diciembre de 2009 (*sic*) y 13 de mayo de 2009 fue del 94,27 del capital social. 3.º) Que no entiende como la resolución recurrida señala que la Junta fue debidamente convocada pues no indica que datos se funda para hacer esta afirmación.

V

Finalmente, el 24 de febrero de 2010 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil núm. XVI de al que adjuntaba un escrito complementario al recurso de alzada interpuesto por doña contra su resolución de 2 de junio de 2009. En dicho escrito complementario la recurrente puso en conocimiento de este Centro Directivo la interposición de una demanda de nulidad de las Juntas generales de la sociedad de 22 de diciembre de 2008 y 13 de mayo de 2009 por falta de convocatoria. La demanda fue admitida a trámite y contestada en plazo por la entidad mercantil demandada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º Plantea el presente expediente la cuestión de cuando y en que condiciones, el nombramiento voluntario de auditor efectuado por la sociedad puede enervar el derecho del socio minoritario, que ha acreditado las condiciones de capital y tiempo. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido con reiteración que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios, mediante el reconocimiento del derecho a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, para que emita un informe de auditoría que les permita conocer

si la contabilidad social refleja la imagen fiel del patrimonio de la sociedad, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Sin embargo, en el supuesto analizado, la sociedad ha acreditado las dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, tal como resulta de la documentación que consta en el expediente, la Junta general celebrada el 22 de diciembre de 2008, acordó el nombramiento de auditor de cuentas y dicho nombramiento fue aceptado por la empresa auditora designada «FJP Auditores, S. L. P.» a través de su representante don, el 23 de diciembre de 2008, constando su firma legitimada el 5 de febrero de 2009, es decir, con anterioridad a que la socia minoritaria presentara su instancia en el Registro el 28 de marzo de ese mismo año, solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas. Dicha documentación así como el contrato de auditoría fueron presentados para su inscripción en el Registro Mercantil el 5 de febrero de 2009, causando el asiento 2375 del Diario. Finalmente, el nombramiento y la aceptación del auditor fueron inscritos el 27 de mayo de 2009. Por tanto, se ha de concluir con el Registrador Mercantil que el nombramiento voluntario sí ha garantizado el derecho de la solicitante al informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2008, puesto que, cuando la sociedad tenga que depositar en el Registro Mercantil sus cuentas anuales, deberá aportar el referido informe del auditor.

2.º Alega la solicitante de la auditoría y recurrente, en defensa de su pretensión, la interposición de demanda de nulidad de la Junta general de 22 de diciembre de 2008, por defectos en su convocatoria y la consiguiente impugnación de la Junta general celebrada el 13 de mayo de 2009 para ratificar los acuerdos adoptados en la misma. Pues bien, estas circunstancias de índole judicial no pueden considerarse en este procedimiento, dado que los acuerdos adoptados por dicha Asamblea general figuran inscritos en el Registro Mercantil, siendo así que solo puede procederse a su rectificación por resolución judicial que así lo ordene (*cf.* art. 7 del Reglamento del Registro Mercantil).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, solicitante de la auditoría de cuentas, contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. XVI de el 2 de junio de 2009.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 20 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil núm. XVI de

Resolución de 21 de enero de 2011 (1.ª)

En el expediente 23/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Superpapel, S. A.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 4 de enero de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, como titular de más del 5% del capital social de «Superpapel, S. A.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2009. Adjuntaba a su escrito certificado expedido por el Notario de, acreditativo de que en el Libro Registro General de operaciones, con fecha de 17 de febrero de 1994, consta registrada la operación formalizada en póliza, intervenida por él, de compra de 174 acciones al portador de la entidad mercantil de referencia por la solicitante de la auditoría.

II

La sociedad, representada por don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la persona que solicita la auditoría ha sido trabajadora de la empresa, lo que condiciona la verdadera finalidad e intención de la peticionaria. 2.º) Que la solicitante carece de *affectio societatis* pues no comparte la voluntad social con el resto de los socios y además su solicitud supone un manifiesto abuso de derecho. 3.º) Que no concurre causa legítima de la solicitud, puesto que el derecho de información del socio no ha sido vulne-

rado en ningún momento. 4.º) Que, además de lo anterior, el gasto que la auditoría comporta es un gasto innecesario que la sociedad no tiene por qué afrontar.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 22 de enero de 2010, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, en base a que la sociedad presentó prueba alguna de la que se dedujera la falta de legitimación de la solicitante, siendo irrelevante que haya sido trabajadora de la sociedad. La invocación a la mala fe y abuso de derecho no pueden privar a la solicitante de ejercitar su derecho. En cuanto a los gastos de la auditoría, éstos por disposición expresa del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas corren siempre a cargo de la sociedad.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando literalmente las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición y adjuntando a su escrito copia de dos comunicaciones de despido y extinción de la relación laboral que mantuvieron la sociedad y la solicitante de la auditoría.

V

El 29 de diciembre de 2010 tuvo entrada en el Registro General de este departamento ministerial un oficio de la Registradora Mercantil de al que adjuntaba un escrito de don, en representación de «Superpapel, S. L.» desistiendo del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Registrador Mercantil de de 22 de enero de 2010 que declaró procedente el nombramiento de auditor de cuentas instado por la minoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89 y 90 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo, 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento al recurso de alzada presentado por don, en representación de la entidad mercantil «Superpapel, S. A.» y declarar concluso el procedimiento sobre nombramiento registral de auditor iniciado por doña para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2009 de la citada entidad y, en consecuencia, procedente el nombramiento.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 21 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sra. Registradora Mercantil de

Resolución de 21 de enero de 2011 (2.ª)

En el expediente 47/2010, sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cierres Metálicos Soto Salcedo, S. L.».

HECHOS

I

Don 47/2010 presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 2 de febrero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Cierres Metálicos Soto Salcedo, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la administración de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas a la empresa auditora «Iñurrieta-Auditores, S. L.» siendo su administradora solidaria, doña la que aceptó el encargo de auditoría, siendo su firma fue legitimada por el Notario de Vitoria Gasteiz, don

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 22 de febrero de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha audi-

toría, a saber: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. Ninguna de las circunstancias descritas concurren en el presente expediente, puesto que las pruebas documentales aportadas por la sociedad que son el certificado de nombramiento de Auditor para el ejercicio 2009, expedido el 10 de febrero de 2010 y la aceptación expedida por doña , con firma legitimada el 15 de febrero de 2010 son posteriores a la solicitud (*cf.* art. 1.227 del Código Civil).

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que el socio minoritario no solicitó previamente a la administración de la sociedad la designación de un auditor de cuentas. 2.º) Que en el Acta de la Junta general de 8 de junio de 2009, don, Notario del Ilustre Colegio Notarial del, acredita la aprobación por la Junta del acuerdo de nombramiento de auditor. 3.º) Que el administrador único de la compañía ya había procedido a nombrar como auditor de cuentas a la firma auditora «Iñurrieta Auditores», que, a través de su administradora solidaria, aceptó el encargo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión del Registrador Mercantil, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas proporcionar a los socios que reúnan las condiciones exigidas en el artículo 205.2 de la ley de Sociedades Anónimas un informe de las cuentas anuales verificadas por un auditor de cuentas, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil

de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor, se estaría impidiendo, en contra de la voluntad del legislador, la aplicación de una norma declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, tal como indicó el Registrador Mercantil, los documentos aportados solo pueden hacer prueba frente a terceros, desde el momento que fueron presentados en un registro público o desde que fueron entregados a un funcionario competente por razón de su oficio, siendo así que tanto el certificado, expedido por el administrador único de la empresa afectada por esta solicitud el 10 de febrero de 2010, como la aceptación por parte de la empresa auditora que fue entregada al Notario para la legitimación de la firma es de 15 de febrero de 2010, es decir, con posterioridad a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil el 2 de febrero de 2010.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de «Cierres Metálicos Soto Salcedo S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 22 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 21 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 24 de enero de 2011 (1.ª)

En el expediente 50/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Ibérica de Oficios y Formación Profesional, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil el 23 de febrero de 2010, solicitando, al amparo, del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 50% del capital social de «Ibérica de Oficios y Formación Profesional S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009. Adjuntaba a su escrito copia de la escritura de constitución de la entidad mercantil citada, Acta de declaración de heredero abintestato, así como auto, dictado el 30 de noviembre de 2009, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando falta de legitimación del solicitante, puesto que, en nuestro ordenamiento jurídico, la herencia no se adquiere por la mera delación, sino por ésta más la aceptación de la persona llamada a heredar al causante. Por ello, sin que conste la aceptación del heredero no puede entenderse producida la adquisición de los bienes.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 9 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud formulada, en base a que el solicitante había aportado a su instancia el Acta Notarial de declaración de heredero, lo cual en este estado del procedimiento es suficiente para acreditar su legitimación, tal como señala la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de enero de 1997.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición y añadiendo que la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado exigió la aceptación del favorecido por la disposición testamentaria para entender transmitidos los bienes. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de febrero de 1997.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 25 de marzo de 1994, 3 de abril y 18 de mayo de 1995 y, como más recientes, las de 10 de febrero de 2003 y 19 de febrero, 24 de mayo y 12 de junio de 2005 y 30 de mayo de 2007.

Procede confirmar por ajustada a derecho el fundamento de la resolución adoptada por la Registradora Mercantil de En efecto, el solicitante ha aportado un principio de prueba por escrito de su legitimación mediante los documentos adjuntos a su solicitud, de los que resulta que ha adquirido la titularidad de más del 5% del capital social. La sociedad, por su parte, no ha aportado prueba alguna que desvirtúe dicho principio de prueba, puesto que, en contra de lo que entiende, la herencia se entiende tácitamente aceptada por la realización de actos de los que se desprenda la inequívoca voluntad del heredero de aceptarla o que no habría derecho a realizar si no se ostenta esta cualidad (art. 999 del Código Civil) siendo así que, en el caso presente, la propia solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas puede ser una manifestación de esa voluntad de aceptar la herencia.

A mayor abundamiento, la condición de socio que ostentó y ostenta el solicitante fue reconocida judicialmente en el Auto dictado el 30 de noviembre de 2009, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de que ordenó a la administración de la sociedad a convocar Junta General por haberlo solicitado don, titular de un número de participaciones equivalentes al 50% de capital social, por lo que ha quedado acreditada con creces la legitimación del solicitante para solicitar y obtener el nombramiento de auditor de cuentas.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, representante de «Ibérica de Oficios y Formación Profesional S. L.», y confirmar la Resolución de la Registradora Mercantil de de 9 de marzo de 2010

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 24 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sra. Registradora Mercantil de

Resolución de 24 de enero de 2011 (2.^a)

En el expediente 53/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Eox Construcciones y Servicios, S. L.».

HECHOS

I

Don, en nombre y representación de don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 29 de enero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más 5% del capital social de «Eox Construcciones y Servicios, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la administración de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditores de cuentas a don y a don, por lo que el interés del solicitante se verá ampliamente satisfecho cuando la auditoría esté finalizada.

III

El Registrador Mercantil de, el 17 de febrero de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo, en esencia, que en el nombramiento voluntario de auditor acordado por la sociedad en la Junta General, convocada el 23 de diciembre de 2008 para su celebración el 13 de febrero de 2009 no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, el nombramiento voluntario de auditor de cuentas por la Junta general debe especificar a qué ejercicio se refiere, siendo así que en el caso presente, ambas partes reconocen que fue contratado para verificar las cuentas del ejercicio 2007, pero no hay constancia del encargo de la auditoría de cuentas del ejercicio 2009 solicitado por el peticionario. Además de lo anterior, el documento presentado por la sociedad para su inscripción fue calificado con defectos, alguno de ellos insubsanables, sin que, con posterioridad a la nota de calificación se haya presentado ningún otro documento de dicha Junta. Por lo que se refiere al contrato de auditoría que se aportó al expediente del año 2009, éste solo se refiere a cuatro ejercicios entre los cuales no está comprendido el ejercicio cuya auditoría se solicitó mediante la instancia que inició este expediente, de tal manera que no cumple las condiciones requeridas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para enervar el derecho del solicitante, puesto que ni se ha inscrito el nombramiento de auditor de cuentas por haber

sido calificado como defectuoso, ni se ha aportado al expediente el informe de auditoría ni tampoco se ha puesto a disposición del socio minoritario.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que el 13 de febrero de 2009 se celebró la Junta General de la sociedad en la que se acordó nombrar auditor de cuentas a don y como sustituto a don Dicho auditor fue también contratado para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2007, las cuales están a disposición de todos los socios. Por esta razón también se acordó su contratación en la Junta General de 13 de febrero de 2009 para los siguientes cinco años. 2.º) Que hay que dejar constancia que no existe normativa alguna que imponga la forma de proceder para el nombramiento voluntario de auditor. 3.º) Finalizaba su escrito manteniendo que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas se acreditó en el expediente del año 2009 mediante Acta Notarial de la Junta de 21 de enero de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

Se plantea nuevamente en este expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones el nombramiento voluntario de auditor puede enervar el derecho del socio que ha acreditado reunir las circunstancias de capital y tiempo. Al respecto, esta Dirección General ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios facilitándoles el conocimiento de la situación patrimonial y financiera de la empresa mediante un informe de auditoría de las cuentas del ejercicio económico vencido, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento –sea registral, societario o judicial– pues el auditor ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Ambas condiciones deben concurrir, porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones que, como ya se ha indicado, son necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, tal como resulta de las mismas alegaciones aducidas por la sociedad, la designación de auditor por la Junta General de 13 de febrero de 2009 no comporta que, efectivamente, se hubiera efectuado la contratación para los ejercicios posteriores al 2007. Así, el Registrador Mercantil de confirmó en la resolución recurrida que la presentación de documentos para su inscripción en el Registro, no llegó a practicarse por adolecer de defectos y, habiendo sido retirada, la sociedad no volvió a presentarla para su inscripción.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de «Eox Construcciones y Servicios, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 17 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 24 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 26 de enero de 2011 (1.ª)

En el expediente 237/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Axun Xestión, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó el 29 de junio de 2009 en el Registro Mercantil de un escrito solicitando, al amparo de los artículos 84 y 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad

Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 16,6% del capital social de «Axun Xestión, S. L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2008.

II

La sociedad, representada por sus administradores, don y don, se opuso a dicha pretensión alegando que, conforme a lo dispuesto en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, los socios minoritarios de sociedades no obligadas a la verificación contable solo pueden instar el nombramiento de auditor de cuentas dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio a auditar.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 22 de julio de 2009, acordó desestimar la petición del socio minoritario, por no reunir su instancia las condiciones legales exigidas, por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, dado que habiéndose cerrado el ejercicio social el 31 de diciembre de cada año, el plazo para solicitar el nombramiento registral de auditor venció el 31 de marzo de 2009.

IV

Contra dicha resolución el solicitante de la auditoría interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis: 1.º) Que con fecha de 20 de marzo de 2007 la sociedad depositó las cuentas anuales de los ejercicios 2003, 2004, 2005. Asimismo, las cuentas correspondientes al ejercicio 2006 fueron depositadas el 2 de marzo de 2009. 2.º) Que el solicitante nunca fue convocado para aprobar las cuentas de estos ejercicios. 3.º) Que el administrador único de la sociedad convocó una Junta general con el fin acordar su liquidación, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de junio de 1993, 18 de febrero de 1994, 11 de abril de 2000 y, como más recientes, las de 23 de noviembre, 9 de diciembre de 2005, 14 de octubre de 2006 y 20 de febrero de 2008.

Procede confirmar en el presente expediente –y por su propio fundamento– el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de que, siendo ajustado a derecho, no es desvirtuado por las alegaciones del escrito de recurso.

El artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas que reconoce y regula el derecho de los socios minoritarios de entidades mercantiles a solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, exige dos condiciones para su ejercicio. La primera de ellas es la referida a la legitimación del solicitante, debiendo acreditar el o los peticionarios la propiedad de, al menos, un 5% de capital social de la compañía. La segunda condición es la referida al plazo para el ejercicio del derecho, estableciendo el de tres meses contados a partir del cierre del último ejercicio vencido para presentar la instancia en el Registro Mercantil del domicilio social. Siendo éste un plazo de caducidad procesal que va indisolublemente unido al ejercicio del derecho, su transcurso impide la admisión de la solicitud para la verificación de las cuentas correspondientes a dicho ejercicio económico por un auditor nombrado por el Registrador Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, solicitante de la auditoría de cuentas para «Axun Xestión, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 22 de julio de 2009.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 26 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 26 de enero de 2011 (2.ª)

En el expediente 55/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Olivera Mallorquina, S. L.».

HECHOS

I

Don, en representación de la entidad mercantil «Cala Murta, S. L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 17 de febrero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento

del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Olivera Mallorquina, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de sus Consejeras Delegadas, doña, en representación de «Provafemessa, S. L.» y doña, en representación de «Morlanda, S. L.» se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la administración de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas a la empresa auditora «Sbert y Asociados Auditores, S. L.». Dicho nombramiento fue inscrito el 13 de marzo de 2009, siendo esta fecha anterior a la solicitud.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 2 de marzo de 2010, acordó estimar la oposición a la solicitud de nombramiento de auditor presentada por el socio minoritario por entender que, si bien reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, consta inscrito con fecha de 13 de marzo de 2009 el nombramiento voluntario de auditor de cuentas nombrado por la sociedad. En consecuencia se cumplen las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para que el nombramiento voluntario de auditor enerve el derecho del socio minoritario, dado que es anterior a la presentación de su instancia en el Registro Mercantil, el 17 de febrero de 2010 y, asimismo, mediante la inscripción del acuerdo y la aceptación de la empresa auditora ha quedado garantizado su derecho al informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009.

IV

Contra dicha resolución don, en representación de la entidad mercantil «Cala Murta, S. L.», solicitante de la auditoría, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: 1.º) Que por medio de nota facilitada por el Registro Mercantil, la empresa solicitante de la auditoría ha conocido que, sin acuerdo de la Junta General ni el conocimiento de su representada, las otras dos empresas Consejeras Delegadas acordaron el nombramiento de una sociedad auditora. 2.º) Que la existencia de un nombramiento facultativo, no puede enervar el derecho al nombramiento forzoso ex artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como

más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión del Registrador Mercantil de, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial, de los socios minoritarios permitiéndoles conocer la realidad patrimonial y financiera de la empresa, mediante un informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio inmediatamente anterior, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento sea registral, voluntario o judicial, pues 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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.

En el supuesto analizado, en contra de lo que entiende el recurrente, los administradores, Consejeros delegados de la empresa están plenamente facultados para la realización de actos de gestión y buena administración, como es el nombramiento voluntario de auditor para verificar la contabilidad del ejercicio 2009, dado que la sociedad afectada por la solicitud no está sujeta a la obligación legal de presentar en el Registro Mercantil sus cuentas auditadas, al poder presentarlas de forma abreviada. Por tanto no es preciso el acuerdo de la Junta General de socios dirigido a nombrar auditor de cuentas (*cf.* arts. 203 y 204 de la Ley de Sociedades Anónimas).

En el ámbito de sus facultades de gestión, la administración de la sociedad nombró auditor de cuentas a la empresa auditora «Sbert y Asociados Auditores, S. L.». Dicho nombramiento fue inscrito el 13 de marzo del 2009 y, por tanto, con anterioridad a la presentación de la instancia de la minoría solicitando el nombramiento de auditor. De la misma manera, ha quedado garantizado su derecho al informe de auditoría, puesto que la sociedad en el momento de presentar las cuentas del ejercicio 2009 en el Registro Mercantil habrá de acompañarlas del informe realizado por el auditor inscrito.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en representación de la entidad mercantil «Cala Murta, S. L.», solicitante de la auditoría contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 2 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 26 de enero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 7 de febrero de 2011

En el expediente 34/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Stellnet Sistemas, S. L.».

HECHOS

I

Don....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 27 de enero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 49% del capital social de «Stellnet Sistemas, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la administración de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas para el ejercicio 2009, por lo que el interés del solicitante se verá ampliamente satisfecho cuando la auditoría esté finalizada. 2.º) Que el solicitante no indicó la causa de su solicitud.

III

El Registrador Mercantil núm. II de, con fecha 11 de febrero de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría,

a saber: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. En el caso presente la sociedad aportó copia de la carta de encargo de auditoría. Si bien este documento aparece fechado el 18 de diciembre de 2009 tuvo entrada en el Registro Mercantil el 5 de febrero de 2010, por tanto, en aplicación del artículo 1.227 del Código Civil, solo desde ese momento queda acreditada la fecha del documento y, siendo esta posterior a la presentación de la solicitud en este mismo Registro, se ha de concluir que no se cumplen las condiciones establecidas por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En cuanto a la causa de la solicitud, en las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable, la causa de la petición fundada en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Por último, por lo que se refiere a la legitimación del solicitante, éste ha aportado un principio de prueba fundado en el contenido del Registro Mercantil sin que la sociedad haya aportado prueba alguna que desvirtúe la legitimación que surge del Registro.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que escasos días antes de presentar su solicitud, el peticionario manifestó su intención de transmitir sus participaciones sociales. 2.º) Que la omisión de la causa de la solicitud se hace de mala fe y con manifiesto abuso de derecho, contraviniendo lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Código Civil, dado que pocos días antes había manifestado su intención de vender sus participaciones sociales. 3.º) Que la sociedad ya había contratado con anterioridad a un auditor de cuenta. Así, el 1 de febrero de 2009 el administrador único convocó a la Junta general para ratificar el nombramiento efectuado el 18 de diciembre de 2009, lo que así se hizo y por ello es innecesaria la intervención del Registrador Mercantil.

V

Finalmente, el 2 de febrero de 2011 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un escrito firmado por don, administrador único de la sociedad afectada por la solicitud de auditoría alegando que los acuerdos adoptados por la Junta General de la sociedad, celebrada el 24 de febrero de 2010 y que fueron impugnados por dos socios, entre ellos, don, han sido declarados válidos y vinculantes por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de, Adjuntaba a dicho escrito copia de la referida sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección

General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión del Registrador Mercantil de, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios, 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, es decir, acordado por la administración de la sociedad –en los casos en que ésta pueda presentar balance abreviado– 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, el documento privado de aceptación de la firma auditora no contiene una fecha fehaciente de su emisión y, por tanto, solo puede hacer prueba frente a terceros desde su entrada en el Registro Mercantil el 5 de febrero de 2010 (*cfi*: art. 1.227 del Código Civil). Tampoco el Acta de la Junta general de socio, celebrada el 24 de febrero de 2010, cuyos acuerdos han sido declarados válidos y vinculantes por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de, resolviendo

la impugnación planteada por dos socios de la compañía y entre los que se encuentra el de aprobar la contratación de auditor, puede enervar el derecho del socio, dado que dichos acuerdos son posteriores a la presentación de la solicitud del socio minoritario en ese mismo Registro el 27 de enero de 2010. Por lo que respecta a la garantía del derecho del solicitante al informe de auditoría, la sociedad ni inscribió el nombramiento, ni ha aportado al expediente el informe del auditor nombrado, ni tampoco se ha hecho llegar al socio minoritario.

2.º Cuestiona la sociedad la buena fe del socio minoritario por solicitar la auditoría cuando con anterioridad había manifestado su intención de transmitir sus participaciones sociales. Pues bien, dicha alegación no puede prosperar, puesto que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

3.º Por último, respecto a la inexpressión de la causa de la petición, como indicó el Registrador Mercantil de, en las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de auditoría previa. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que instrumenta el procedimiento a seguir en las solicitudes fundadas en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, no exige su expresión, por tener dicha mención un alcance puramente formal.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de «Stellnet Sistemas, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. II de el 11 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 7 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil núm. II de

Resolución de 8 de febrero de 2011

En el expediente 71/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Previseguro Correduría de Seguros, S. A.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 3 de febrero de 2010 solicitando, al amparo del artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de un número de participaciones sociales, representativas de más del 5% del capital social de la entidad mercantil «Previseguro Correduría de Seguros, S. A.», la designación de un auditor para el examen de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de don y don, en su condición de apoderados, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la sociedad no está obligada a la verificación contable. 2.º) Que la instancia presentada por el socio minoritario no expresa la causa de la petición, en clara contradicción con lo establecido en el artículo 351.1.3.ª del Reglamento del Registro Mercantil. 3.º) Que la causa esgrimida por el solicitante está fundada en el artículo 205 del Reglamento del Registro Mercantil comprensivo del ejercicio del derecho de separación del socio, siendo de advertir que no concurre ninguna de las causas relacionadas en dicho precepto. 4.º) Que el derecho al nombramiento registral de auditor no es un derecho absoluto, sino que su ejercicio está condicionado a la exigencias de la buena fe.

III

El Registrador Mercantil núm. XII de, con fecha 18 de marzo de 2010, tras señalar que el socio minoritario reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, resolvió no admitir la oposición interpuesta por la sociedad. Entiende que lo verdaderamente solicitado por el socio minoritario es el nombramiento registral de auditor de cuentas para la verificación del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009, aunque hubiera incurrido en un error material que no ha de afectar a la esencia de su derecho. El hecho de no haber indicado la causa de la petición no debe ser óbice para el reconocimiento de este derecho, dado que, como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, es indiferente en estas solicitudes la inexpressión de la causa o su expresión inadecuada por ser ésta siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Respecto a las motivaciones que la sociedad atribuye al peticionario, también es abundantísima la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado señalando que resulta imposible examinar en este trámite, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido, las motivaciones que llevan a los socios a solicitar la auditoría, ya que si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cfr.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones

internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, casi literalmente, las alegaciones previamente vertidas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de enero, 8 de junio y 8 y 24 de septiembre de 1993, y, como más recientes, las de 11, 19, 24 y 27 de enero de 2007.

Procede confirmar en el presente expediente –y por sus propios fundamentos– la resolución dictada por el Registrador Mercantil de que, siendo ajustada a derecho, no es desvirtuada por las alegaciones de un escrito de recurso que se limita a reiterar las previamente formuladas en su escrito de oposición y que fueron motivadamente rechazadas siguiendo la doctrina sentada por este Centro Directivo.

1.º En cuanto a la causa de la solicitud, en las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de auditoría previa. Por ello, el Reglamento del Registro Mercantil no exige la expresión, de carácter puramente formal, de la causa que motiva la solicitud cuando se trata, como en el caso que nos ocupa, de sociedades no obligadas a la verificación contable y por ello no lo exige en el artículo 359 del citado texto reglamentario que instrumenta, precisamente, las solicitudes basadas en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Es cierto que el artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil, inicia la regulación del procedimiento de nombramiento registral de auditor con las solicitudes para sociedades obligadas a verificación contable, es decir, las fundadas en el artículo 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, respecto de las cuales la mención de la causa de la petición es imprescindible para determinar si es una de las tasadas legalmente, lo que no ocurre en aquellas instancias dirigidas a obtener el nombramiento de auditor de cuentas, en el ejercicio del derecho reconocido a las minoría por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

2.º Tampoco pueden prosperar los motivos que la sociedad atribuye al peticionario, ya que este Centro Directivo tiene declarado que no pueden examinarse en este procedimiento, dado lo limitado del conocimiento que tiene atribuido, las motivaciones que llevan a los socios a solicitar la auditoría, ya que si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don y don, apoderados de «Previseguro Correduría de Seguros, S. A.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. XII de el 18 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 8 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 9 de febrero de 2011

En el expediente 79/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socia de «Valenciana de Gestión Integral del Suelo, S. L., en liquidación».

HECHOS

I

Don presentó el 26 de enero de 2010 en el Registro Mercantil de un escrito solicitando, al amparo de los artículos 84 y 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de un número de participaciones sociales equivalentes al 45% del capital social de «Valenciana de Gestión Integral del Suelo, S. L. en liqui-

dación», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, representada por sus liquidadores mancomunados, don, don y don, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que no procede dicho nombramiento porque la sociedad no está obligada a la presentación de cuentas anuales, en el sentido propio del artículo 34 del Código de Comercio, quedando dicha obligación sustituida por el «estado anual de cuentas» y un «informe pormenorizado» que deberán ser presentados a la Junta general de socios en los seis primeros meses del ejercicio siguiente, únicamente a efectos informativos, sin que requiera información por parte de esta. 2.º) Que, a mayor abundamiento, la legislación no recoge en ninguna norma la intervención de auditores ni el derecho de los socios a solicitar el nombramiento durante el periodo de liquidación de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 24 de febrero de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad. Tras señalar que la solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos para solicitar el nombramiento, mantuvo que esta cuestión ya ha sido resuelta por la Dirección General de los Registros y del Notariado, manteniendo que procede ejercitar el derecho reconocido por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas a los socios minoritarios también en la fase de liquidación de la sociedad, en tanto que no se haya repartido el activo sobrante entre los socios y cancelados en el Registro Mercantil los asientos correspondientes a la sociedad extinguida.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso, en tiempo y forma, recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, básicamente, los argumentos vertidos en su escrito de oposición e insistiendo en que la sociedad, en fase de liquidación, está exenta de la obligación de formular cuentas anuales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de junio de 1993, 18 de febrero de 1994, 11 de abril de 2000 y, como más recientes, las de 23 de noviembre, 9 de diciembre de 2005 y 31 de octubre de 2006.

Debe rechazarse en el presente expediente la alegación que la sociedad formula en su escrito de recurso y ello porque, aunque se encuentre en situación de liquidación, es doctrina de este Centro Directivo –que nuevamente se

reitera— que es posible ejercitar el derecho que el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas establece durante la fase liquidatoria de la sociedad, con base en la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en liquidación, cuya personalidad jurídica subsiste —tal y como ocurre en el presente caso— en tanto no se haya procedido al reparto del activo sobrante entre los socios y cancelado en el Registro los asientos referentes a la sociedad extinguida. La sociedad en el caso que nos ocupa, no ha sido cancelada en el Registro y, por tanto, subsiste la posibilidad de su reactivación.

No es cierto, en contra de lo que la sociedad alega —porque la Ley nada dice al respecto— que sea imperativo legal no confeccionar las cuentas anuales y que éstas sean sustituidas por el informe general sobre el estado anual de cuentas de la liquidación, ya que ambas obligaciones son compatibles y, precisamente, porque no puede aceptarse una limitación al derecho de auditoría reconocido a los socios minoritarios no establecida legalmente.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, don y don, liquidadores mancomunados de «Valenciana de Gestión Integral del Suelo, S. L. en liquidación», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 24 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 9 de febrero de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 21 de febrero de 2011 (1.^a)

En el expediente 180/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «S Dulce, S. L.».

HECHOS

I

Don, administrador único de «Sociedad Integral de Administración y Salud, S. L.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 27 de marzo de 2009, solicitando,

al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del más del 5% del capital social de «S Dulce, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2008.

II

La sociedad, a través de la Presidenta del Consejo de Administración, doña, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la Junta General: de la sociedad, en atención a que el mismo— socio solicitó el nombramiento de auditor de cuentas del ejercicio anterior, procedió a nombrar voluntariamente auditor para verificar las cuentas correspondientes al 2008. Así resulta del acta notarial de 21 de enero de 2009, autorizada por el Notario de, don, bajo el número 123 de su Protocolo notarial.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 15 de abril de 2009, acordó requerir a la sociedad para que acreditara fehacientemente la aceptación de los auditores designados. A dicho requerimiento, la sociedad contestó el 27 de abril de 2009 aportando el acta notarial de manifestación y complementaria de otra, de 24 de abril de 2009, autorizada por el Notario de, don, bajo el número 1178 de su Protocolo.

IV

Con fecha de 11 de mayo de 2009 el Registrador Mercantil de, acordó suspender el acuerdo de nombramiento, dado la única causa de oposición aducida por la sociedad es la existencia de un auditor voluntario, siendo así que para que dicha auditoría pueda enervar el derecho del solicitante debe cumplir las condiciones establecidas por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor, *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. En el caso presente, se aportó por el solicitante Acta de la Junta General de 21 de enero de 2009 de la que resulta aprobado el acuerdo de nombramiento y, por la sociedad, acta de manifestación y complementaria de otra de la que resulta que don y don, estuvieron presentes en ese acto y aceptaron el encargo de auditoría. De lo anterior resulta acreditada la anterioridad del nombramiento voluntario de auditores. En cuanto al segundo, consta en los archivos del Registro que el 4 de mayo de 2009 se presentó para su inscripción la documentación relativa al nombramiento, habiendo sido calificada con defectos el 11 de mayo de ese mismo año. El Registrador Mercantil finalizó su resolución dejando en suspenso el nombramiento de auditor solicitado durante el plazo de vigencia del asiento de presentación.

V

El 27 de mayo de 2009 el solicitante de la auditoría presentó un escrito dirigido al Registrador Mercantil de, reiterando su solicitud de nombramiento de auditor de cuentas y alegando, en síntesis: 1.º) Que si la sociedad a la que representa solicitó una auditoría

para verificar las cuentas del 2007 fue por la negativa de «S Dulce S. L.» a cerrar sus cuentas en tiempo y orden, así como a facilitar la información contable solicitada. 2.º) Que en ese mismo día 21 de enero de 2009 se celebraron dos reuniones consecutivas de la Junta General, según resulta de las Actas notariales aportadas. De la primera de estas actas se deduce que los auditores –que estuvieron presentes en la reunión– ya estaban trabajando en la auditoría cuando ni siquiera se había celebrado la reunión de la Junta en la que aceptaron el encargo. 3.º) Que considera que el nombramiento por turno realizado por el Registrador Mercantil garantiza la objetividad del análisis de cuentas.

VI

Finalmente, el 6 de julio de 2009 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial, un oficio del Registrador Mercantil de, poniendo en conocimiento de este Centro Directivo que el nombramiento de auditor voluntario causó la inscripción n° 10 en la hoja abierta a la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

La obligación que la Ley impone a la autoridad que resuelve el recurso de decidir cuantas cuestiones plantee el expediente hayan sido o no alegadas por los interesados, exige señalar en esta resolución la infracción procedimental cometida por el Registrador Mercantil de que, a la vista de la documentación presentada por la sociedad para la inscripción del nombramiento voluntario de auditor de cuentas, acordó suspender el procedimiento durante la vigencia del asiento de presentación y remitió a este Centro Directivo el nuevo escrito del solicitante reiterando su petición, omitiendo adoptar una decisión sobre el fondo del asunto: es decir, sobre si el nombramiento voluntario efectuado por la sociedad puede enervar o no el derecho del solicitante de la auditoría de cuentas.

Siendo la decisión del Registrador Mercantil esencial en este procedimiento de nombramiento registral de auditor, regulado en el número 3 del artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil y, supletoriamente, en las normas generales sobre terminación del procedimiento) contenidas en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, su omisión ha de traer como consecuencia la retroacción del expediente, por haber originado indefensión en el solicitante que no pudo recurrir en alzada ante esta Dirección General un acuerdo contrario a sus

intereses, porque no se llegó a dictar un acuerdo definitivo decidiendo la cuestión planteada, en contra de lo establecido en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto retrotraer el expediente al momento previo a la resolución del Registrador Mercantil núm. XI de decidiendo sobre la procedencia o improcedencia del nombramiento de auditor de cuentas solicitado.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones, Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 21 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 21 de febrero de 2011 (2.^a)

En la solicitud 9/2010 sobre reapertura del expediente de nombramiento de auditor de cuentas para «Obras y Servicios Eber, S. L.».

HECHOS

I

En expediente sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio minoritario de «Obras y Servicios Eber, S. L.» para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2007 se resolvió definitivamente en vía administrativa por esta Dirección General el 6 de mayo de 2009 declarando la procedencia del nombramiento solicitado.

II

En cumplimiento de dicha resolución el Registrador Mercantil de, procedió a designar auditor de cuentas a don el 28 de julio de 2009 que aceptó, el encargo de auditoría en esa misma fecha.

III

Por escrito de 9 de septiembre de, 2009 el auditor designado solicitó al Registrador Mercantil de una prórroga para realizar el informe de auditoría, dadas las dificultades, para contactar con la empresa y realizar el trabajo encomendado, a dicha solicitud el Registrador Mercantil accedió por acuerdo de 16 de septiembre de ese mismo año, concediéndole la prórroga de un mes contado a partir del día 9 de septiembre de 2009.

IV

Con fecha de 7 de octubre del 2009 el auditor de cuentas, don, envió un escrito al Registro Mercantil de, con entrada el día 13 del mismo mes y año, poniendo en conocimiento del Registrador que, tras varios intentos de comunicación con la empresa, finalmente, pudo contactar con su asesor fiscal que le comunicó la imposibilidad de ésta de satisfacer la provisión de fondos requerida, manifestando que las disponibilidades de la empresa solo le permitían satisfacer una provisión de fondos de 4000 euros y, asimismo, que, las cuentas correspondientes al ejercicio 2007 no habían sido, elaboradas. Finalizaba su escrito manifestando que a fecha de 7 de octubre de 2009 la empresa no le había facilitado ni la provisión de fondos ni ningún tipo de documentación.

V

A la vista de dicho escrito el Registrador Mercantil de, con fecha de 15 de octubre de 2009, acordó el cierre del expediente, lo que comunicó a la sociedad afectada por la auditoría, significándole que las cuentas del ejercicio 2007 no podrán tener acceso al Registro Mercantil, de conformidad con lo previsto en el artículo 22.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículo 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

VI

La sociedad, por su parte, a través de su administrador, don, presentó el 14 de diciembre de 2009, un escrito en el Registro Mercantil de solicitando al Registrador Mercantil y, en caso de falta de competencia de éste, a esta Dirección General la reapertura del expediente a fin de determinar el importe de la retribución a percibir por el auditor de cuentas. Mantenía no ser ciertas las alegaciones de haber obstaculizado el acceso del auditor a la información de la empresa

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205 y 207 de la Ley de Sociedades Anónimas y 341, 342, 348, 357, 361, 362 y 364 del Reglamento del Registro Mercantil.

No puede prosperar en el presente expediente pretensión de la sociedad de reabrir un procedimiento ya concluido con el fin de asignar una nueva retribución al auditor de cuentas. En primer lugar, porque el Reglamento del Registro Mercantil no ha previsto ningún procedimiento que permita a las sociedades afectadas por el nombramiento registral de auditor de cuentas impugnar ante el Registrador Mercantil o ante este Centro Directivo los honorarios solicitados por este, siempre que se encuentren dentro de los criterios retributivos fijados en el acuerdo de nombramiento adoptado por el Registrador Mercantil. Si la sociedad, considera que dichos honorarios se desvían de tarifas establecidas por el Colegio Profesional correspondiente deberá impugnarlos ante esa misma corporación profesional.

A mayor abundamiento, tampoco podrían prosperar las restantes alegaciones contenidas en su solicitud: 1.º Además de que, conforme a las normas técnicas de auditoría, el auditor puede solicitar la provisión de fondos, su informe con opinión denegada se fundó también en no haberles sido facilitadas por la sociedad ni las cuentas anuales ni la documentación contable solicitada. 2.º La petición de que se admita junto con el depósito de la cuentas del ejercicio 2007 el informe del auditor voluntario nombrado por la sociedad, en vez del informe elaborado por el auditor designado por el Registrador Mercantil a instancias de la minoría social supondría, de admitirse, una vulneración flagrante de los artículos 205.2 y 221 de la Ley de Sociedades Anónimas y 366 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, que exigen, en los supuestos en que la sociedad venga obligada de manera sobrevenida a auditar sus cuentas anuales por haberlo solicitado los socios minoritarios, el depósito de las cuentas vaya acompañado del informe del auditor nombrado por el Registrador Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto inadmitir, de conformidad con los anteriores fundamentos de derecho, la solicitud de reapertura del expediente de nombramiento de auditor de cuentas formulada por don administrador de la entidad mercantil «Obras y Servicios Eber, S. L.».

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 21 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 22 de febrero de 2011 (1.^a)

En el expediente 48/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ladera Dos Mares, S.A.U.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 3 de febrero de 2010 solicitando al Registrador Mercantil la anulación de la inscripción 9.^a, practicada en la hoja abierta a la sociedad «Ladera Dos Mares S. L.». Alegó, en síntesis: 1.º) Que participa en la Mercantil Ladera dos Mares S. L. con un 9,90 de su capital, y a través de ella, en la misma proporción, en la mercantil «Ladera dos Mares del Mediterráneo S. A.U.» de la que la primera es el socio único, y con la que forma Grupo Consolidado. 2.º) Que con fecha 19 de enero de 2010, se ha practicado en la hoja abierta a la sociedad «Ladera dos Mares S. L.», la inscripción 9.^a, que recoge el acuerdo de nombramiento de auditor, por Certificación del Administrador Único de la misma, con firma legitimada, expedida el 5 de noviembre de 2009, del acuerdo que consta en el Acta Notarial de la Junta General de Socios celebrada con fecha 31 de julio de 2009, autorizada por el Notario de, don, bajo el número 1717 de su Protocolo que se encuentra impugnado en el Procedimiento Ordinario 327/2009 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de 3.º) Que la citada inscripción se ha realizado incumpliendo el artículo 83 del Reglamento del Registro Mercantil, tanto en referencia a la elevación a públicos de los acuerdos de la Junta, que se produce con el cierre de la mencionada escritura, como en referencia a la certificación extendida el 5 de noviembre de 2009, mientras que el asiento de presentación se produjo, superado el mes del artículo 83, Asiento 194/816, el 30 de diciembre de 2009, penúltimo día hábil del ejercicio 2009, para acceder al Registro. 4.º) Que ambas Sociedades tienen cerrada la hoja desde el 1 de enero de 2010, por la no presentación de las Cuentas Anuales de 2008, a lo largo del ejercicio 2009. 5.º) Que cuando se abre el Registro el primer día hábil de 2010, el día anterior 1 de enero, primer día natural, de 2010, se produjo automáticamente el cierre de la Hoja Registral de ambas Sociedades, lo que debería haber hecho imposible seguir con la inscripción de Auditores.

II

Trasladado dicho escrito a las sociedades «Ladera Dos Mares, S. L.» y «Ladera Dos Mares del Mediterráneo S. L.» éstas a través de sus representantes, se opusieron a dicha solicitud, alegando, en síntesis: 1.º) Que ambas empresas tenían nombrado auditor de cuentas para el ejercicio 2009, en virtud del acuerdo de la Junta General de 31 de julio de 2009. 2.º) Que el solicitante no ostenta la legitimación que alegó en su instancia.

III

El Registrador Mercantil de resolvió, con fecha 19 de febrero de 2010, desestimar la solicitud. Tras señalar que la inscripción del nombramiento de auditor se practicó en

base a la certificación del acuerdo de la Junta General de socios de 31 de julio de 2009, conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y 154 en relación con el artículo 192.2 del Reglamento del Registro Mercantil, mantuvo que los asientos del Registro Mercantil se encuentran bajo la salvaguarda de los Tribunales, siendo indiferente que el acuerdo social que causó la inscripción haya sido impugnado judicialmente, puesto que despliega todos sus efectos en tanto que no se ordene su rectificación o anulación (art. 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil). Finalizó su resolución manteniendo que en las sociedades obligadas por ley a la verificación contable, como ocurre en el caso presente, no es aplicable el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

IV

Contra dicha resolución don, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que la inscripción del nombramiento de auditor se practicó con flagrante vulneración del artículo 83 del Reglamento del Registro Mercantil, tanto en lo que se refiere a la fecha de elevación a públicos de los acuerdos adoptados por la Junta general, como en lo que se refiere a la fecha de expedición de la certificación, extendida el 5 de noviembre 2009, siendo así que el asiento de presentación se produjo superado el mes que establece el referido artículo 83 del Reglamento del Registro Mercantil. 2.º) Que el Registrador Mercantil tergiversó la citada norma y, así, debió rechazar por extemporánea la documentación presentada, dejando paso a la minoría social para instar el nombramiento registral de auditor de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 42 del Código de Comercio, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2005 y, como más recientes, la de 9 de diciembre de 2008 y la de 21 de abril de 2009.

La base del sistema de seguridad jurídica preventiva se funda en la titulación pública, salvo ciertas excepciones, de los documentos que acceden al Registro, en la calificación del Registrador antes de practicar el correspondiente asiento y en la presunción de veracidad que despliega el contenido de los asientos practicados, de suerte que solo en vía judicial puede destruirse esta presunción *iuris tantum* de validez.

En atención a lo expuesto, procede confirmar la resolución dictada por el Registrador Mercantil de, dado que, practicada la inscripción del acuerdo social de nombramiento de auditor de cuentas, ésta solo podría ser rectificada en cumplimiento de una resolución judicial que así lo ordene y ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 20 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, debiéndose advertir que solo es susceptible de

recurso gubernativo ante esta Dirección General la calificación negativa o suspensiva de los documentos presentados, nunca la inscripción u otros asientos ya practicados que, como se ha indicado, están bajo la salvaguarda de los tribunales de Justicia, por lo que procede la inadmisión del presente recurso sin entrar a dilucidar las cuestiones de fondo planteadas (*cfr.* arts. 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto inadmitir el recurso interpuesto por don», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de el 19 de enero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 22 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 22 de febrero de 2011 (2.^a)

En el expediente 57/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Axun Xestión, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó el 15 de febrero de 2010 en el Registro Mercantil de un escrito solicitando, al amparo de los artículos 84 y 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 16,6% del capital social de «Axun Xestión, S. L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, representada por sus liquidadores, don y don, se opuso a dicha pretensión alegando que la sociedad se halla en proceso de liquidación, como consecuencia

del acuerdo de la Junta General de socios de 11 de julio de 2009, acuerdo elevado a público el 18 de diciembre del mismo año e inscrita en el Registro Mercantil el 26 de enero de 2010. 2.º) Que el 15 de febrero de 2010 se envió a los socios por correo certificado con acuse de recibo convocatoria de la Junta General de liquidación a celebrar el 3 de marzo de 2010, con el fin de aprobar el balance final de liquidación, el proyecto de liquidación del activo sobrante entre los socios y otorgamiento y delegación de facultades para formalizar y ejecutar los acuerdos sociales. 3.º) Que conforme a lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, aún permanece abierto el plazo de tres meses desde la iniciación del proceso de liquidación, siendo así que la sociedad no tiene actividad desde la fecha del acuerdo de disolución. 4.º) Que conforme al criterio mantenido por el Juzgado de lo Mercantil de «no resulta aplicable el régimen de verificación de las cuentas anuales durante el proceso de liquidación». 5.º) Por último, no procede la aplicación de un régimen general cuando existen normas específicas que sustituyen la presentación de cuentas en el Registro Mercantil por el informe anual sobre el estado de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 2 de marzo de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo, los cuales no fueron en ningún momento discutidos por la sociedad, mantuvo que la Dirección General ha resuelto reiteradamente la obligación de confeccionar cuentas anuales aún en el proceso de liquidación, dada la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en liquidación. De otra parte la Consulta del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas citada por el recurrente, dado que en aquel supuesto se trataba de una sociedad en concurso. Por su parte, el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de, parece referirse a sociedades sujetas por Ley a la obligación de verificación contable.

La propia Dirección General ha manifestado (ver Resolución de 11 de abril de 2000) que las sociedades, en tanto no sean liquidadas, deben seguir presentando anualmente sus cuentas al Registro Mercantil acompañadas –cuando lo soliciten socios que reúnan las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidos– del correspondiente informe de auditoría.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, reiterando los argumentos aducidos en el escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que, respecto a la aplicación del artículo 205 de la Ley de Sociedades Anónima, entiende que no es aplicable, puesto que la personalidad jurídica de la sociedad ya no subsiste. 2.º) Que el 3 de marzo de 2010 se celebró la Junta General que aprobó la liquidación, a la cual no asistió el solicitante de la auditoría. 3.º) Que con fecha 12 de marzo se consignó en una cuenta, creada al efecto el importe, de la liquidación que le corresponde al socio solicitante. 4.º) Que tanto el Acta Notarial de la Junta General celebrada el 3 de marzo de 2010, así como la consignación del importe de su cuota.

V

Con fecha de 23 de septiembre de 2010 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de al que adjuntaba un

escrito firmado por los liquidadores de la sociedad «Axun Xestión, S. L.» en el que comunicaban la inscripción en el Registro Mercantil del balance de liquidación y del informe completo sobre las operaciones de liquidación de la sociedad, así como su extinción, aportando, en prueba¹ de lo alegado un certificado acreditativo de estos extremos, expedido por el Registrador mercantil de

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de junio de 1993, 18 de febrero de 1994, 11 de abril de 2000 y, como más recientes, las de 23 de noviembre, 9 de diciembre de 2005, 14 de octubre de 2006 y 20 de febrero de 2008.

Aun siendo cierto, como indicó el Registrador Mercantil en el acuerdo recurrido, que en las sociedades en proceso de liquidación es posible ejercitar el derecho que el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas reconoce a los socios minoritarios, con base en la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en liquidación, cuya personalidad jurídica subsiste en tanto no se haya procedido al reparto del activo sobrante entre los socios y cancelado en el Registro los asientos referentes a la sociedad extinguida, en el caso que nos ocupa ha quedado acreditado por el Registrador Mercantil la inscripción del balance final y del informe sobre las operaciones liquidatorias, así como la extinción de la sociedad afectada por la solicitud de nombramiento de auditor y, en consecuencia, ha desaparecido el objeto de la pretensión.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto inadmitir el recurso de alzada interpuesto por don y don, liquidadores de «Axun Xestión, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 2 de marzo de 2010 por desaparición del objeto de la pretensión.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 22 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 22 de febrero de 2011 (3.ª)

En el expediente 57/2010 bis, sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Romea Albendea Hermanos, S. L.».

HECHOS

I

Doña presentó el 3 de febrero de 2010 en el Registro Mercantil de un escrito solicitando, al amparo de los artículos 84 y 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 16,6% del capital social de «Romea Albendea Hermanos, S. L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, representada por sus liquidadores, don, se opuso a dicha pretensión alegando que la solicitante no expresó en su instancia la causa de su pretensión, requisito éste exigido por el artículo 353.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 2 de marzo de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad. Tras señalar que la solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo, mantuvo que no es necesario expresar la causa de la solicitud, ya que ésta es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. A diferencia de las instancias encausadas conforme al artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil, las solicitudes de nombramiento de auditor de cuentas basadas en el artículo 359 del mismo cuerpo reglamentario, responden siempre a la misma causa que es la inexistencia de auditor de cuentas; causa típica que por ser necesariamente la misma, no exige sea expresada en la instancia.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las argumentos aducidos en el escrito de oposición y añadiendo que la solicitante de la auditoría ha ostentado el cargo de tesorera mancomunada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del

Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de junio de 1993, 18 de febrero de 1994, 11 de abril de 2000 y, como más recientes, las de 23 de noviembre, 9 de diciembre de 2005, 14 de octubre de 2006 y 20 de febrero de 2008.

Procede confirmar por ajustado a derecho el fundamento jurídico de la resolución recurrida. Como en ella indicó el Registrador Mercantil de, en las solicitudes fundadas en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la causa es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. De tal manera, el propio Reglamento del Registro Mercantil, en la sección cuarta destinada a regular, con carácter general, el nombramiento registral de auditor de cuentas, dedica un precepto concreto, el artículo 359, a regular los requisitos de dichas solicitudes, en el que nada se indica respecto a la mención de la causa de la petición.

Es cierto que el artículo 350 del mismo cuerpo reglamentario inicia la articulación del procedimiento con las solicitudes dirigidas a obtener el nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable –esto es, aquellas que no pueden presentar en el Registro Mercantil sus cuentas de forma abreviada– en los supuestos en los que el único órgano competente para nombrarlo, es decir, la Junta General, no lo hubiera acordado en los plazos y en la forma legalmente establecidos o el auditor designado no hubiera aceptado el encargo. En esta tipología, la mención de la causa es esencial porque permitirá al Registrador Mercantil conocer si la solicitud está o no justificada en atención a los supuestos legalmente previstos para, en su caso, acordar o denegar el nombramiento de auditor solicitado.

Sin embargo, en aquellas otras formuladas por los socios minoritarios de sociedades que pueden presentar en el Registro sus cuentas anuales en forma abreviada y que solicitan el nombramiento de auditor, en el ejercicio del derecho que el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas les reconoce, la mención de la causa tiene un alcance meramente formal y, por tanto, su inexpressión o mención inadecuada poco importa para la admisión y, en su caso, estimación de la solicitud de nombramiento registral de auditor.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador de «Romea Albendea Hermanos, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 2 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación adminis-

trativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 22 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 23 de febrero de 2011 (1.ª)

En el expediente 60/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Viviendas Acogidas, S. A., en liquidación».

HECHOS

I

Don, doña y doña presentaron un escrito en el Registro Mercantil de el 26 de febrero de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titulares de más del 8,75% del capital social de «Viviendas Acogidas, S. A., en liquidación», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales consolidadas del ejercicio 2004.

Alegaban la situación excepcional de la sociedad, fundada en el mandato judicial contenido en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid el 30 de noviembre de 2009 que adjuntaban a la misma instancia.

II

El Registrador Mercantil de, con fecha 9 de marzo de 2010, resolvió no acceder a la solicitud, dado que como ha establecido la Dirección General de los Registros y del Notariado, la competencia del Registrador Mercantil para el nombramiento de auditor está indisolublemente unida a los casos establecidos en la Ley. Según resulta de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, los socios minoritarios de las sociedades no obligadas a la verificación contable podrán solicitar el nombramiento registral de auditor siempre que reúnan un porcentaje de acciones o participaciones equivalentes al 5% de capital social y soliciten el nombramiento dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio económico cuya auditoría se solicita. Esta última condición no concurre en la solicitud examinada.

III

Contra dicha resolución los solicitantes de la auditoría interpusieron en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando que en el presente caso la Audiencia Provincial, mediante la sentencia de 30 de noviembre de 2009, declarada firme por providencia de 23 de diciembre del mismo año, acordó la nulidad del acuerdo social aprobando las cuentas del ejercicio económico cuya auditoría se solicita, mandando al órgano social competente una nueva formulación de éstas, siendo la razón excepcional por la que debe admitirse la solicitud y proceder al nombramiento registral de auditor de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 1994, 16 de noviembre de 1995 y, como más recientes, las de 9 de diciembre de 2005, 14 de octubre de 2006 y 20 de febrero de 2008.

Debe rechazarse en el presente expediente la alegación de los solicitantes que pretenden la auditoría de unas cuentas anuales que como ellos mismos indican fueron declaradas nulas en primera instancia por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de en la sentencia de 13 de mayo de 2008, confirmada por la Audiencia Provincial en la sentencia de 23 de noviembre de 2009 que, asimismo, impone a la sociedad la obligación de formular dichas cuentas correspondientes al ejercicio 2004 por el órgano de administración y la de aprobarlas por la Junta general.

Como indicó el Registrador Mercantil de, el nombramiento registral de auditor de cuentas va indisolublemente unido a los supuestos tasados en la Ley, fuera de los cuales el Registrador Mercantil carece de competencia para proceder a su nombramiento. Por esta razón, tratándose de una sociedad no obligada por ley a la verificación contable, solo procede solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de auditor en base al artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas que reconoce este derecho a los socios que reúnan las condiciones de capital y tiempo establecidas. No cumpliéndose alguna de estas dos condiciones, ni el Registrador Mercantil ni este Centro Directivo son competentes para acordar el nombramiento de auditor de cuentas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, doña y doña solicitantes de la auditoría de cuentas para la sociedad «Viviendas Acogidas, S. A., en liquidación», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. IV de el 9 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 23 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 23 de febrero de 2011 (2.ª)

En el expediente 62/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Lider Aliment, S. A.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 26 de febrero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más 5% del capital social de «Lider Aliment, S. A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la Junta general de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas a doña y a don para auditar las cuentas correspondientes a los ejercicios 2009, 2010 y 2011, por acuerdo de 29 de junio de 2009, por lo que el interés del solicitante se verá ampliamente satisfecho cuando la auditoría esté finalizada.

III

El Registrador Mercantil de con fecha 10 de marzo de 2010, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que según consta en la hoja abierta a la sociedad, ésta procedió a nombrar auditor de cuentas para el ejercicio 2009, el cual consta en la

inscripción núm. 7.^a, por lo que, conforme a la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, no se estima procedente el nombramiento de un nuevo auditor.

IV

Contra dicha resolución don junto con otros accionistas, que no se citan porque no solicitaron el nombramiento de auditor, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia, las siguientes consideraciones: 1.º) Que se ha de recusar al auditor voluntario, habida cuenta de la interposición de una querrela criminal contra la administración de la sociedad por diversos delitos. 2.º) Que, aunque dicha querrela está sobreseída, esta circunstancia es incierta por cuanto si bien consta un Auto de archivo, dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Zafra, éste se encuentra recurrido ante la Audiencia Provincial de

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión del Registrador Mercantil de, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios permitiéndoles conocer si la contabilidad refleja la imagen fiel del patrimonio y de la realidad financiera de la empresa mediante el informe realizado por un auditor de cuentas, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, sea registral, voluntario o judicial, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

En el supuesto analizado, el Registrador Mercantil ha acreditado que la sociedad, tras adoptar la Junta general el acuerdo de nombrar auditor de cuen-

tas el 29 de junio de 2009, procedió a la inscripción del contrato de auditoría con anterioridad a la presentación de la instancia solicitando el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil el 26 de febrero de 2010. Mediante esta inscripción está garantizado el derecho de los solicitantes al informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009, dado que, si la sociedad no lo presentara en el Registro Mercantil junto con las cuentas anuales de ese ejercicio, el Registrador denegaría su depósito.

2.º Por último, recordar que las acciones civiles o penales que los interesados hayan emprendido o puedan emprender contra quienes ejercen la administración social, por haber incurrido en responsabilidad civil o penal en el ejercicio de sus cargos, no puede interferir en este procedimiento registral de nombramiento de auditor de cuentas, a menos que haya recaído sentencia firme ordenando la cancelación de la inscripción practicada.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil «Lider Aliment, S. A.» contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 10 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 23 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 23 de febrero de 2011 (3.ª)

En el expediente 84/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Integrasy, S. A.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 15 de febrero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 14% del capital

social de «Integrasy, S. A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la sociedad, con fecha de 26 de diciembre de 2009, acordó nombrar voluntariamente auditor de cuentas, a pesar de tratarse de una sociedad no obligada por Ley a la verificación contable.

III

El Registrador Mercantil núm. XI de, con fecha 1 de marzo de 2010, acordó requerir a la sociedad para que acreditara fehacientemente el nombramiento de auditor que alegó en su escrito de oposición. A dicho requerimiento la sociedad contestó por escrito de 17 de marzo de 2010, adjuntando al mismo, además de la documentación presentada en el Registro Mercantil el 12 de diciembre de 2009, relativa al nombramiento de auditor para los ejercicios 2009, 2010 y 2011, el informe de la auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009, realizado por don, en representación de la sociedad «FGH Auditores, S. L.».

IV

Por acuerdo de 24 de marzo de 2010 el Registrador Mercantil núm. XI de acordó estimar la oposición a la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor realizado por la sociedad concurren las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. Así pues, la sociedad ha acreditado la anterioridad del nombramiento voluntario respecto a la solicitud de la minoría que fue presentada en el Registro Mercantil el 15 de febrero de 2010. También ha quedado garantizado el derecho de la solicitante al informe de auditoría, dado que fue aportado al expediente.

V

Contra dicha resolución la solicitante de la auditoría interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando que los acuerdos de la Junta general celebrada el 12 de diciembre de 2009, entre los que figura el de nombrar auditor de cuentas, no son válidos, dado que la convocatoria de la Junta adolece de serias irregularidades.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de En efecto, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios mediante el reconocimiento del derecho a obtener un informe de auditoría de las cuentas correspondientes al último ejercicio vencido, realizado por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento –sea judicial, voluntario o registral– pues 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

En el supuesto analizado, ha quedado acreditado que tanto el nombramiento de auditor como la aceptación por parte de éste fueron previos a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas, dado que los primeros documentos se presentaron en el Registro en diciembre de 2009, mientras que la solicitud de la socia minoritaria tuvo entrada en el mismo Registro el 15 de febrero de 2010. De la misma manera, la sociedad ha garantizado el derecho de la solicitante al informe de auditoría de las cuentas del 2009, dado que aportó dicho informe al expediente, con fecha de 17 de marzo de 2010. Consecuentemente se cumplen las dos condiciones exigidas por este Centro Directivo para que la auditoría voluntaria enerve el derecho de la socia minoritaria.

2.º Por último recordar a la solicitante que este procedimiento registral de nombramiento de auditor de cuentas se limita a declarar la procedencia o improcedencia del nombramiento, sin que pueda dilucidar, por no ser de su competencia, cuestiones relativas a la validez de acuerdos sociales adoptados,

para lo cual quien se encuentre legitimado, puede acudir al procedimiento de impugnación de acuerdos ante la jurisdicción civil ordinaria.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, solicitante de la auditoría de cuentas para la sociedad «Integrasys, S. A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. XI de el 24 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 23 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 23 de febrero de 2011 (4.ª)

En el expediente 61/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Exproel, S. A.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 26 de febrero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más 5% del capital social de «Exproel, S. A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la Junta general de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas a don y a don para auditar las cuentas correspondientes a los ejercicios 2008, 2009 y 2010, por acuerdo de 9 de septiembre de 2008, por lo que el interés del solicitante se verá ampliamente satisfecho cuando la auditoría esté finalizada.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 10 de marzo de 2010, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que, según consta en la hoja abierta a la sociedad, ésta procedió a nombrar auditor de cuentas para el ejercicio 2009, el cual consta en la inscripción núm. 12.^a, por lo que, conforme a la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, no se estima procedente el nombramiento de un nuevo auditor.

IV

Contra dicha resolución doña, solicitante del nombramiento de auditor, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia, las siguientes consideraciones: 1.º) Que se ha de recusar al auditor voluntario, habida cuenta de la interposición de una querrela criminal contra la administración de la sociedad por diversos delitos. 2.º) Que, aunque dicha querrela está sobreeséida, esta circunstancia es incierta por cuanto si bien consta un Auto de archivo, dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de, éste se encuentra recurrido ante la Audiencia Provincial de

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión del Registrador Mercantil de, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios permitiéndoles conocer si la contabilidad refleja la imagen fiel del patrimonio y de la realidad financiera de la empresa mediante el informe realizado de un auditor de cuentas, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, sea registral, voluntario o judicial, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil

de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

En el supuesto analizado, el Registrador Mercantil ha acreditado que la sociedad, tras adoptar la Junta general el acuerdo de nombrar auditor de cuentas, el 9 de septiembre de 2008, procedió a la inscripción del contrato de auditoría con anterioridad a la presentación de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil. Mediante esta inscripción se ha garantizado el derecho de los solicitantes al informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009, dado que, si la sociedad no lo presentara en el Registro Mercantil junto con las cuentas de ese ejercicio económico, el Registrador denegaría su depósito.

2.º Por último, recordar que las acciones civiles o penales que los interesados hayan emprendido o puedan emprender contra quienes ejercen la administración social, por haber incurrido en responsabilidad civil o penal, en el ejercicio de sus cargos, no puede interferir en este procedimiento registral de nombramiento de auditor de cuentas, a menos que haya recaído sentencia firme ordenando la cancelación de la inscripción practicada. Mucho menos puede prosperar la pretensión de recusar al auditor nombrado, la cual, por expresa disposición del artículo 364 del Reglamento del Registro Mercantil que remite a las disposiciones reglamentarias que disciplinan el nombramiento de expertos independientes, exige para su procedencia la concurrencia de «causa legítima».

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil «Exproel, S. A.» contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 10 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 23 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 24 de febrero de 2011 (1.ª)

En el expediente 63/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Distribuidora Extremeña de Alimentación, S. A.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 26 de febrero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más 5% del capital social de «Distribuidora Extremeña de Alimentación, S. A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la Junta general de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas a don y a don para auditar las cuentas correspondientes a los ejercicios 2008, 2009 y 2010, por acuerdo de 9 de septiembre de 2008, por lo que el interés del solicitante se verá ampliamente satisfecho cuando la auditoría esté finalizada.

III

El Registrador Mercantil de con fecha 10 de marzo de 2010, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que, según consta en la hoja abierta a la sociedad, ésta procedió a nombrar auditor de cuentas para el ejercicio 2009, el cual consta en la inscripción núm. 14.ª, por lo que, conforme a la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, no se estima procedente el nombramiento de un nuevo auditor.

IV

Contra dicha resolución doña, solicitante del nombramiento de auditor, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia, las siguientes consideraciones: 1.º) Que se ha de recusar al auditor voluntario, habida cuenta de la interposición de una querrela criminal contra la administración de la sociedad por diversos delitos. 2.º) Que, aunque dicha querrela está sobreseída, esta circunstancia es incierta por cuanto, si bien consta un Auto de archivo, dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Zafra, éste se encuentra recurrido ante la Audiencia Provincial de

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión del Registrador Mercantil de, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios permitiéndoles conocer si la contabilidad refleja la imagen fiel del patrimonio y de la realidad financiera de la empresa mediante el informe realizado de un auditor de cuentas, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, sea registral, voluntario o judicial, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

En el supuesto analizado, el Registrador Mercantil ha acreditado que la sociedad, tras adoptar la Junta general el acuerdo de nombrar auditor de cuentas el 9 de septiembre de 2008, procedió a la inscripción del contrato de auditoría con anterioridad a la presentación de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil. Mediante esta inscripción se ha garantizado el derecho de los solicitantes al informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009, dado que, si la sociedad no lo presentara en el Registro Mercantil junto con las cuentas de ese ejercicio económico, el Registrador denegaría su depósito.

2.º Por último, recordar que las acciones civiles o penales, que los interesados hayan emprendido o puedan emprender, contra quienes ejercen la administración social, por haber incurrido en responsabilidad civil o penal en el ejercicio de sus cargos, no puede interferir en este procedimiento registral de nombramiento de auditor de cuentas, a menos que haya recaído sentencia firme ordenando la cancelación de la inscripción practicada. Mucho menos puede prosperar la pretensión de recusar al auditor nombrado, la cual por

expresa disposición del artículo 364 del Reglamento del Registro Mercantil que remite a las disposiciones reglamentarias que disciplinan el nombramiento de expertos independientes, exige para su procedencia la concurrencia de «causa legítima».

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil «Distribuidora Extremeña de Alimentación, S. A.» contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 10 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 24 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 24 de febrero de 2011 (2.^a)

En el expediente 67/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Trinity 2002, S. L.».

HECHOS

I

Don, administrador único de «Nuevo Encinar, S. A.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 8 de febrero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más 5% del capital social de «Trinity 2002, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la administración de la sociedad procedió a nombrar voluntaria-

mente auditor de cuentas en la Junta General celebrada el 28 de septiembre de 2009 a la empresa auditora «Contafides Auditores, S. L.» y a la empresa «Delytax Auditores, S. L.» por lo que el interés del solicitante se verá ampliamente satisfecho cuando la auditoría esté finalizada.

III

La Registradora Mercantil núm. VI de, con fecha 19 de febrero de 2010, acordó suspender el procedimiento para que en el plazo de diez días acreditara, fehacientemente, el haber puesto el informe de auditoría a disposición del socio minoritario. A dicho requerimiento la indicada representación contestó mediante escrito presentado el 5 de marzo de 2010, alegando que no existe ningún precepto reglamentario que establezca la obligación de presentar el informe de auditoría de cuentas en el Registro. Continuó alegando que no debe olvidarse que el socio minoritario fue, debidamente, convocado a la Junta general en la que se aprobó el nombramiento. Finalizó manteniendo que esta exigencia adicional resulta sumamente gravoso para la sociedad.

IV

La Registradora Mercantil núm. VI de, con fecha 10 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la entidad mercantil solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor no concurren las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, la sociedad no ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de cuentas.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es incrementar los mecanismos de información sobre la actividad llevada a cabo por los administradores sociales para, en su caso, censurarla en la Junta General. Sin embargo, esta finalidad también se alcanza con el nombramiento de auditores por los administradores sociales con anterioridad a la petición del socio minoritario. 2.º) Que la resolución de la Registradora Mercantil, aún reconociendo la virtualidad enervatoria de la auditoría contratada por la sociedad, la restringe y condiciona al cumplimiento de unos requisitos adicionales no exigidos ni legal ni reglamentariamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión de la Registradora Mercantil núm. VI de, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios mediante el reconocimiento del derecho de los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas a obtener un informe de las cuentas anuales verificadas por un experto independiente, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha garantizado el derecho del solicitante al informe de auditoría, pues como indicó la Registradora Mercantil núm. VI de, la única forma de conseguir este objetivo es la indicada por esta Dirección General, es decir, la inscripción del nombramiento, la entrega al socio minoritario del referido informe o su incorporación al expediente y ninguna de ellas ha sido realizada por la sociedad, a pesar de haber dispuesto de un plazo especial concedido por la Registradora Mercantil a tal fin.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación «Trinity 2002, S. L.»,

contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil núm. VI de el 10 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 24 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sra. Registradora Mercantil núm. VI de

Resolución de 24 de febrero de 2011 (3.ª)

En el expediente 3/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una sociedad socia de «Supermercados Broncemar, S. L.».

HECHOS

I

Don, como administrador solidario de «Supermercados Tigaya, S. L.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 21 de septiembre de 2009 solicitando, al amparo de los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 203 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y 351 del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de 4.150 participaciones de «Supermercados Broncemar, S. L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas anuales del ejercicio finalizado el 30 de junio de 2009.

II

La sociedad, a través de su presidente don, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que las cuentas anuales de la sociedad están confeccionadas para los ejercicios requeridos y que el solicitante se niega a firmarlas y a celebrar consejo de administración para convocar la junta general que las apruebe. 2.º) Que estima dudosa la legitimación del solicitante cuando es del grupo de socios, cuyo representante, siendo consejero, impide la aprobación de las cuentas. Por tanto, no es oportuno la emisión de un informe de auditoría sobre cuentas que no han sido aprobadas. 3.º) Que la actuación del peticionario contraviene la doctrina de los actos propios, la cual exige una actuación de buena fe.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 16 de octubre de 2009, resolvió no acceder al escrito de oposición de la sociedad. Tras señalar que la sociedad solicitante reúne los requisitos exigidos por el artículo 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación con los artículos 350 y 351 del Reglamento del Registro Mercantil, para formular la solicitud de auditoría, rechaza las alegaciones vertidas por la sociedad diciendo: 1.º) Que el Registrador no puede entrar a considerar y dilucidar las actitudes y conflictos que puedan existir entre los socios o entre éstos y los administradores de la sociedad, cuestión que escapa al ámbito de la calificación registral; 2.º) Que el hecho de que la sociedad haya contactado con auditor para que emita informe de auditoría no puede impedir que el socio ejercite su derecho, a menos que la auditoría voluntaria cumpla las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, las cuales no se han cumplido en este procedimiento. 3.º) Que es irrelevante que las cuentas anuales no hayan sido aprobadas por la Junta General puesto que el informe de auditoría cumple la función de informar a los socios sobre como han sido formuladas las cuentas y sobre si éstas ofrecen la imagen fiel del patrimonio de la sociedad. 4.º) Que el conocimiento de la situación contable tampoco enerva su derecho, siendo distinto el derecho de información del artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas y el de auditoría del artículo 205 de la propia Ley y, por tanto, independientes en su ejercicio. Además, el solicitante no actúa en nombre propio sino como representante persona física de un socio persona jurídica de la entidad de la que solicita el nombramiento. 5.º) Que el firmante del escrito no es miembro del Consejo de Administración pero, aunque lo fuera, esta circunstancia no le impide ejercitar un derecho que la ley le atribuye por su condición de socio. 6.º) Que el hecho de que la sociedad haya obtenido un pronunciamiento judicial favorable, no es motivo para rechazar la presente solicitud, dado que se trata de procedimientos diferentes: el procedimiento sobre el que recayó una resolución favorable a los intereses de la sociedad se refirió a las cuentas del 2004 y 2005, mientras que el iniciado con la presente solicitud corresponde a las cuentas de 2008. 7.º) Que no es competencia del Registrador Mercantil dilucidar cuestiones relativas a la buena o mala fe del solicitante de la auditoría, por estar atribuido su conocimiento a los Tribunales de Justicia.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones aducidas en su escrito de oposición y añadiendo que la resolución registral no ha entrado a conocer del fondo del asunto, citado como fundamento de su decisión los artículos 6 y 58 del Reglamento del Registro Mercantil, cuando precisamente este último artículo establece que la calificación registral se extenderá a todos los extremos señalados en el artículo 6 del Reglamento del Registro Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Regla-

mento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de junio y 15 de octubre de 1993 y, como más recientes, las de 2 de noviembre y 3 de diciembre de 2007 y 17 de diciembre de 2009.

1.º La primera cuestión que plantea el presente expediente es la relativa a la competencia atribuida al Registrador Mercantil en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas. Dicha competencia está delimitada en los artículos 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil siendo aplicable, supletoriamente, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Conforme a la citada regulación la actuación del Registrador se limita a una declaración fundada en derecho sobre la procedencia o improcedencia del nombramiento de auditor solicitado por la minoría, lo que excluye dilucidar cuestiones relativas a conflictos entre socios o entre éstos y los administradores sociales.

Por tanto, el Registrador Mercantil, en contra de lo alegado, sí ha conocido el fondo del asunto en lo que se refiere a la procedencia o no del nombramiento solicitado y ello aunque haya manifestado, con acertado criterio, que no puede pronunciarse, dado lo limitado del conocimiento que este procedimiento le atribuye, sobre los conflictos existentes entre socios y administradores y que deben ser resueltos en instancias judiciales.

2.º El hecho de que las cuentas no hayan sido aprobadas por la Junta General no impide que el socio minoritario ejercite este derecho, cuya finalidad esencial es la de verificar si la llevanza de la contabilidad es o no ajustada a derecho por parte de expertos independientes y solo está condicionado a que los solicitantes reúnan las circunstancias de capital y tiempo que se mencionan en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin que haya de esperarse a la previa celebración de la Junta para la aprobación de las cuentas anuales. Muy por el contrario, básicamente lo que la Ley ha pretendido con este nuevo derecho, aunque puede cumplir otras finalidades, es, precisamente, que los socios puedan disponer de dicho informe antes de la celebración de dicha asamblea general con el fin de proceder –con mayor conocimiento de causa– a la aprobación o no de las cuentas anuales que les presentan los órganos sociales.

3.º Las dudas que la sociedad plantea sobre la legitimación de la empresa solicitante de la auditoría por ser miembro del Consejo de Administración –afirmación ésta que el Registrador Mercantil niega– han de quedar resueltas teniendo en cuenta que, aún en el supuesto de que concurriera en el solicitante la condición de administrador social o miembro del Consejo de Administración, éste podría ejercitar el derecho a la verificación contable por ser un derecho que la ley le atribuye por su condición de socio. Esta imposibilidad solo existiría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales, por tratarse de un administrador único o bien por ser un administrador soli-

dario, dado que en este supuesto habría podido contratar los servicios de un auditor de cuentas sin necesidad de concurrir con los demás administradores.

4.º El conocimiento que ha podido tener el socio minoritario sobre la situación contable tampoco enerva su derecho, puesto que los derechos de información y auditoría, aunque relacionados, son diferentes, por su finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio, siendo así que el ejercicio de uno no impide el del otro.

5.º Según abundantísima doctrina de este Centro Directivo, que nuevamente se reitera, no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido, las motivaciones que llevan a los socios a solicitar la auditoría, ya que si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho, el fraude de ley o su ejercicio antisocial (*cfr.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, presidente de «Supermercados Bronce-mar, S. L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de el 16 de octubre de 2009.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 24 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 24 de febrero de 2011 (4.^a)

En el expediente 25/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Reca Agrindus, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de, 4 de enero de 2010, solicitando, como titular de más del 5% del capital social de «Reca Agrindus, S. L.» y al amparo de lo dispuesto en los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su administradora solidaria, doña, se opuso a dicha pretensión alegando que la sociedad nombró auditor de cuentas para los ejercicios 2009, 2010 y 2011 a la firma «Contesa Consultores de Técnicas Empresariales, S. L.».

III

La Registradora Mercantil núm. IV de, con fecha 18 de enero de 2010, acordó estimar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado ya que, como ha establecido la Dirección General de los Registros y del Notariado, el encargo de una auditoría por la sociedad enerva el derecho del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas siempre que se cumpla una doble condición: 1.º) Que se haya efectuado con anterioridad a la presentación de la instancia pidiendo el auditor al Registro; y 2.º) Que se haya garantizado 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 auditoría correspondiente, o por la incorporación del citado informe al propio expediente de nombramiento. En el supuesto ahora examinado se cumplen los presupuestos establecidos por dicha doctrina, habiendo procedido la sociedad a nombrar auditor para los tres próximos ejercicios a «Contesa Consultores de Técnicas Empresariales, S. L.», constando inscrito dicho nombramiento en la inscripción 9.^a de la hoja abierta a la sociedad, con fecha 11 de diciembre de 2009, en virtud de la documentación presentada por la sociedad el día 5 de ese mismo mes y año.

IV

Contra dicha resolución el solicitante de la auditoría interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que el solicitante representa más del 5% del capital social y solicitó el nombramiento de auditor de cuentas el 2 de enero de 2010; y 2.º) Que la inscripción del nombramiento por la sociedad supone una clara vulneración del artículo 355

del Reglamento del Registro Mercantil y por ello solicita su cancelación; 3.º) Que también solicitó el nombramiento de auditor de cuentas para los anteriores ejercicios, estando pendiente de resolución por la Dirección General de los Registros y del Notariado la solicitud de nombramiento del ejercicio 2008. Precisamente, las cuentas correspondientes a ese ejercicio fueron presentadas para su depósito en el Registro Mercantil y calificadas con defectos. Dichas incidencias no le fueron comunicadas en ningún momento.

V

Finalmente, el 2 de agosto de 2010 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio de la Registradora mercantil núm. IV de al que adjuntaba un escrito de alegaciones presentado por don, alegando básicamente, que los informes de auditoría de cuentas realizados por las firmas auditoras contratadas por la sociedad adolecen de inexactitudes y errores, como confirmó el Juzgado de lo Mercantil de en las sentencias 400/2006 y Sentencia 113/2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo de 1993, 19 de julio de 1994 y, como más recientes, las de 4 de octubre y 30 de noviembre de 2005 y 24 de octubre de 2006.

1.º Procede confirmar en el presente expediente –y por su propio fundamento– la decisión adoptada por la Registradora Mercantil núm. IV de en lo que se refiere a la no procedencia del nombramiento de auditor solicitado, dado que, aunque, efectivamente, el socio minoritario reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos para solicitarlo, su derecho ha quedado enervado al acreditar la sociedad que había nombrado con carácter previo un auditor para el ejercicio 2009, cuya auditoría pretende y para los ejercicios 2010 y 2011.

Como indicó la Registradora Mercantil núm. IV de la sociedad cumplió las dos condiciones exigidas por este Centro Directivo, para que el nombramiento voluntario de auditor pudiera enervar el derecho del solicitante, puesto que acreditó la previa contratación de la auditoría y, asimismo, el 5 de diciembre de 2009, es decir, con anterioridad a que el solicitante presentara su instancia en el Registro Mercantil, el 4 de enero de 2010, dichos documentos se presentaron para su inscripción en el Registro, causando, finalmente, la inscripción 9.ª de 11 de diciembre de 2009, con lo que también se ha garantizado el derecho del solicitante al informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2009.

Respecto a dicha inscripción, cuya cancelación solicita, cabe recordar al recurrente que los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales de Justicia y despliegan todos sus efectos, en tanto no se ordene su rectificación en la correspondiente resolución judicial.

2.º No puede prosperar tampoco la nueva alegación que contiene el escrito de recurso, sobre la falta de información de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2008 pues, como es de general conocimiento, a través del depósito de cuentas en el Registro Mercantil los socios, los acreedores y terceras personas relacionadas con la sociedad pueden acceder y conocer todos los documentos contables depositados (art. 220.2 de la Ley de Sociedades Anónimas).

3.º Por último, indicar que las irregularidades e inexactitudes de los informes de auditoría que alega el recurrente no pueden tener incidencia alguna en esta resolución, dado el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento de nombramiento registral de auditor solicitada por la minoría, sin perjuicio de la posibilidad siempre existente del ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores sociales, si fue su actuación la causante de las inexactitudes alegadas. Por su parte, la Ley de Auditoría de Cuentas y su Reglamento de ejecución prevén acciones de responsabilidad de los auditores que, en su caso, podrán ser ejercitadas ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, solicitante de la auditoría de cuentas, contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil núm. IV de el 18 de enero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 24 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sra. Registradora Mercantil núm. IV de

Resolución de 24 de febrero de 2011 (5.ª)

En el expediente 59/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Gestoría de Benito, S. L.».

HECHOS

I

Doña presentó el 19 de febrero de 2010 en el Registro Mercantil de un escrito solicitando, al amparo de los artículos 84 y 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de un número de participaciones sociales equivalentes a más del 5% del capital social de «Gestoría de Benito, S. L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, representada por su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando que no procede dicho nombramiento porque la sociedad quedó disuelta de pleno derecho el 17 de diciembre de 2008 por aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales y, en consecuencia, sería imposible remunerar al auditor.

III

El Registrador Mercantil núm. XII de, con fecha 9 de marzo de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad. Tras señalar que la solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos para solicitar el nombramiento, rechazó la alegación societaria, dado que del contenido del propio registro no resulta la disolución social, ni tampoco ha sido acreditada por la sociedad, al no aportar la correspondiente sentencia firme que decreta la disolución. Como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, a partir de la disolución de la sociedad se abre un proceso de liquidación, por lo que la sociedad no se encuentra extinguida, sino disuelta, lo que no es obstáculo para el ejercicio del derecho reconocido por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, en base a la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en liquidación, cuya personalidad jurídica subsiste mientras no se haya procedido a la aprobación del balance final de liquidación, del informe completo de las operaciones liquidatorias y del reparto del activo sobrante entre los socios.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, resumidamente: 1.º) Que para una mejor comprensión de la situación de la empresa, importa indicar que la solicitante de la audi-

toría de cuentas es la ex cónyuge del administrador, según sentencia de divorcio de 6 de junio de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Móstoles. 2.º) Que en el ámbito de dicho proceso de divorcio, la solicitante de la auditoría instó la remoción del administrador único, petición que fue denegada mediante el Auto de 20 de noviembre de 2009 que señaló que conforme al artículo 4 de la Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales, la sociedad quedó disuelta por no cumplir los requisitos exigidos en dicha Ley, ya que ambos litigantes son socios al 50% y solo el demandado reúne la condición de gestor profesional. 3.º) Que dicho Auto finalizaba diciendo que el acuerdo de disolución no aprobado por la sociedad, debido al voto en contra de la actora, debe entenderse suplido por las previsiones legales y, en la actualidad, la mercantil «Gestoría de Benito, S. L.» no existe en el mundo jurídico.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de junio de 1993, 18 de febrero de 1994, 11 de abril de 2000 y, como más recientes, las de 23 de noviembre, 9 de diciembre de 2005, 31 de octubre de 2006 y 10 de mayo de 2007.

Procede confirmar el fundamento del acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. XII de, dado que la decisión voluntaria o legal –como es el caso– de disolver una sociedad comporta también, por expresa disposición de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, la apertura de un proceso liquidatorio durante el cual la personalidad jurídica de la sociedad subsiste –en garantía de acreedores y terceros– en tanto no se haya procedido al reparto del activo sobrante entre los socios y a la cancelación de los asientos registrales referentes a la sociedad extinguida. Como ha mantenido este Centro Directivo, en esta fase de liquidación es posible ejercitar el derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 205.2 del la Ley de Sociedades Anónimas también durante la fase liquidatoria de la sociedad.

Además de lo anterior, la sociedad que debió abrir un proceso de liquidación y no lo hizo, sigue estando obligada a la presentación de cuentas anuales para su depósito en el Registro Mercantil, acompañadas –cuando lo soliciten socios que reúnan las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidos– del correspondiente informe de auditoría.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de «Gestoría de Benito, S. L.» contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil núm. XII de el 9 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación adminis-

trativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 24 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sra. Registradora Mercantil núm. XII de

Resolución de 25 de febrero de 2011 (1.ª)

En el expediente 65/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ingeniería y Economía para el Sur, S. A.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 22 de febrero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Ingeniería y Economía para el Sur, S. A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la administración de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas a doña, tal como consta en la escritura autorizada por don, debidamente inscrita en el Registro Mercantil.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 2 de marzo de 2010, acordó estimar la oposición planteada por la sociedad. Tras señalar que la entidad mercantil solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor enerva el derecho de la solicitante, dado que cumple las dos condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, la inscripción del nombramiento de auditor fue practicada el 11 de

noviembre de 2009, es decir, con anterioridad a que la solicitante presentara su instancia en el Registro Mercantil solicitando el nombramiento registral de auditor.

IV

Contra dicha resolución la solicitante de la auditoría interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis: 1.º) Que si como indicó la Registradora Mercantil en la resolución recurrida para que el nombramiento de auditor enerve el derecho de la solicitante es necesario que se acredite la salvaguarda del mismo, en el caso presente, no se ha cumplido esta condición, cuando la Junta General de accionistas no le permitió el acceso a la misma. 2.º) Que la solicitud de nombramiento de auditor para el ejercicio 2008 se encuentra recurrida ante la Dirección General, pues como el propio Registrador mercantil indicó en la resolución de aquel expediente, el nombramiento voluntario de auditor se presentó para su inscripción el 21 de enero de 2009 siendo suspendida por determinados defectos, todos ellos subsanables excepto el 5.º, dado que el registro se encuentra provisionalmente cerrado por falta de depósito de cuentas. La sociedad todavía no ha subsanado este defecto, ya que las cuentas del ejercicio 2007 se encuentran pendientes de depósito. 3.º) Que la asesora fiscal de la sociedad tiene relación de parentesco con la auditora de cuentas nombrada voluntariamente, por lo que carece de independencia respecto de esta sociedad. 4.º) Que, tal como resulta del tenor literal del acta de la Junta general celebrada el 13 de octubre de 2009, la convocatoria y constitución de dicha Junta general incurrieron en graves defectos de forma que determinan el incumplimiento de las normas estatutarias de la compañía. Finalizaba solicitando la cancelación de la inscripción 5.ª que recoge el nombramiento de auditor voluntario para verificar las cuentas del ejercicio 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º Procede confirmar, por sus propios fundamentos la decisión de la Registradora Mercantil de, frente a la cual no puede prosperar ninguna de las alegaciones formuladas por la recurrente. En efecto, la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios, reconociéndoles el derecho a obtener un informe de las cuentas anuales del ejercicio económico vencido, verificadas por un auditor de cuentas, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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.

En el supuesto analizado, la sociedad ha acreditado la concurrencia de ambas condiciones, puesto que mediante la escritura pública autorizada por el Notario de, don, se elevó a público el acuerdo social de nombramiento de la auditora de cuentas. La inscripción de dicha escritura asegura el acceso de la solicitante al informe de auditoría, pues la sociedad cuando presente las cuentas correspondientes a dicho ejercicio económico para su depósito en el Registro Mercantil habrá de acompañarlas del referido informe.

2.º No puede prosperar la pretensión de la recurrente de que sea cancelada la inscripción 5.ª practicada en la hoja abierta a la sociedad, pues los asientos del Registro Mercantil se encuentran bajo la salvaguarda de los Tribunales de Justicia y producen todos sus efectos en tanto que no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad. Si la interesada considera que la administración social no convocó la Junta general conforme a los requisitos legales y estatutarios establecidos podrá ejercitar acción de responsabilidad de los administradores.

3.º Por último recordar que este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas se limita a declarar la procedencia o improcedencia del nombramiento solicitado. Las cuestiones suscitadas en torno a la independencia del auditor deberán ponerse en conocimiento del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas que es el organismo encargado de velar por el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias que disciplinan la actividad auditora.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, solicitante de la auditoría de cuentas para «Ingeniería y Economía para el Sur, S. A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 2 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 25 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 25 de febrero de 2011 (2.^a)

En el expediente 70/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Previges, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 16 de febrero de 2010 solicitando, al amparo del artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de 68 participaciones, representativas de más del 5% del capital social de la entidad mercantil «Previges, S. L.», la designación de un auditor para el examen de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través del Secretario del Consejo de Administración, don y don, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que tal como se deduce de la instancia del solicitante no concurre ninguna de las causas previstas en el artículo 205 del Reglamento del Registro Mercantil que justifique la separación del socio. 2.º) Que el ejercicio del derecho a la verificación contable no es un derecho absoluto sino que ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

III

El Registrador Mercantil núm. XIII de, con fecha 18 de marzo de 2010, tras señalar que el socio minoritario reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, resolvió no admitir la oposición interpuesta por la sociedad. Entiende que lo verdaderamente solicitado por el socio minoritario es el nombramiento registral de auditor de cuentas para la verificación del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009, aunque hubiera incurrido en un error material que no ha de afectar a la esencia de su derecho. El hecho de no haber indicado la causa de la petición no debe ser óbice para el reconocimiento de este derecho, dado que, como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, es indiferente en estas solicitudes la inexpressión de la causa o su expresión inadecuada por ser ésta siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Respecto a las motivaciones que la sociedad atribuye al peticionario, también es abundantísima la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado señalando que resulta imposible examinar en este trámite, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido, las motivaciones que llevan a los socios a solicitar la auditoría, ya que si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, casi literalmente, las alegaciones previamente vertidas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de enero, 8 de junio y 8 y 24 de septiembre de 1993, y, como más recientes, las de 11, 19, 24 y 27 de enero de 2007.

Procede confirmar en el presente expediente –y por sus propios fundamentos– la resolución dictada por la Registradora Mercantil núm. XIII de que, siendo ajustada a derecho, no es desvirtuada por las alegaciones de un escrito de recurso que se limita a reiterar las previamente formuladas en su escrito de oposición y que fueron motivadamente rechazadas siguiendo la doctrina sentada por este Centro Directivo.

1.º En cuanto a la causa de la solicitud, en las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de auditoría previa. Por ello, el Reglamento del Registro Mercantil no exige la expresión, de carácter puramente formal, de la causa que motiva la petición cuando se trata, como en el caso que nos ocupa, de sociedades no obligadas a la verificación contable y por ello no lo exige en el artículo 359 del citado texto reglamentario que instrumenta, precisamente, las solicitudes basadas en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Es cierto que el artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil, inicia la regulación del procedimiento de nombramiento registral de auditor con las solicitudes para sociedades obligadas a verificación contable, es decir, las fundadas en el artículo 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, respecto de las cuales la mención de la causa de la petición es imprescindible para determinar si es una de las tasadas legalmente, lo que no ocurre en aquellas instancias dirigidas a obtener el nombramiento de auditor de cuentas, en el ejercicio del derecho reconocido a las minoría por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

2.º Tampoco pueden prosperar los motivos que la sociedad atribuye al peticionario, ya que este Centro Directivo tiene declarado que no pueden examinarse en este procedimiento, dado lo limitado del conocimiento que tiene atribuido, las motivaciones que llevan a los socios a solicitar la auditoría, ya que si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que

en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don y don, Consejero delegado de «Previgés, S. L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. XIII de el 18 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 25 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sra. Registradora Mercantil núm. XIII de

Resolución de 25 de febrero de 2011 (3.ª)

En el expediente 68/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inmuebles Morada, S. L.».

HECHOS

I

Don, administrador único de «Nuevo Encinar, S. A.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 8 de febrero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más 5% del capital social de «Inmuebles Morada, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la administración de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas en la Junta General celebrada el 28 de septiembre de 2009, lo que acreditó mediante copia simple de escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don, el 15 de febrero de 2010, bajo el número 341 de su protocolo notarial.

III

El Registrador Mercantil núm. IX de, con fecha 19 de febrero de 2010, acordó suspender el procedimiento para que en el plazo de diez días acreditara, fehacientemente, la inscripción del nombramiento o el haber puesto el informe de auditoría a disposición del socio minoritario. A dicho requerimiento la indicada representación contestó mediante escrito presentado el 5 de marzo de 2010, alegando que no existe ningún precepto reglamentario que establezca la obligación de presentar el informe de auditoría de cuentas en el Registro. Continuó alegando que no debe olvidarse que el socio minoritario fue, debidamente, convocado a la Junta general en la que se aprobó el nombramiento. Finalizó alegando que está exigencia adicional resulta sumamente gravoso para la sociedad.

IV

El Registrador Mercantil núm. IX de, con fecha 10 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la entidad mercantil solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor no concurren las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, la sociedad no ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de cuentas.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es incrementar los mecanismos de información sobre la actividad llevada a cabo por los administradores sociales para, en su caso, censurarla en la Junta General. Sin embargo, esta finalidad también se alcanza con el nombramiento de auditores por los administradores sociales con anterioridad a la petición del socio minoritario. 2.º) Que la resolución de la Registradora Mercantil, aún reconociendo la virtualidad enervatoria de la auditoría contratada por la sociedad, la restringe y condiciona al cumplimiento de unos requisitos adicionales no exigidos ni legal ni reglamentariamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión del Registrador Mercantil núm. IX de, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritario mediante el reconocimiento del derecho de los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas a obtener un informe de las cuentas anuales verificadas por un experto independiente, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha garantizado el derecho del solicitante al informe de auditoría, pues como indicó el Registrador Mercantil de, la única forma de conseguir este objetivo es la indicada por esta Dirección General, es decir, la inscripción del nombramiento, la entrega al socio minoritario del referido informe o su incorporación al expediente y ninguna de ellas ha sido realizada por la sociedad, a pesar de haber dispuesto de un plazo especial concedido a tal fin por el Registrador Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de «Inmuebles

Morada, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. IX de el 10 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 25 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sra. Registradora Mercantil núm. IX de

Resolución de 25 de febrero de 2011 (4.ª)

En el expediente 77/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Paviments y Parquets, Hermanos Sánchez, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 19 de febrero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Paviments y Parquets, Hermanos Sánchez, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la sociedad no está obligada a la verificación contable, al poder presentar en el Registro Mercantil sus cuentas en forma abreviada. No obstante, su administración ha encargado a un profesional habilitado el examen de las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2009.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 10 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisi-

tos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, pues para que el nombramiento voluntario efectuado por la sociedad pueda enervar el derecho del solicitante, se ha de acreditar, en la forma prevista en el artículo 1.227 del Código Civil, que es anterior a la presentación de la instancia del socio minoritario. Asimismo, se ha de garantizar el derecho del socio al informe de auditoría, en cualquiera de las siguientes formas: mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo que la sociedad ofrece para el mismo ejercicio 2009 un informe realizado por un profesional habilitado al efectos. De conformidad con la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, con independencia del origen del nombramiento, su labor debe entenderse realizada de forma independiente e imparcial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

No puede prosperar, frente al fundamento de la decisión de la Registradora Mercantil de, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios, para lo cual dicho artículo reconoce su derecho a conocer si la contabilidad social refleja la situación patrimonial y financiera de la empresa, mediante un informe de auditoría realizado por un auditor de cuentas, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento –registral, voluntario o judicial– 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de

auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, pues no basta la mera alegación de haber contratado los servicios de un profesional para verificar el ejercicio económico vencido, sino que se ha de acreditar que la sociedad ha contratado los servicios de un auditor de cuentas con anterioridad a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento, lo que la sociedad no ha hecho en ningún momento del procedimiento ni tampoco en esta instancia de alzada ante la Dirección General. Tampoco ha cumplido la segunda condición requerida que es la de garantizar el derecho del socio al informe de auditoría, puesto que ni ha procedido a presentar la documentación necesaria para la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, ni ha aportado el informe al expediente ni tampoco lo ha hecho llegar al socio minoritario. Por tanto, debe ser reconocido el derecho de este último al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de «Paviments y Parquets, Hermanos Sánchez, S. L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de el 10 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 25 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sra. Registradora Mercantil de.....

Resolución de 25 de febrero de 2011 (5.ª)

En el expediente 73/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Frescomain, S. L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 8 de febrero de 2010, solicitando, al amparo, del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular del 8,75% del capital social de «Frescomain, S. L.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad afectada por la solicitud de auditoría, para que ejercitara, si lo estimaba oportuno, el derecho que le reconoce el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, ésta no formuló oposición al nombramiento de auditor solicitado.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 10 de marzo de 2010, tras comprobar que la peticionaria reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, acordó declarar procedente el nombramiento, dado que la sociedad no alegó causa alguna de enervación del derecho que a los socios minoritarios les reconoce el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

IV

Contra dicha resolución don, como representante legal de la sociedad, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando en síntesis, que la sociedad nunca tuvo conocimiento de la presentación de la instancia solicitando el nombramiento registral de auditor. Sin negar la práctica de la notificación, mantuvo que, como consecuencia del divorcio de la solicitante de la auditoría de cuentas y del representante legal de la sociedad, el domicilio de ésta ya no se encuentra en el que figura en el Registro Mercantil. La solicitante pudo haber indicado el último domicilio de la entidad mercantil, pero no lo hizo, en una clara estrategia orquestada para lograr que no se opusiera al nombramiento. Finalizó, solicitando la nulidad de la resolución dictada por haber generado indefensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 6, 18, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005 y 14 de febrero de 2006.

1.º No puede prosperar la pretensión del recurrente dirigida a obtener la nulidad de la resolución impugnada. En primer lugar, es obligación de la administración de la sociedad comunicar en el Registro Mercantil competente los cambios de domicilio de la empresa, tal como dispone el artículo 18 del Reglamento del Registro Mercantil, pues es misión del Registro dar publicidad a los actos y situaciones del empresario individual y de las sociedades, en garantía no solo de sus derechos, sino también de los derechos de terceros relacionados con la empresa. Pero, por si esto fuera poco, el desconocimiento alegado por la sociedad sobre la presentación de la instancia solicitando el nombramiento de auditor de cuentas, para presentar su oposición, no puede mantenerse, al menos en esta resolución, pues ha sido compensado en esta instancia de alzada ante la Dirección general de los Registros y del Notariado, tal como lo demuestra el recurso que hoy se resuelve, en el que la sociedad recurrente ha podido alegar ampliamente todas las cuestiones formales y de fondo que pueden enervar el derecho de la peticionaria, sin que la haya formulado en esta instancia más que la alegación relativa a una notificación infructuosa y la supuesta actuación oblicua de la solicitante, en un intento de impedir que se practicara la notificación cursada por la Registradora Mercantil.

2.º Tampoco puede prosperar la supuesta actitud de obstrucción y dejadez por parte de la peticionaria, dado que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones que llevan al socio a formular su petición de auditoría, ya que si bien es cierto, que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don en representación de «Frescomain, S. L.» y confirmar la Resolución de la Registradora Mercantil de de 10 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 25 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sra. Registradora Mercantil de.....

Resolución de 25 de febrero de 2011 (6.ª)

En el expediente 80/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hostelería Fercos Valencia, S. L.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 25 de febrero de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, como titular de más del 5% del capital social de «Hostelería Fercos Valencia, S. L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador mancomunado, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitante ha sido hasta el 3 de julio de 2009 administradora mancomunada de la sociedad. Con posterioridad a su cese continuó en la administración social su padre, don 2.º) Que la verdadera intención de la solicitante es irrogar un perjuicio a la sociedad causándole un quebranto económico.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 11 de marzo de 2010, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, en base a que el hecho de que la solicitante haya ostentado el cargo de administradora solidaria no puede impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socia. Esto solo ocurriría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales. El conocimiento que haya podido tener de las cuentas

sociales y de la marcha de la empresa tampoco afecta a su derecho al nombramiento registral de auditor, puesto que derecho de información y de auditoría, aunque complementarios, resultan diferentes por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a sus condiciones de ejercicio. Respecto al abuso de derecho, resulta imposible examinar en este procedimiento las motivaciones que han llevado a la peticionaria a solicitar la auditoría de cuentas. La sociedad siempre tendrá expedita la vía judicial civil para reclamar, en su caso, los perjuicios ocasionados por la supuesta actuación maliciosa.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación de la sociedad interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando literalmente las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo, 8 de junio y 24 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 6 de junio, 4 de octubre, 23 y 26 de noviembre de 2005 y 19 de junio de 2007.

1.º No pueden prosperar en el presente expediente ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de recurso. En primer lugar, como se indicó en el acuerdo recurrido, el hecho de que la peticionaria haya ostentado la administración mancomunada de la sociedad no puede impedir que ejercite un derecho que por ley le corresponde. Como ha mantenido esta Dirección General de los Registros y del Notariado, esto solo ocurriría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o hubiera ejercido la administración con carácter solidario, pues en estos últimos supuestos habría podido contratar por sí misma los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración, lo que no ocurre en caso de ejercer la administración mancomunadamente, dado que, para contratar la auditoría de cuentas, habría tenido que contar con el consentimiento del/los administradores mancomunados (*cf.* art. 1.694 del Código Civil).

2.º Tampoco puede prosperar la alegación societaria que atribuye a la solicitante la intención de perjudicar a la sociedad pues, como indicó el Registrador Mercantil, las determinaciones internas que han llevado a la socia a solicitar la auditoría no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido y si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento

jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

3.º Por último, en cuanto al derecho a examinar las cuentas, o derecho de información, es un derecho que, aunque complementario del de auditoría, resulta distinto por su finalidad y requisitos e independiente en su ejercicio, ya que este último pretende un informe de las cuentas anuales realizado por un profesional independiente.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador mancomunado de «Hostelería Fercos Valencia, S. L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de el 11 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 25 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 28 de febrero de 2011 (1.ª)

En el expediente 89/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Eminges, S. L.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 11 de enero de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 31,666% del capital social de «Eminges, S. L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del ejercicio 2007. Alegó ser legataria del tercio de libre disposición del difundo don, que ostentaba el 95% del capital social. Acompaña copia autorizada del testamento por él otorgado el 28 de diciembre de 2006 ante el Notario don, con núm. 4619 de su protocolo.

II

La sociedad, a través de su apoderada, doña, se opuso a dicho nombramiento negando la legitimación de la solicitante por no ser socia ni titular de participaciones de la sociedad. Su legado es de parte alícuota y, por lo tanto, no se proyecta sobre ningún bien concreto de la herencia hasta el momento de su individualización.

III

A la vista del anterior escrito, el Registrador Mercantil núm. V de, el 2 de marzo de 2009, requirió a la sociedad para que identificara a la persona que firmó el escrito de oposición, a efectos de calificar su representación, dado que conforme al Registro, la sociedad se rige por dos administradores mancomunados. A dicho requerimiento doña contestó mediante escrito en el que señaló que la sociedad estaba representada por dos administradores mancomunados, don y doña y adjuntó escritura de apoderamiento, de la que resultaba su condición de administradores mancomunados.

IV

El Registrador Mercantil núm. V de, con fecha 23 de marzo de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado. Entiende que, en orden a la legitimación de la solicitante, interesa hacer constar que existe un caudal hereditario que no ha sido repartido entre los interesados, al cual pertenece la solicitante que ha probado su legitimación mediante la aportación de un principio de prueba por escrito a través de copia del testamento en el que figura como legataria del tercio de libre disposición del causante, lo que significa que ha acreditado tener interés legítimo en una comunidad hereditaria titular de las participaciones sociales que invoca y que, como tal, puede ejercitar el derecho de auditoría, puesto que a través de él ejercita un derecho de administración o gestión, que no de disposición de bienes.

V

Contra dicha resolución don y doña, administradores mancomunados de «Eminges, S. L.», interpusieron en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General insistiendo en la falta de legitimación de la solicitante por no concurrir en ella ser partícipe, al menos, del 5% del capital de la sociedad. Entienden: 1.º) Que, efectivamente, existe un legado a su favor en el testamento del Sr. M. C., sin embargo es un legado de cuota y, por tanto, para traducirse en bienes concretos es necesaria su previa individualización y entrega que a día de hoy no se ha materializado. 2.º) Que los herederos intentaron la entrega del legado a la solicitante pero la legataria rehusó recibirlo. 3.º) Que conforme a la doctrina del Tribunal Supremo y de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado el legatario de cuota no es más que un legatario y no puede tomar ni decidir por sí los bienes de su cuota (art. 885 del Código Civil). 4.º) Que, en atención a lo expuesto, el hecho de que la solicitante sea legataria no implica que tenga la condición de socia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de septiembre y 15 de noviembre de 1993, 4 de febrero de 1994 y 30 de septiembre, 8 de noviembre de 2005 y 21 de mayo de 2009.

Niega la sociedad en el presente expediente la legitimación de la peticionaria por no ostentar la condición de partícipe titular, al menos, del 5% del capital social, sin que los argumentos en que se apoya puedan prosperar. Entiende, y no es cierto, que la condición de legataria no le otorga automáticamente la condición de socia, ya que solo tiene una expectativa de derecho que no se concreta hasta que se reparta y adjudique la herencia. En efecto, la solicitante ha probado su legitimación mediante la aportación de un principio de prueba por escrito (testamento otorgado el 28 de diciembre de 2006 por don ante el Notario de don con el número 4619 de su protocolo, legándole el tercio de libre disposición), lo que significa, como acertadamente señala el Registrador Mercantil, que ha acreditado formar parte de una comunidad hereditaria titular de las participaciones sociales del causante y que, como tal, puede ejercitar el derecho de auditoría, puesto que, a través de él, ejercita un derecho de gestión o administración, que no de disposición de bienes.

Resulta irrelevante en este procedimiento de nombramiento de auditor de cuentas, la naturaleza de su derecho, así como las vicisitudes habidas en el seno de la comunidad hereditaria para individualizar el/los bienes que pueden ser objeto del legado de cuota que ostenta la solicitante. Por el contrario, resulta fundamental el hecho no cuestionado por la sociedad, de que la solicitante, en el momento presente, forma parte de una comunidad hereditaria.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don y doña, en representación de «Eminges, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. V de el 23 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 28 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 28 de febrero de 2011 (2.ª)

En el expediente 83/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ancalmal Restauración, S. L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 5 de febrero de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, como titular de más del 5% del capital social de «Ancalmal Restauración, S. L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad no está obligada a la auditoría de cuentas, no existiendo hasta la fecha ningún requerimiento de información por parte del solicitante. 2.º) Que la instancia no expresa la causa de la petición. 3.º) Que la situación económica por la que atraviesa la sociedad no le permite sufragar los gastos de auditoría.

III

El Registrador Mercantil núm. III de, con fecha 24 de abril de 2010, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, en base a que la invocación a la mala fe y la inexistencia de causa legítima en la solicitud no pueden privar al socio de ejercitar su derecho. En cuanto a los gastos de la auditoría, éstos por disposición expresa del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas corren siempre a cargo de la sociedad.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando literalmente las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición y añadiendo que, en caso que se proceda al nombramiento de auditor de cuentas, se haga constar a los socios su obligación de hacer las aportaciones necesarias en proporción a su participación social, para sufragar los honorarios del auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo, 8 de junio y 24 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 6 de junio, 4 de octubre y 23 y 26 de noviembre de 2005.

1.º No pueden prosperar en el presente expediente ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de recurso. En cuanto a la causa de la solicitud, este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente que, en las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable, ésta es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de auditoría previa. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que regula, precisamente, las solicitudes de nombramiento registral de auditor de cuentas, en base al derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, no exige su expresión, de carácter puramente formal, siendo indiferente en este procedimiento su inexpressión o expresión inadecuada o insuficiente.

2.º Por lo que se refiere al costo económico que la auditoría supone para la sociedad en la difícil situación económica en que se encuentra, cabe solo reiterar que el coste de la auditoría –por disposición expresa de la Ley y sin margen interpretativo alguno– corre siempre a cargo de la sociedad y, respecto a la negativa imagen que supone, apreciación que no se comparte, es irrelevante a los efectos del recurso que nos ocupa y, en consecuencia, no oponible frente al derecho de un accionista que reúne los requisitos de capital y tiempo que la Ley exige para que tenga que serle reconocido su derecho al nombramiento registral.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador solidario de «Ancalmal Restauración, S. L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil núm. III de el 24 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 28 de febrero de 2011. Sr.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 28 de febrero de 2011 (3.ª)

En el expediente 87/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Proyectos Inmobiliarios Gallo, S. L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 4 de enero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 359 y 363 siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 5% del capital social de «Proyectos Inmobiliarios Gallo, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2008 y para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales.

Adjuntaba a su solicitud fotocopia de escritura de constitución de la sociedad, otorgada el 12 de septiembre de 1997 ante el Notario de, don, autorizada bajo el número 2467 de su protocolo.

II

A la vista de la solicitud la Registradora Mercantil núm. I de el 8 de enero de 2010 requirió a la solicitante para que aportara títulos originales o testimonio notarial de los mismos, acreditativos de la titularidad que ostenta al menos sobre el 5% del capital social de la entidad mercantil afectada por su solicitud. A dicho requerimiento la peticionaria de la auditoría respondió mediante escrito en el que alegaba que, al no obrar en su poder los referidos títulos, requirió por burofax al administrador de la sociedad para que certificara que figura inscrita en el Libro Registro de socios, con una participación en el capital social del 5%. Respecto a la designación de auditor para verificar el valor aproximado de las participaciones sociales, alegó que su intención era desvincularse de la sociedad, recibiendo por sus participaciones sociales el precio que determine el auditor independiente.

III

Tras reiteradas notificaciones infructuosas, realizadas por el Registro Mercantil de de la solicitud y documentación adjunta, finalmente, con fecha de 1 de marzo de 2010, la sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que se ha convocado una Junta general para aprobar las cuentas del ejercicio 2009 y que la documentación contable está a su disposición. 2.º) Que, al fundamentar su petición en su propósito de vender sus participaciones sociales, la peticionaria olvida que suscribió un contrato privado el 30 de junio de 2008 en el que se regulan los extremos económicos como consecuencia de la sentencia de divorcio, los cuales no pueden quedar incumplidos.

IV

La Registradora Mercantil núm. I de, con fecha 5 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor para verificar las cuentas anuales del ejercicio 2009 y desestimar la petición para conocer el valor aproximado de las participaciones sociales. Respecto de ésta última petición, entendió que solo procede cuando concurre causa legal tasada, que no se da en el presente supuesto. Continuó afirmando que la actuación del Registrador Mercantil está tipificada y, por tanto, no puede nombrar auditor de cuentas con otros encargos que el previsto en el procedimiento. Respecto de la solicitud de la auditoría de cuentas para verificar la contabilidad cerrada a 31 de diciembre de 2009, rechazó las causas de oposición societaria pues, habiendo acreditado la solicitante las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas, no puede enervar su petición la afirmación de la sociedad sobre la puesta a su disposición de los documentos que aprobará la Junta General, dado que los derechos de información y auditoría son derechos que aunque relacionados, resultan distintos por su finalidad y requisitos, así como por las condiciones requeridas para su ejercicio. Finalizó manteniendo que, en cuanto al cumplimiento de los acuerdos a los que se comprometió la solicitante en el contrato de 30 de junio de 2008, no puede ser causa para enervar su derecho.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición respecto a la petición de designar auditor para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales y añadiendo que la peticionaria no acreditó durante el procedimiento su condición de socia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero y 16 de diciembre de 2006.

1.º No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión de la Registradora Mercantil núm. I de, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, porque la petición de nombramiento de auditor para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales fue, acertadamente, desestimada en la resolución recurrida, por lo que las alegaciones de la sociedad dirigidas a enervar dicha pretensión carecen ya de fundamento.

2.º Respecto de petición de auditoría para verificar las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2009, la cual sí prosperó al haber acreditado la solici-

tante las condiciones de capital y tiempo, cabe señalar que tampoco puede aceptarse la alegación de la sociedad, basada en la falta de legitimación de la peticionaria. Como este centro Directivo ha mantenido reiteradamente, es suficiente, para entender acreditada dicha legitimación, la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por si sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende.

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba: la escritura de constitución de la sociedad, así como primera copia de escritura de elevación a público del contrato privado de 30 de julio de 2008, del que se desprende la titularidad que ostenta sobre un número de participaciones sociales equivalentes al 5% del capital social de la compañía. La sociedad, por su parte, se ha limitado a negar dicha legitimación, sin aportar prueba alguna demostrativa de que hubiera perdido su condición de socia. Las alegaciones de la sociedad intentan trasladar a la peticionaria de la auditoría la carga de una prueba adicional no exigida ni legal ni reglamentariamente, olvidando que ésta ya ha demostrado, al menos, que fue socia y, bajo su responsabilidad, que sigue siéndolo en la actualidad. Corresponde ahora, por tanto, a la sociedad probar –y no lo ha hecho– que la accionista ha dejado de serlo, por lo que no cabe sino reconocer que esta legitimada para solicitar la auditoría.

Por último señalar, respecto a la petición realizada por la solicitante a la administración de la sociedad, mediante burofax, petición que no fue atendida por el administrador único, para que le facilitara copia del Libro Registro de socios, con el fin de contestar el requerimiento realizado por la Registradora Mercantil núm. I de, no puede ser utilizada a favor de quien tiene este posible medio de prueba en su poder –la administración de la sociedad– y no facilitó su exhibición. Abundando en esta cuestión, cabe recordar que este Centro Directivo ha rechazado que la única forma de acreditar la condición de socios sea la que resulta del Libro Registro a que se refiere el artículo 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada o, la exhibición de los títulos o el Libro Registro de acciones nominativas a que se refiere el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas, porque significaría dejar al arbitrio de una de las partes –la sociedad– el ejercicio de un derecho que la Ley reconoce a la otra –el socio–.

3.º El derecho de información que asiste a todos los socios de entidades mercantiles no puede confundirse con el derecho de auditoría reconocido a los

socios minoritarios que acrediten reunir las condiciones especificadas en el artículo 205.2 de la ley de Sociedades Anónimas. Como indicó la Registradora Mercantil, ambos derechos, aunque están relacionados, resultan distintos, por su finalidad y requisitos, así como por las condiciones para su ejercicio.

4.º Finalmente, indicar al recurrente que la competencia atribuida a este centro Directivo por el reglamento del Registro Mercantil en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, se limita a declarar la procedencia o improcedencia del nombramiento solicitado, sin que pueda dilucidar cuestiones relativas al cumplimiento de contratos, para las cuales solo es competente la jurisdicción civil ordinaria.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de la entidad mercantil, «Proyectos Inmobiliarios Gallo, S. L.» contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil núm. I de el 5 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 28 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sra. Registradora Mercantil núm. I de

Resolución de 28 de febrero de 2011 (4.ª)

En el expediente 72/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Consultoría, Ingeniería e Innovación Tecnológica, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 19 de febrero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Consultoría, Ingeniería e Innovación Tecnológica, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad está dedicada a la investigación e innovación científica y tecnológica que se ha propuesto desarrollar un proyecto empresarial, para cuya financiación solicitó la ayuda financiera del CDTI. Este organismo público, dependiente del Ministerio de Ciencia e Innovación, exigió que el 15% de los gastos de funcionamiento de la empresa durante tres años se destinaran al proyecto cuya financiación se pretende. 2.º) Que por este motivo la sociedad encargó voluntariamente a un auditor de cuentas inscrito en el Roac los trabajos de verificación de tres ejercicios económicos, debido a la actividad profesional de la sociedad. Si se procediese al nombramiento de otro auditor por el Registrador Mercantil a una duplicidad de trabajos y a un grave perjuicio económico para la sociedad.

III

El Registrador Mercantil núm. XVI de, con fecha 17 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. En el caso que nos ocupa no se ha aportado prueba documental alguna del contrato de auditoría de cuentas, ni de que dicho contrato se haya celebrado con anterioridad a la petición del solicitante. Tampoco resulta de la escritura de elevación a público de documento privado de crédito privilegiado, la obligación social de auditar las cuentas anuales de cada ejercicio. En cuanto al grave perjuicio que acarrearía a la sociedad el nombramiento registral de auditor de cuentas, el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone de manera taxativa, que los gastos de auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad. La solicitud subsidiaria de que se nombre por el procedimiento excepcional al mismo auditor de cuentas contratado por la sociedad, el Registrador Mercantil señaló que el procedimiento para nombrar auditor viene regulado por el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil, no siendo posible acudir al sistema de nombramiento previsto por el artículo 356, por no tratarse de un supuesto excepcional.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, básicamente, las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y que en consecuencia se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión del Registrador Mercantil núm. XVI de, las alegaciones formuladas por el recurrente. Siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios, para lo cual dicho artículo reconoce el derecho a conocer si la contabilidad social refleja fielmente la realidad patrimonial y financiera de la empresa a través de un informe realizado por un auditor de cuentas, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento ya sea éste judicial, registral o voluntario, es decir, acordado por la administración de la sociedad –en los casos en que ésta pueda presentar balance abreviado– 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, tal como resulta de los escritos de oposición y recurso pues del documento privado de crédito privilegiado, elevado a público el 2 de abril de 2009 por el Notario de, don, no se deduce ni la designación de un auditor de cuentas por parte de la sociedad, ni mucho menos la aceptación por parte de éste.

2.º Por último, recordar al recurrente que los gastos de la auditoría de cuentas corren siempre de cuenta de la sociedad, por expresa disposición del

artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre o de la opinión de la sociedad sobre la conveniencia o inconveniencia de la verificación de cuentas del último ejercicio por un auditor nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de la minoría.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de «Consultoría, Ingeniería e Innovación Tecnológica, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. XVI de el 17 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 28 de febrero de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil núm. XVI de

Resolución de 1 de marzo de 2011 (1.^a)

En el expediente 51/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Tejidos y Confecciones Montemar, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 18 de febrero de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 84 y 86.3 de la ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Tejidos y Confecciones Montemar, S. L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2009.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don y don, se opuso a dicha pretensión alegando: Que el solicitante de la auditoría participó activamente en la administración y gestión de la sociedad, puesto que fue administrador solidario. Asi-

mismo, desde el 23 de diciembre de 2008 pasó a ser Jefe de División de la empresa y, por tanto, directivo de la misma, conociendo perfectamente la contabilidad social. Adjuntaba a su escrito copia de la escritura de elevación a públicos de los acuerdos sociales en varios de los cuales cesa como administrador y, asimismo, copia del contrato de trabajo.

III

La Registradora Mercantil de, el 1 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que la sociedad no había formulado ninguna objeción que pudiera enervar el derecho del solicitante, dado que la Dirección general de los Registros y del Notariado ha mantenido la doctrina de que la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador no debe ser obstáculo para que ejercite un derecho que por ley le corresponde, salvo que se hubiera ocupado en exclusiva de los asuntos sociales o hubiera ejercido el cargo de administrador con carácter solidario. En el momento de presentar su solicitud el peticionario ya no ejercía el cargo de administrador pues se había producido su cese el 3 de marzo de 2009.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando literalmente las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Añadió que no existe diferencia apreciable entre el cargo de Consejero Delegado y el de administrador solidario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo, 8 de junio y 24 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 6 de junio, 7 de octubre, 13 de diciembre de 2005 y 30 de marzo de 2006.

1.º Procede confirmar en el presente expediente la resolución dictada por la Registradora Mercantil de la posibilidad de ejercitar el derecho a la verificación contable no debe cuestionarse para quien ostentó el cargo de administrador solidario cuando, no solo ha dejado de serlo en el momento de solicitarlo, sino que, tal como consta en el expediente, cesó como administrador social el 23 de diciembre de 2008, es decir, antes de comenzar el ejercicio económico cuya auditoría solicitó el 28 de febrero de 2010. En consecuencia, el solicitante no puede ser privado de un derecho que le reconoce la ley por su condición de socio.

2.º El conocimiento que haya podido tener de las cuentas anuales y de la forma de llevar la contabilidad social tampoco debe ser obstáculo para que

el peticionario ejercite su derecho, puesto que los derechos de información y el de auditoría, aunque relacionados, resultan diferentes por su finalidad y contenido e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio (*cf.* arts. 196 y 197 en relación con el art. 264 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don y don, administradores mancomunados de «Tejidos y Confecciones Montemar, S. L.» y confirmar, en los términos que resultan de esta resolución, la dictada por la Registradora Mercantil de el 1 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 1 de marzo de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sra. Registradora Mercantil de

Resolución de 1 de marzo de 2011 (2.ª)

En el expediente 56/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Prodacon Gestión Inmobiliaria, S. L.».

HECHOS

I

Don..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 29 de enero de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Prodacon Gestión Inmobiliaria, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la administración de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas para el ejercicio 2008 en la Junta celebrada el 23 de enero

de 2009. Adjuntaba a su escrito acta notarial de la referida Junta. 2.º) Que según ha mantenido el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, cuando existe nombrado un auditor por la sociedad que no está obligada por ley a la verificación contable, es innecesario el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil.

III

El Registrador Mercantil de con fecha 17 de febrero de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo –en esencia– que en el nombramiento voluntario de auditor no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. En el caso presente, en el acuerdo de nombramiento de auditor por la Junta general debe especificarse el o los ejercicios que se le encomienda. Además, la escritura presentada para su inscripción fue suspendida y desde el 11 de marzo de 2009 no ha sido subsanada, habiendo caducado el asiento de presentación. De otra parte, los acuerdos adoptados en la Junta general de 23 de enero de 2009 fueron objeto de anotación preventiva letra A, por la que se suspenden la realización de los mismos, incluido el de nombramiento de auditor. El contrato celebrado por el Administrador Único, Sr., de fecha 23 de octubre de 2008 con el auditor de cuentas no es sino un documento privado que no tuvo acceso al Registro sino cuando se aportó junto con el escrito de oposición, es decir, el 20 de febrero de 2009 que además se aportó mediante fotocopia sin cotejo con el original por lo que no tiene valor jurídico alguno (art. 1.227 del CC) Tampoco se ha garantizado ineludiblemente al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, al no darse ninguno de los tres requisitos alternativos mencionados, ya que la inscripción del nombramiento de auditor aún no se ha producido, habiendo sido calificado el documento como defectuoso, y además tampoco se ha puesto a disposición del solicitante el informe de auditoría, ni se ha incorporado al expediente.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo, en síntesis: 1.º) Que las sociedades no sujetas a la obligación de verificación contable pueden nombrar auditor de cuentas sin seguir un procedimiento determinado, siendo así que, en el caso presente, la Junta general de accionistas celebrada el 23 de enero procedió al nombramiento de auditor de cuentas para cinco ejercicios, a lo cual se opuso el solicitante de la auditoría por considerarlo un gasto innecesario. Posteriormente, en la Junta celebrada el 23 de enero de 2009 se acordó por mayoría de socios que se nombrara auditor al Sr. don 2.º) Que lo que el solicitante pretende con sus alegaciones es manchar el nombre de la sociedad y de su administrador único, debido a que éste ha interpuesto una querrela criminal contra el solicitante y su cónyuge así como contra la Notaria, doña por los delitos de estafa agravada, de falsedad en documento público y de apropiación indebida de una cantidad de 700.000 euros. 3.º) Que según esta-

blece la Dirección General de los Registros y del Notariado la auditoría voluntaria contratada por la sociedad tiene plena eficacia enervadora del derecho al nombramiento registral de auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º No pueden prosperar, frente al fundamento jurídico de la decisión del Registrador Mercantil de, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios, 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 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, es decir, acordado por la administración de la sociedad –en los casos en que ésta pueda presentar balance abreviado– 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que el contrato de auditoría sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice, ineludiblemente, 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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de

nombramiento registral de auditor, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, la fotocopia del contrato celebrado con el auditor voluntario tuvo entrada en el Registro Mercantil el 20 de febrero de 2009, junto con el escrito de oposición y, por tanto, tratándose de un documento privado, la fecha que puede contar frente a terceros es la de su entrada en el Registro Mercantil (*cf.* art. 1.227 del Código Civil) e incluso de dicha fotocopia no se deduce el encargo de auditoría de las cuentas para el ejercicio 2009. Tampoco ha quedado garantizado el derecho del socio minoritario al informe de auditoría, puesto que el documento presentado en el Registro Mercantil para su inscripción fue calificado con defectos subsanables, posteriormente fue retirado y, al tiempo de dictarse la resolución hoy recurrida, no ha vuelto a presentarse.

2.º En cuanto a las alegaciones que cuestionan la buena fe del solicitante, este Centro Directivo en numerosas resoluciones, que las determinaciones internas que han llevado al socio a solicitar la auditoría no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido y si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de «Prodacon Gestión Inmobiliaria, S. L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil accidental de el 17 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 1 de marzo de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 2 de marzo de 2011 (1.ª)

En el expediente 91/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Benahavis Hills Country Club, S. L.».

HECHOS

I

Don, administrador único de «Ecur Constructora Urbanizadora, S. L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 26 de febrero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 49% del capital social de «Benahavis Hills Country Club, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la administración de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas a don, de la empresa auditora «PKF-Auditec, S. A.» por lo que el interés del solicitante se verá ampliamente satisfecho cuando la auditoría esté finalizada.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 24 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la entidad mercantil solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso que nos ocupa no se ha presentado ninguna prueba que acredite el nombramiento previo de auditor de cuentas, sino solo un escrito del auditor de 17 de marzo de 2010, posterior a la presentación de la instancia del socio minoritario.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es incrementar los mecanismos de información sobre la actividad

llevada a cabo por los administradores sociales para, en su caso, censurarla en la Junta General. Sin embargo, esta finalidad también se alcanza con el nombramiento de auditores por los administradores sociales con anterioridad a la petición del socio minoritario. 2.º) Que la resolución del Registrador Mercantil, aún reconociendo la virtualidad enervatoria de la auditoría contratada por la sociedad, la restringe y condiciona al cumplimiento de unos requisitos: la inscripción del nombramiento, la entrega al socio del referido informe o la incorporación al expediente. Estas limitaciones impiden que el nombramiento societario de auditor pueda, realmente, enervar el derecho del socio, dado que si se debe inscribir en el Registro Mercantil, ya es posterior a la presentación de la instancia del socio minoritario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión del Registrador Mercantil de, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la realidad patrimonial y financiera de la sociedad en la que participan mediante un informe de auditoría de las cuentas anuales realizado por un auditor independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento ya sea éste judicial, registral o voluntario, es decir, acordado por la administración de la sociedad —en los casos en que ésta pueda presentar balance abreviado— 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor, se estaría impidiendo —en contra de la

voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que solo ha aportado para enervar el derecho del solicitante un escrito del auditor de cuentas, don, de 17 de marzo de 2010, es decir, posterior a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil de, el 26 de febrero de 2010, es solo un documento privado, cuya fecha no puede contar frente a terceros sino desde el día que tuvo entrada en el Registro Mercantil. Consecuentemente, debe ser reconocido el derecho del socio minoritario a obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de «Benahavis Hills Country Club, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 24 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 2 de marzo de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 2 de marzo de 2011 (2.ª)

En el expediente 92/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Dervec Gestión Integral de Habitat, S. L.».

HECHOS

I

Don, administrador único de «Mediterránea Patrimonial de Levante, S. L.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 29 de enero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Dervec Gestión Integral de Habitat, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante,, se opuso a dicha pretensión alegando la existencia previa de un auditor contratado, con carácter voluntario por la sociedad, con el consentimiento unánime de todos los socios.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 11 de febrero de 2010, suspendió el procedimiento y concedió a la sociedad un plazo de diez días para que acreditara el nombramiento de auditor alegado. A dicho requerimiento la sociedad contestó mediante escrito firmado por don al que adjuntó el contrato firmado con el representante legal de la empresa auditora «O.S.P. & Asociados Auditores, S. L. P.»

IV

Por acuerdo de 9 de marzo de 2010 el Registrador Mercantil de estimó la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso, en tiempo y forma, recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo que la solicitante de la auditoría de cuentas carece de legitimación, dado que la anterior socia, doña, transmitió a la entidad mercantil «Mediterránea Patrimonial de Levante, S. L.» sus participaciones sociales, sin cumplir los requisitos legales y estatutarios exigidos, al no haber constancia de que la vendedora hubiera cursado los escritos de comunicación de su propósito de transmitir; ni tampoco consta convocatoria ni acta alguna de la proyectada transmisión y, por esta razón, no se le dio al otro socio de la compañía, que es la sociedad «Claros, S. C. A.», la posibilidad de ejercer el derecho de adquisición preferente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Regla-

mento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º Plantea la sociedad, por primera vez en el escrito de recurso de alzada, la falta de legitimación de la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, por haber adquirido las participaciones sociales que la legitiman a tal fin de doña, anterior socia de la compañía afectada por la solicitud, que las transmitió sin cumplir los preceptivos requisitos legales y estatutarios, siendo, por tanto, la transmisión susceptible de ser anulada. Dicha alegación no puede prosperar, en primer lugar porque este Centro Directivo carece de competencia para dilucidar cuestiones relativas a la ineficacia de los contratos, la cual está atribuida con carácter exclusivo a los tribunales de Justicia. En este procedimiento registral de nombramiento de auditor, la Dirección General de los Registros y del Notariado se limita a declarar si el nombramiento solicitado es o no procedente. En segundo lugar, la sociedad no planteó esta cuestión probando la iniciación de las acciones legales oportunas en un momento anterior a la presentación de la instancia solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas y, por tanto, tampoco existe litispendencia sobre la condición de socio de la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, ni tampoco sobre la propiedad del 5% de capital social que la legitiman para obtener el nombramiento registral de auditor.

2.º La cuestión que originó la denegación de la oposición presentada por la sociedad y que se vuelve a plantear en esta instancia es la de si la auditoría voluntaria que contrató puede o no enervar el derecho de la solicitante. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios, reconociéndoles el derecho a un informe de las cuentas del último ejercicio vencido, realizado por un auditor independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento ya sea éste judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que

dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor, se estaría impidiendo, en contra de la voluntad del legislador, la aplicación de una norma declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, tal y como resulta de la documentación que presentó durante el procedimiento, el contrato de auditoría no tiene firmas legitimadas, ni fue presentado en un Registro público sino hasta que se aportó al expediente en una fecha posterior a la presentación de la instancia de la solicitante de 29 de enero de 2010 (*cfr* art. 1.227 del Código Civil). Tampoco se ha garantizado su derecho al informe de auditoría, puesto que no se ha hecho llegar a la solicitante, ni se ha inscrito el nombramiento, ni dicho informe se ha aportado al expediente. Consecuentemente, se ha de concluir con el Registrador Mercantil de que debe ser reconocido el derecho de la socia minoritaria al nombramiento de auditor de cuentas.

3.º Por último recordar al recurrente que los gastos de auditoría, por expresa disposición del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, corren por cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en representación de «Dervec Gestión Integral de Habitat, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 9 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 2 de marzo de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 2 de marzo de 2011 (3.^a)

En el expediente 93/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de unos socios de «Roglo Inversiones, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 9 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Roglo Inversiones, S. L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2008.

II

La sociedad, a través de su administrador mancomunado, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que en el escrito de solicitud no consta la causa de la petición, según exige el artículo 351.3 del Reglamento del Registro Mercantil. 2.º) Que los dos socios que reúnen el 100% del capital social y ser utilizada la solicitud de nombramiento de auditor como un medio de presión al socio disidente. 3.º) Que la sociedad tiene pendiente la convocatoria de una Junta judicial, solicitada por mediante actos de jurisdicción voluntaria. 4.º) Que por el conflicto que existe entre los socios no se pueden ni aprobar ni depositar las cuentas correspondientes a los ejercicios del 2008 y del 2009.

III

El Registrador Mercantil núm. XIII de, con fecha 5 de abril de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad por reunir el solicitante las circunstancias de capital y tiempo que la Ley exige. Señaló que, a pesar de que la persona firmante del escrito de oposición no puede representar por sí solo a la sociedad puesto que ejerce la administración mancomunada con otro administrador, según resulta de la hoja abierta a la sociedad, el Registrador Mercantil está obligado a resolver todas las cuestiones planteadas en el expediente. En cuanto a las cuestiones de fondo, mantuvo que no podía prosperar la alegación relativa a la inexpressión de la causa de la solicitud, porque en las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable ésta es siempre y típicamente la misma, la inexistencia de una auditoría previa. Las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría de cuentas no pueden ser analizadas en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido. Las personas que se sientan perjudicadas por la supuesta actuación maliciosa podrán solicitar el resarcimiento de perjuicios ocasionados al Juez o Tribunal competente de la jurisdicción civil. Tampoco el hecho de que esté prevista la celebración de una Junta judicial puede impedir el nombramiento de auditor, pues es en el momento de resolver cuando el Registrador debe disponer de los elementos fácticos pre-

cisos para fundamentar su decisión. La falta del depósito de cuentas de los ejercicios 2008 y 2009 no puede impedir que el socio ejercite su derecho.

IV

Contra dicha resolución y por don en nombre de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición e insistiendo que es el socio solicitante de la auditoría quien cada año aprueba y firma las cuentas de la citada sociedad. Añadió que la verdadera intención del solicitante de la auditoría es causar un daño a la sociedad, pues es él mismo quien, como administrador mancomunado, formula y firma las cuentas sociales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005 y 14 de febrero y 19 de diciembre de 2006, 21 de mayo de 2007.

1.º No pueden prosperar en la presente resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, sobre la alegación que niega la buena fe del solicitante en el ejercicio del derecho, este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente que las determinaciones internas que han llevado al socio a solicitar la auditoría no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido y si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación relativa a la inexpressión de la causa de la solicitud, dado que en las solicitudes fundadas en el precitado artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es indiferente la inexpressión de la causa de la petición o su expresión inadecuada, puesto que, tratándose de sociedades no obligadas por ley a la verificación contable, la causa es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa contratada por la sociedad.

3.º Por último debe indicarse que el ejercicio de este derecho al nombramiento registral de auditor en modo alguno puede estar condicionado a la convocatoria o celebración de la Junta General de la sociedad, sea convocada por los administradores o por resolución judicial, dado que este derecho de

auditoría reconocido a los socios minoritarios persigue verificar la llevanza ajustada o no a derecho de la contabilidad por parte de expertos independientes y solo está condicionado a que los solicitantes reúnan las circunstancias de capital y tiempo que se mencionan en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin que haya de esperarse a la previa celebración de la Junta. Muy por el contrario, lo que la Ley ha pretendido con este derecho, aunque puede cumplir otras finalidades, es, precisamente, que los socios puedan disponer de dicho informe antes de la celebración de la Junta General Ordinaria con el fin de disponer de mayor información, en relación con el ejercicio del derecho de voto en el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales que les presentan los administradores sociales.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don en representación de «Roglo Inversiones, S. L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. XIII de el 5 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 2 de marzo de 2011.—La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 3 de marzo de 2011 (1.^a)

En el expediente 52/2010 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Pirotecnia Pablo, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 15 de febrero de 2010, solicitando, al amparo del artículo 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como socio de «Pirotecnia Pablo, S. L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de doña, en su condición de administradora solidaria, se opuso a dicha pretensión negando la legitimación a la solicitante de la auditoría, en base a los siguientes argumentos: 1.º) Que la sociedad fue constituida por tiempo indefinido por escritura autorizada por el Notario de, don, bajo el núm. 1006 de su Protocolo, siendo su objeto social la fabricación, comercialización y distribución de fuegos artificiales. Los socios fundadores que continúan siendo los únicos socios de la misma son don titular de 60 participaciones, doña, titular de 720 participaciones y sus dos hijos, don, titular de 60 y doña, titular de otras 60 participaciones. 2.º) Desde el año 1998 fueron sus administradores solidarios don y don, sin embargo la proliferación de problemas familiares y empresariales llevaron a este último a convocar una Junta General Extraordinaria para el día 28 de agosto de 2006 con el siguiente orden del día: 1.º Cese y separación del socio don; y 2.º Elección como nueva administradora solidaria en sustitución del anterior a doña 3.º) Que a pesar del conocimiento de la celebración de dicha Junta general y de su orden del día, don, realizó con los fondos de la sociedad una serie de irregularidades, las cuales llevaron a la empresa «Pirotecnia Pablo, S. L.» a presentar una querrela criminal contra don que dio lugar a las Diligencias Previas núm. 784/06 del Juzgado de Instrucción de Cangas del Narcea, recayendo posteriormente el Auto de 10 de julio de 2007, transformando las mismas en el Procedimiento Abreviado núm. 20/07 en el que recayó la sentencia de 19 de enero de 2009 por la que se condenó a don como autor criminalmente responsable de un delito continuado de apropiación indebida. 4.º) Que con independencia de lo expuesto se da una absoluta falta de legitimación por parte del solicitante para obtener el nombramiento de auditor, dado que por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 19 de junio de 2007 se decretó la disolución del matrimonio formado por don y doña, por lo que a partir de entonces, todas las participaciones sociales pertenecen a la comunidad post-ganancial, siendo reveladoras de su régimen jurídico las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1987, la de 8 de octubre de 1990, la de 17 de febrero de 1992 y la de 23 de diciembre de 1993, entre otras muchas. 5.º) Que también es revelador del régimen jurídico de la copropiedad de participaciones sociales el artículo 35 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. De la misma manera la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de febrero de 1996 dispone que en caso de cotitularidad de participaciones sociales que legitiman para la solicitud de un auditor de cuentas, la petición deberá ser presentada por un representante común nombrado por todos los cotitulares.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 2 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado. Tras mantener que concurrían en el solicitante las circunstancias de capital y tiempo, señaló que ninguna de las razones alegadas en el escrito de oposición podían enervar su derecho, dado que: 1.º) Son diferentes los derechos de información y el reconocido a los socios minoritarios por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, siendo el ejercicio de ambos derechos plenamente compatibles; 2.º) los motivos que han llevado al socio a solicitar el nombramiento no pueden ser examinados en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido. Además la sociedad siempre tendrá expedita la vía judicial civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados por la supuesta actuación maliciosa. 3.º) En cuanto a la falta de interés por parte de la sociedad de realizar la auditoría, en este procedimiento es a los socios y no a la sociedad a la que le corresponde juzgar la conveniencia de ésta; 4.º) La existencia de una condena en causa penal por apropiación

indebida, recaída sobre el solicitante de la auditoría no debe interferir en el ejercicio del derecho reconocido a los socios por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. Por último, mantuvo que, en cuanto a la falta de legitimación del solicitante, siendo titular de 60 participaciones sociales, la doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado es clara cuando sostiene que mientras la sociedad de gananciales no se liquida, cualquiera de los cónyuges está legitimado para realizar actos de gestión y administraciones de los bienes comunes.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso, en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando, básicamente, los argumentos aducidos en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidos en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

V

Con fecha de 28 de enero de 2011 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de al que adjuntaba un escrito firmado por don en el que renunciaba a la auditoría de cuentas del ejercicio 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 87, 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo; artículo 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano la renuncia a la solicitud de nombramiento registral de auditor de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009 para la sociedad «Pirotecnia Pablo, S. L.», formulada por don, solicitante de la auditoría y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 3 de marzo de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 3 de marzo de 2011 (2.^a)

En el expediente 95/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sweet Toys, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 2 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Sweet Toys, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, doña, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que, aun no estando la sociedad obligada a la verificación contable, la administración de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas a la empresa auditora «Averat Auditores, S. L.», el 1 de marzo de 2010. El objeto de dicho nombramiento es la verificación de las cuentas correspondientes a los ejercicios 2009-2011. Con esa misma fecha fue convocada una Junta General Extraordinaria, por correo certificado con acuse de recibo, mediante acta notarial, para su celebración el día 24 de marzo de ese mismo año. Por tanto, el nombramiento de auditor por la sociedad enerva el derecho del solicitante.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 15 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que, siendo una sociedad no obligada a la verificación contable, no se alcanza a comprender que, una vez nombrado auditor por la administración social, se convocara Junta General Extraordinaria con el mismo objetivo. Esta situación hace pensar que lo que realmente concertó la administración de la sociedad fue un precontrato que no enerva el derecho del solicitante, dado que no garantiza su derecho al informe de auditoría de cuentas.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que conforme al artículo 7 de los Estatutos Sociales, los socios deben someterse a la decisión de la Junta general y a indemnizar a la sociedad

cuando, por la reiteración en el ejercicio de los derechos sociales éstos resulten abusivos o no fundados en intereses atendibles, obliguen a la sociedad a gastos desproporcionados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º Se plantea, nuevamente, en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría contratada por la sociedad puede enervar el derecho del socio. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido que, siendo, la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios reconociéndoles el derecho a obtener un informe de auditoría de las cuentas correspondientes al último ejercicio económico realizado por un auditor de cuentas, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque, si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas, sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, tal y como resulta de la documentación aportada al expediente, el contrato de

auditoría, en sentido técnico jurídico, se concertó cuando el auditor aceptó el encargo ofrecido por la sociedad y esto lo hizo mediante un escrito dirigido al Registro Mercantil de, cuya fecha solo puede hacer prueba frente a terceros desde el momento de la legitimación de la firma, fechada el 9 de abril de 2010, es decir, con posterioridad a que el socio minoritario presentara su instancia en el Registro mercantil el 2 de marzo de 2010. La auditoría voluntaria contratada por la sociedad tampoco ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría, puesto que ni se ha inscrito el nombramiento, ni dicho informe se ha aportado al expediente ni tampoco se ha hecho llegar al socio minoritario. Por tanto, debe ser reconocido su derecho al nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil.

2.º Cuestiona la sociedad la intención del socio minoritario por hacer incurrir a la sociedad en un importante gasto. Pues bien, conforme a la doctrina de esta Dirección General, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

3.º Por lo que se refiere a los gastos que la auditoría comporta, el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone de manera taxativa –sin dejar margen interpretativo alguno– que estos corren siempre a cargo de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, en nombre y representación de «Sweet Toys, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de de 15 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 3 de marzo de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 4 de marzo de 2011 (1.ª)

En el expediente 8/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Viajes Serescol, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 25 de marzo de 2009 solicitando, al amparo del artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de un número de participaciones, representativas del 5% del capital social de la entidad mercantil «Viajes Serescol, S. L.», la designación de un auditor para el examen de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través del Presidente del Consejo de Administración, don, con fecha de 18 de junio de 2009, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que el solicitante no especifica la causa de su solicitud. 2.º) Que la Junta general se reunió para aprobar las cuentas anuales y el informe de gestión del ejercicio 2008, el pasado 11 de junio. A dicha Junta el peticionario de la auditoría ni siquiera asistió, por lo que su solicitud conculca el principio de buena fe, pretendiendo con ella causar un daño a la sociedad. 3.º) Que en todo momento se respetó su derecho, del socio, a la información contable de la compañía.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 3 de agosto de 2009, acordó desestimar la oposición de la sociedad por entender, conforme a lo mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado que la inexpressión de la causa no impide estimar la solicitud, dado que ésta es siempre la misma: la inexistencia de auditoría. Finalizó el acuerdo manteniendo que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo exigidos en la Ley.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, casi literalmente, las alegaciones previamente vertidas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición.

V

Finalmente, el 28 de diciembre de 2009, tuvo entrada en el Registro general de este Departamento ministerial un oficio de la Registradora Mercantil de, de 22 de diciembre

de ese mismo año, al que adjuntaba el recurso de alzada interpuesto y el expediente completo de su razón.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de enero, 8 de junio y 8 y 24 de septiembre de 1993, y, como más recientes, las de 11, 19, 24 y 27 de enero de 2007.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, la causa de la solicitud, en las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable, es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de auditoría previa. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento de las solicitudes basadas en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas no exige su expresión, de carácter puramente formal, a diferencia de lo que ocurre con las solicitudes fundadas en el 205.1 del mismo texto legal y en el artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para sociedades legalmente obligadas a verificación contable, en las que la mención de la causa de la petición adquiere pleno sentido, para justificar la petición.

2.º Tampoco pueden prosperar la alegación que pretende enervar el derecho del solicitante en base a que la Junta general ordinaria no aprobó las cuentas correspondientes al ejercicio 2008, dado que este derecho de auditoría reconocido a los socios minoritarios persigue verificar la llevanza ajustada o no a derecho de la contabilidad por parte de expertos independientes y solo está condicionado a que los solicitantes reúnan las circunstancias de capital y tiempo que se mencionan en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin que haya de esperarse a la previa celebración de la Junta General. Muy por el contrario, lo que la Ley ha pretendido con este nuevo derecho, aunque puede cumplir otras finalidades, es, precisamente, que los socios puedan disponer de dicho informe antes de la celebración de dicha Junta general con el fin de proceder –con mayor conocimiento de causa– a la aprobación o no de las cuentas anuales que les presentan los órganos sociales.

3.º En cuanto los motivos espurios y contrarios a la buena fe que la sociedad atribuye al peticionario, este Centro Directivo ha declarado que no pueden examinarse en este procedimiento, dado lo limitado del conocimiento que tiene atribuido, las motivaciones que llevan a los socios a solicitar la auditoría, ya que si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su

ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

4.º Por último, señalar que el derecho de información y el de auditoría, son derechos que, aunque relacionados, resultan diferentes por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto su ejercicio (*cf.* arts. 112 y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas). El derecho de información asiste a todos los socios de entidades mercantiles, mientras que el de auditoría solo a aquellos que acrediten reunir las condiciones exigidas en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y persigue la verificación de la contabilidad social por un auditor de cuentas ajeno a la sociedad y nombrado por el Registrador Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, Presidente del Consejo de Administración «Viajes Serescol, S. L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de el 3 de agosto de 2009.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 4 de marzo de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sra. Registradora Mercantil de

Resolución de 4 de marzo de 2011 (2.ª)

En el expediente 66/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Residencia Geriátrica Bell-Resguard, S. L.».

HECHOS

I

Doña y doña presentaron un escrito en el Registro Mercantil el 10 de febrero de 2010, solicitando, al amparo, artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas

y del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas y como titulares de más del 5% del capital social de «Residencia Geriátrica Bell-Resguard, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009. Adjuntaban a su escrito sendas escrituras de compraventa y donación de participaciones sociales, autorizadas ambas por el Notario de Santa Coloma de Gramanet, el 29 de septiembre de 2005, bajo el número 2.846, y el 17 de mayo de 2007, bajo el número 2393, de su Protocolo, respectivamente.

II

La sociedad, a través de su administrador único don, se opuso a dicha pretensión alegando falta de legitimación de las solicitantes, pues ni el administrador ni la sociedad conocen a las peticionarias, dado que ninguna de las dos figuran inscritas en el Libro Registro de socios. Alegó no recordar haber recibido ninguna comunicación de la adquisición de las participaciones sociales.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 24 de febrero de 2010, acordó estimar la solicitud formulada, en base a que, de la documentación aportada se deducía que las solicitantes habían acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Tras recordar la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, recogida en las Resoluciones de 6 de febrero de 2001, 13 de enero y 31 de octubre de 2003, mantuvo que las solicitantes han aportado un principio de prueba, mientras que la sociedad se limitó a alegar la ausencia de comunicación de la transmisión y la no inscripción de las peticionarias en el Libro Registro de socios. Entendió que dichas alegaciones no podían prosperar, dado que el traslado de la solicitud de nombramiento de auditor realizado por el propio Registro Mercantil fue suficiente para que la sociedad hubiese tomado conocimiento de la adquisición de las participaciones sociales y para que, asimismo, hubiese inscrito a las solicitantes en el Libro Registro de socios. Tampoco se puede aceptar la falta de consentimiento de la Junta General a la transmisión de participaciones sociales, por cuanto que la sociedad ni siquiera ha acreditado que se haya cuestionado judicialmente la citada transmisión de participaciones sociales por incumplimiento de normas legales o estatutarias.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que, en contra de lo que entendió el Registrador Mercantil, la falta de legitimación de las solicitantes es motivo suficiente para desestimar su solicitud, siendo evidente, por lo que se refiere a la escritura de compraventa de participaciones sociales, que la persona que actuó en nombre y por cuentas de doña, es decir, don, no acreditó en ningún momento la representación con la que actúa, pese a la advertencia hecha por el Notario en el título del que se viene hablando. Así las cosas y no costando que dicha representación haya sido expresamente ratificada, debemos entender que carece de toda eficacia y así debió haber sido considerada por el Registrador Mercantil, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. 2.º) Que respecto a las participaciones enajenadas por «Gabinete Colomense de Asesoramiento, S. L.», como

puede apreciarse en la propia escritura, el vendedor no justifica documentalmente el título que dice ostentar sobre las participaciones transmitidas, viéndose de nuevo el Notario en la obligación de hacer las advertencias oportunas sobre la validez del instrumento otorgado. Por ello, entiende que la escritura pública referida está afectada de un vicio de anulabilidad. 3.º) Que respecto a lo manifestado por la parte vendedora de que no existen pactos privados incumplidos que impidan la libre transmisión de participaciones sociales, se ha de recordar que el artículo 9 de los Estatutos sociales remite a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley, restringiendo la libre transmisión al cónyuge, ascendientes o descendientes del socio o de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transferente, siendo imposible que la persona jurídica del transferente tenga relación de parentesco con las adquirentes. 4.º) Que por otra parte, el artículo 26 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada dispone que el adquirente de participaciones sociales podrá ejercer los derechos del socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión, conocimiento que la sociedad afectada por la solicitud de auditoría no ha llegado a tener. De tal manera, el órgano de administración será el que califique si la transmisión ha sido o no correcta, calificando el documento transmisivo y, en caso de desacuerdo, el que pretenda ser reconocido como socio ejercerá las acciones judiciales pertinentes. 5.º) Que por lo que a la escritura de donación se refiere, se transmitieron de forma notoriamente irregular 3.325 participaciones sociales a la Sra. M. P. y otras 3.325 al Sr., las cuales, posteriormente, éste transmitió a su esposa y copromotora del presente expediente. Por tanto, a la vista de que la compraventa es del todo nula por las razones antedichas y que las causas de anulabilidad no han sido convalidadas, su consecuencia inmediata ha de ser la nulidad de la donación de participaciones por tratarse de una donación de cosa ajena. Solicitaba la suspensión de la ejecutividad de la resolución dictada por el Registrador Mercantil y adjuntaba a su escrito copia de la demanda de nulidad de compraventa de participaciones sociales que los socios don y doña interpusieron contra las promotoras del presente expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de noviembre de 1993, 3 de abril de 1995 y, como más recientes, las de 4 de febrero de 2004, 30 de septiembre 8 de noviembre de 2005 y 24 de mayo de 2007.

1.º Es doctrina de este Centro Directivo que nuevamente se reitera que solo procede la suspensión del procedimiento de nombramiento registral de auditor, basada en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas cuando se está discutiendo en los Tribunales de Justicia la legitimación del solicitante para instar el nombramiento, bien como consecuencia de una acción de nulidad del título en virtud del cual adquirió las participaciones o acciones sociales que alegó, bien como consecuencia del ejercicio de cualquier otra acción judicial de la que pueda resultar que no ostenta la propiedad de al menos un número de acciones o participaciones equivalentes al 5% del capital social, exigido para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor

de cuentas. Evidentemente, el momento para apreciar si existe o no litispendencia es el de la presentación de la instancia de quien dice ser socio de la compañía afectada por la solicitud en el Registro Mercantil y solo ha lugar a la suspensión cuando se está discutiendo su condición de socio o el porcentaje de su participación en el capital social de la compañía.

En el caso presente, la propia sociedad recurrente ha acreditado mediante copia de la demanda judicial de declaración de nulidad de contrato que se interpuso el 28 de marzo de 2010, es decir, no solo con posterioridad a la resolución del Registrador Mercantil de de 24 de febrero de 2010, recurrida por el recurso de alzada que hoy se resuelve, sino también muy posteriormente a la presentación de la instancia de las peticionarias de la auditoría en ese Registro y, por tanto, no ha lugar a suspender los efectos de la resolución recurrida, por no existir litispendencia, siendo procedente resolver la cuestión de fondo planteada.

2.º Niega la sociedad la legitimación de las solicitantes por entender que el título de la adquisición de las participaciones sociales que invocan adolece de determinados vicios por incumplir ciertos requisitos legales y estatuarios exigidos para la adquisición de participaciones sociales. Sin embargo, sobre la cuestión de legitimación de solicitante de la auditoría, este Centro Directivo ha entendido que es suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del art. 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que, evidentemente, la Ley no pretende.

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por las solicitantes un principio de prueba: las escrituras de compraventa y donación de participaciones sociales, sin que la sociedad, por su parte, haya aportado prueba alguna demostrativa de que no han adquirido la condición de socias, puesto que no basta la iniciación de la acción judicial de nulidad de contrato para entender que éste es ineficaz por nulo, sino que es necesaria una resolución judicial firme declarando la nulidad solicitada por el demandante. En otras palabras, la sociedad no puede trasladar a las peticionarias de la auditoría la carga de una prueba adicional no exigida ni legal ni reglamentariamente, olvidando que éstas ya han demostrado, al menos, la adquisición de participaciones sociales que es lo que les confiere la condición de socias. Corresponde ahora, por tanto, a la

sociedad probar, aportando la correspondiente declaración judicial firme, que los títulos de adquisición en el que las solicitantes fundaron su legitimación son ineficaces.

3.º En cuanto al desconocimiento por parte de la sociedad de la adquisición de participaciones sociales, por incumplimiento del artículo 26.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, la notificación de la instancia solicitando la auditoría, realizada por el Registrador Mercantil de que consta en el expediente, así como los documentos en los que la solicitantes fundan su legitimación, cumple la finalidad pretendida por el precitado artículo.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador de «Residencia Geriátrica Bell-Resguard, S. L.» y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de de 24 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 4 de marzo de 2011.–Firmado: La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 18 de marzo de 2011

En el expediente 82/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hiroso Consulting, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 4 de enero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Hiroso Consulting, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administradora solidaria, doña, se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia, que la sociedad nombró, voluntariamente, auditor de cuentas para el citado ejercicio, nombramiento que se presentó para su inscripción en el Registro Mercantil de el 5 de diciembre de 2009.

III

El Registrador Mercantil núm. III de, con fecha 19 de enero de 2010, acordó suspender el procedimiento, dado que, presentados en el registro los documentos correspondientes al nombramiento de auditor de cuentas y a su aceptación, dichos documentos fueron calificados con defectos, estando todavía vigente el asiento de presentación.

IV

Por acuerdo de 18 de marzo de 2010 el Registrador Mercantil núm. III de acordó desestimar la oposición de la sociedad. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, puesto que la documentación presentada no llegó a causar la inscripción del nombramiento, ni se ha entregado al socio el informe de auditoría, ni tampoco se ha incorporado al expediente.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que el nombramiento voluntario de auditor, efectuado por la sociedad no llegó a inscribirse por falta de depósito de cuentas del ejercicio 2007. A su vez, las cuentas de ese ejercicio económico no se llegaron a depositar por no constar inscrito el nombramiento de administradores que certificaron las referidas cuentas. Debe indicarse que dichos administradores ya lo eran antes de la Junta general de 27 de octubre de 2009, siendo en dicha Asamblea general cuando se acordó cambiar el sistema de ejercicio de la administración. 2.º) Que el nombramiento de doña, no llegó a inscribirse, dado que el Registrador Mercantil entendió que debía haberse notificado a uno de los antiguos administradores mancomunados y, asimismo, que la hoja registral estaba cerrada por falta de depósito de cuentas del ejercicio 2007. Así, se llegó en el Registro Mercantil a un círculo vicioso que impide cumplir con lo establecido en la ley y el reglamento.

VI

Con fecha de 29 de julio de 2010 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un escrito firmado por don que, informado de la interposición del recurso de alzada contra la resolución del Registrador Mercantil, alegó lo que a su derecho convenía en defensa de la decisión registral recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión del Registrador Mercantil núm. III de, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios mediante el reconocimiento del derecho a solicitar y obtener un informe de auditoría de las cuentas correspondientes al último ejercicio social, realizado por un experto independiente de la empresa, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento –registral voluntario o judicial– 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor, se estaría impidiendo la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, si bien es cierto que la sociedad ha acreditado la anterioridad del nombramiento de auditor voluntario, mediante el acuerdo de los administradores y la carta de aceptación con firma legitimada notarialmente de 4 de noviembre de 2009, no ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría, puesto que, sin perjuicio de las razones aducidas en sus escrito de recurso, aunque el Registro Mercantil estuviese cerrado por falta de depósito de cuentas, pudo haber incorporado al expediente el informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2009 o bien habérselo enviado al socio solicitante, sin que la sociedad utilizara ninguna de estas vías alternativas para garantizar el derecho del socio al informe que solicitó.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, administradora solidaria de «Hiroso Consulting, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. III de el 18 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 18 de marzo de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil núm. III de

Resolución de 21 de marzo de 2011

En el expediente 94/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Sociedad Ibérica de Fundiciones, S. A.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 12 de marzo de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular de más del 5% del capital social de «Sociedad Ibérica de Fundiciones, S. A.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de uno de sus administradores, don, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que el solicitante no aportó ningún título en el que funde su instancia y que le acredite como socio legitimado para instar el nombramiento. 2.º) Que tampoco indicó la causa de su petición, requisito formal exigido por el artículo 351.1 del Reglamento del Registro Mercantil. 3.º) Que ha tenido en su poder toda la información de la marcha de la empresa e incluso ha venido gestionando activos de la empresa en 4.º) Que la verdadera intención que subyace a su instancia es la de causar un entorpecimiento a la sociedad.

III

El Registrador Mercantil núm. XIII de, con fecha 25 de marzo de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad por reunir el solicitante las circunstancias de capital y tiempo que la Ley exige, sin que pueda prosperar la alegación de falta de legitimación formulada por la sociedad, ya que, según ha declarado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, el Reglamento del Registro Mercantil no ha querido ser riguroso con el socio a la hora de exigirle la acreditación formal de su condición, siendo suficiente con que aporte un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre un número de acciones equivalentes, como mínimo, al 5% del capital social de la compañía y que, una vez aportado, para desvirtuar la presunción de titularidad es preciso que la sociedad pruebe, a su vez, que dicha titularidad nunca existió o se ha perdido. Se respeta así el principio de igualdad en las posiciones jurídicas de las partes en este procedimiento. En el presente caso, la legitimación del solicitante deriva de los propios datos del Registro, sin que la sociedad aporte ninguno que desvirtúe dicha legitimación. Respecto de la causa de la petición, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento aplicable a las solicitudes fundadas en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, no exige la expresión de la causa por ser siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. El conocimiento que haya podido tener el solicitante de la actividad de la empresa no impide el ejercicio del derecho a obtener un informe de auditoría realizado por un auditor nombrado por el Registrador Mercantil, pues información y auditoría son derechos que, aunque complementarios, son diferentes por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. Por último, indicó que los gastos que la auditoría comporta corren siempre de cuentas de la sociedad, por expresa disposición del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Añadió que el solicitante no ha formulado alegación alguna ni aportado medios de prueba que fundamenten su solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005 y 14 de febrero de 2006.

1.º La primera cuestión que plantea el presente recurso es la relativa a la acreditación de la legitimación del solicitante para instar el nombramiento de auditor de cuentas. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido

que es suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, para estimarla acreditada pues se considera que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por si sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende.

En el caso que nos ocupa, la mera invocación de los datos que constan en el Registro –confirmados por el Registrador Mercantil– ha sido suficiente para entenderla acreditada (arts. 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil), sin que la sociedad haya aportado prueba alguna demostrativa de que hubiera perdido su condición de socio. Por el contrario, de las alegaciones formuladas en los escritos de oposición y de recurso se deduce que la propia sociedad reconoce que el solicitante mantiene su condición de socio, puesto que la sociedad asevera que ha ostentado poderes para gestionar la actividad empresarial y, asimismo, que la documentación contable y financiera podrá consultarla en cualquier momento, sin necesidad de instar el nombramiento registral de auditor de cuentas.

2.º Tampoco pueden prosperar las restantes alegaciones aducidas por la sociedad para impedir que el socio minoritario ejercite su derecho: 1.ª La relativa a entender que la solicitud pretende entorpecer y demorar el proceso de liquidación y disolución judicial, imputando al peticionario fraude de ley y abuso de derecho (art. 7 del Código Civil), porque, como este Centro Directivo ha declarado con reiteración, resulta imposible examinar en este trámite dado lo limitado del conocimiento atribuido el mismo, las razones o motivaciones que llevan a los socios a solicitar el nombramiento, ya que, si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados; 2.ª La relativa a la inexpressión de la causa de la petición, porque en las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable, la causa es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. 3.º Y, por último, en cuanto a los gastos de la auditoría, éstos corresponden siempre –y sin posibilidad interpretativa alguna– a la sociedad por disposición expresa del artículo 205.2

de la Ley de Sociedades Anónimas, porque quien juzga su necesidad es el socio y no la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, presidente de «Sociedad Ibérica de Fundiciones, S. A.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. XIII de el 25 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 21 de marzo de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil núm. XIII de

Resolución de 22 de marzo de 2011

En el expediente 96/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «José Sangil, S. L.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 5 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de mas del 5% del capital social de «José Sangil, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2008.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, que la Junta General de la sociedad, celebrada el 15 de marzo de 2010 acordó nombrar auditor de la sociedad. La presentación de la instancia en el Registro Mercantil solicitando el nombramiento de auditor de cuentas ha sido posterior a la convocatoria de la referida Junta General efectuada el 23 de febrero de 2010, lo que denota mala fe y abuso de derecho.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 17 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la entidad mercantil solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, según indicó la sociedad, el acuerdo de nombramiento de auditor de cuentas se adoptó el 15 de marzo de 2010 y, por tanto, fue posterior a la solicitud de la socia minoritaria. Dicho nombramiento tampoco ha garantizado el derecho de la solicitante al informe de auditoría por ninguno de los medios descritos. En cuanto a las alegaciones relativas a la mala fe de la solicitante, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento, impide examinar las motivaciones que han llevado a la socia minoritaria a solicitar la auditoría de cuentas, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas y adjuntando a su escrito de interposición del recurso Acta notarial de los acuerdos adoptados por la Junta general el 15 de marzo de 2010 y escrito de aceptación del auditor designado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión del Registrador Mercantil de, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades

Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer la verdadera situación patrimonial y financiera de la sociedad mediante un informe de auditoría realizado por un auditor de cuentas, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, sea 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma declarativa de este derecho de la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, como resulta del Acta notarial de 5 de marzo de 2010, adjunta al escrito de interposición del recurso, el administrador don, convocó, para el día 15 de marzo de ese mismo año, la Junta general en la que se acordó el nombramiento de auditor que recayó en la empresa «BDO Auditores» y que fue aceptado por don en documento privado, siendo su firma posteriormente legitimada por Notario el día 13 de abril de 2010. Por tanto, ni el nombramiento de auditor de cuentas ni, desde luego, su aceptación fueron anteriores a la presentación de la instancia de la socia minoritaria en el Registro Mercantil, el 5 de marzo de 2010.

2.º Por último, indicar, en cuanto a las motivaciones que han llevado a los socios a solicitar la auditoría, que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de «José Sangil, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 17 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 22 de marzo de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 23 de marzo de 2011

En el expediente 97/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Navalantiques, S. L.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 10 de febrero de 2010, solicitando, al amparo, artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Navalantiques, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2005.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la instancia presentada por el socio minoritario no expresa la causa de la petición, por lo que incumple los requisitos formales exigidos por el artículo 351.1.3.ª del Reglamento del Registro Mercantil. 2.º) Que el solicitante de la auditoría se dedica a impugnar, sistemáticamente, todas las actuaciones que realiza el administrador único y buena prueba de ello es la sentencia núm. 288, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de el 23 de septiembre de 2009.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha de 26 de febrero de 2010, acordó estimar la solicitud formulada, en base a que según reiterada doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado, en las solicitudes de nombramiento registral de auditor de cuentas, fundadas en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, la causa de la solicitud es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. En cuanto a las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento, impide analizar si éstas fueron o no legítimas. Quienes se sientan perjudicados por la supuesta actuación maliciosa podrán reclamar ante la jurisdicción civil ordinaria la indemnización de los perjuicios que, en su caso haya originados como consecuencia de la actuación maliciosa.

IV

Notificada la anterior resolución a la sociedad con fecha de 2 de marzo de 2010 y recibida el día 9 de ese mismo mes y año, la indicada representación social interpuso recurso de alzada ante esta Dirección general reiterando, en esencia, las alegaciones vertidas en su escrito de oposición y que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero de 2006 y 31 de mayo de 2007.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la decisión adoptada por el Registrador Mercantil de, frente a la cual no pueden prosperar ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente: En primer lugar, en las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de auditoría previa. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula la tramitación de las solicitudes basadas en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, no exige la expresión de la causa que motiva la petición, al tener un alcance puramente formal, siendo, por tanto, irrelevante su inexpressión o mención inadecuada.

2.º En cuanto a las motivaciones que han llevado a los socios a solicitar la auditoría, que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que

éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don....., administrador único de «Navalantiques, S. L.», y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de de 26 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 23 de marzo de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 24 de marzo de 2011

En el expediente 99/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Setemam, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 15 de febrero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 20% del capital social de «Setemam, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través del Presidente y del Secretario del Consejo de Administración, don y don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la administración

de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas en la reunión de la Junta General de 14 de diciembre de 2009. Adjuntaba a su escrito copia de la escritura de ratificación de dicho acuerdo y de aceptación del auditor designado, otorgada en Sevilla el 26 de febrero de 2010. Dicha escritura se presentó para su inscripción en el Registro Mercantil el 2 de marzo de 2010.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 31 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, resulta evidente que no se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo que el artículo 204 de la Ley de Sociedades Anónimas en ningún caso indica que se tenga que inscribir dicho nombramiento y tampoco lo hace el artículo 205.2 del mismo cuerpo legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

Se plantea nuevamente en este expediente cuándo y en qué condiciones la auditoría voluntaria contratada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado reunir los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación

patrimonial y financiera de la empresa mediante un informe de auditoría de cuentas, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, tal como resulta del asiento de presentación practicado en la hoja abierta a la sociedad, el único documento que puede hacer fe de la contratación del auditor es la escritura pública de ratificación del acuerdo de la Junta General, de 14 de diciembre de 2009 y de aceptación del auditor, la cual fue otorgada el 26 de febrero de 2010. Siendo esta fecha posterior a la de presentación de la instancia del socio minoritario, el 15 de febrero de ese mismo año, se ha de concluir que el contrato de auditoría no fue previo, sino posterior a la solicitud de la minoría, por lo que se ha de reconocer su derecho al nombramiento registral de auditor para la verificación del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2009.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don y don, Presidente y Secretario del Consejo de Administración de «Setemam, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 31 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley

de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 24 de marzo de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 25 de marzo de 2011

En el expediente 102/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Way 24365, S. L.».

HECHOS

I

Don, envió por correo certificado el 30 de marzo de 2010 un escrito al Registro Mercantil de solicitando, como titular de más del 5% del capital social de «Way 24365, S. L.» y al amparo de lo dispuesto en los artículos 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas sociales correspondientes al ejercicio 2009. La citada instancia entrada en el Registro Mercantil de el 5 de abril de 2010

II

La Registradora Mercantil de, con fecha 6 de abril de 2010, desestimó la solicitud de nombramiento registral de auditor por extemporánea, al entender que ya habían transcurrido los tres meses establecidos en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para solicitar al Registrador Mercantil del domicilio social el nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio vencido, dado que consultados los Estatutos de la sociedad, el ejercicio económico finaliza el 31 de diciembre de cada anualidad.

III

Contra dicha resolución el solicitante del nombramiento, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que con fecha 30 de marzo de 2010 presentó y remitió al Registro Mercantil de por correo certificado, en la Oficina de Correos –Sucursal núm. 5– de Murcia, la instancia por triplicado solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas para la sociedad «Way 24365, S. L.» 2.º) Que, tal y como consta documentalmente en el expediente, la indicada instancia se certificó en la Oficina de Correos el 30 de marzo de 2010, es decir, dentro de los tres meses siguientes al cierre

del ejercicio social, establecido en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para ejercitar el derecho a la verificación contable. 3.º) Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 38.4.c) de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común la instancia debe considerarse presentada dentro del plazo de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio económico a auditar, dado que la fecha de presentación de la instancia que debe tenerse en cuentas es la de presentación en la Oficina de Correos y no la de presentación en el Registro Mercantil de

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de octubre de 1993, 19 de julio de 1994 y, como más recientes, las de 4 de octubre y 30 de noviembre de 2005.

1.º El presente recurso plantea una cuestión de carácter formal y es la relativa a la fecha de presentación de la instancia que debe tenerse en cuenta para examinar si el solicitante cumple o no el requisito temporal para el ejercicio del derecho a la verificación contable, exigido por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil. Debe indicarse al respecto que este procedimiento registral de nombramiento de auditor se encuentra regulado en el Título III –«Otras funciones del Registrador»– artículos 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, en todo lo no previsto en él, es de aplicación supletoria la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 38.4 regula la presentación indirecta de escritos y documentos de los interesados dirigidos a las Administraciones Públicas. Por tanto, a efectos de examinar si la solicitud fue o no presentada dentro del plazo, debe tenerse en cuenta la fecha la de presentación en la Oficina de Correos, en vez de la fecha de entrada de la instancia en el Registro Mercantil de que fue el 5 de abril de 2010. En el caso presente y, a la vista de la copia del certificado emitido por la Oficina de Correos de, se ha de concluir que el solicitante presentó su instancia el 30 de marzo de 2010, es decir, dentro del plazo legal y reglamentariamente exigido.

2.º Del anterior fundamento jurídico se desprende que no habiendo sido notificada la sociedad de la anterior instancia solicitando el nombramiento registral de auditor, ésta no pudo alegar las causas de oposición que estimó oportunas, las cuales deben ser consideradas por la Registradora Mercantil antes de dictar su resolución declarando la procedencia o improcedencia del nombramiento, incumpléndose, asimismo, lo previsto en al artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto retrotraer el expediente al momento en el que la Registradora Mercantil de debió dar traslado de la solicitud a la sociedad y declarar la nulidad de la resolución de 6 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 25 de marzo de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 25 de abril de 2011 (1.ª)

En el expediente 75/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Fontán Álvarez, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 5 de febrero de 2010, solicitando, al amparo, artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 25% del capital social de «Fontán Álvarez, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2008.

Adjuntaba a su instancia fotocopia de la escritura de constitución de la sociedad, autorizada por el Notario de don, bajo el número 1075 de su protocolo, de la que resulta que el solicitante suscribió 75 participaciones sociales representativas del 50% del capital social.

II

La sociedad, a través de su administrador don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que el solicitante carece de legitimación para instar el nombramiento, dado que en virtud del Convenio regulador de 21 de febrero de 1991, quedó liquidada la sociedad de gananciales, formada por el solicitante y su ex cónyuge, doña, en el que se otorgaron capitulaciones matrimoniales y pactaron, en pago de la pensión compensatoria

que correspondía a ésta última, la adjudicación del 25% de las participaciones sociales de la empresa «Fontán Álvarez, S. L.» Dicho Convenio fue aprobado judicialmente el 23 de junio de 1995.

III

El Registrador Mercantil de, a la vista del anterior escrito, acordó, mediante diligencia de 22 de febrero de 2010, requerir al solicitante para que aportara al expediente copia de las Capitulaciones matrimoniales o de cualquier otro documento del que resulte la titularidad que ostenta sobre un número de participaciones equivalentes al 5% del capital social. Así lo hizo éste mediante escrito de 1 de marzo de 2010, al que adjuntó copia de la escritura de Capitulaciones matrimoniales, otorgada por el Notario de, don, bajo el número 501 de su protocolo notarial; escritura de adaptación de la sociedad afectada por la solicitud de nombramiento de auditor a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y reelección de administrador único, otorgada el 29 de julio de 1999, ante el Notario de, don, bajo el número 1171 de su protocolo que motivó la inscripción 9.^a en a hoja abierta a la sociedad.

IV

El Registrador Mercantil de, fecha 5 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud formulada, por entender que no era cierta la alegación aducida por el administrador único de la sociedad en su escrito de oposición, puesto que la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales es la de una comunidad germana, en la que no existe diferenciación de cuotas, faltando por completo el concepto de parte en dicha comunidad. En cuanto a la legitimación del socio, es doctrina reiterada de la Dirección general de los Registros y del Notariado, que el Reglamento del Registro Mercantil no ha querido ser riguroso con el socio a la hora de exigirle que acredite su legitimación, sino que basta que aporte un principio de prueba. En el caso presente el interesado ha aportado la escritura de adaptación de la sociedad afectada por la solicitud de nombramiento de auditor a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y reelección de administrador único, otorgada el 29 de julio de 1999, ante el Notario de, don, bajo el número 1171 de su protocolo que motivó la inscripción 9.^a en la hoja abierta a la sociedad, de la que resulta que doña y don reconocen a éste último como socio y titular de 362 participaciones sociales. La sociedad, por su parte, solo aportó copia del Convenio regulador del que resulta la entrega por parte del solicitante a su ex cónyuge del 25% de las participaciones sociales. En cuanto a la mala fe que la sociedad atribuye al solicitante, el limitado ámbito de conocimiento que este procedimiento tiene atribuido impide entrar a valorar las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría, ya que si bien es cierto que estas no serán siempre legítimas, la sociedad podrá reclamar los perjuicios ocasionados por las actuaciones maliciosas en vía jurisdiccional civil.

V

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que la resolución recurrida eludió citar los acuerdos adoptados por la Junta general de la sociedad, elevados a públicos por el Notario de, don, bajo el número 2017 de su protocolo, de la que resulta que, informada la

sociedad de la sentencia del Juzgado de primera Instancia de Tuy, de 23 de junio de 1995, que aprobó el Convenio regulador presentado por los ex cónyuges, en virtud del cual el solicitante de la auditoría cedió a doña la totalidad de sus participaciones sociales. Conocida esta información, la Junta general, acordó reflejar en el Libro Registro de socios el movimiento de las participaciones sociales pero con efectos de 13 de septiembre de 2009 y se reservó el derecho a emprender acciones legales oportunas; 2.º) Que, si como indicó el Registrador Mercantil en la resolución recurrida, las Capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges no fue conocida por la sociedad, es porque el solicitante incumplió su deber de notificar la transmisión de las mismas. Lo mismo cabe decir de la escritura de adaptación de la sociedad afectada por la solicitud de nombramiento de auditor a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y reelección de administrador único, otorgada el 29 de julio de 1999, ante el Notario de, don, pues en esa ocasión los socios desconocían el origen de las participaciones sociales. 3.º) Que, sin ánimo de juzgar al solicitante, no puede ignorarse su intención de ocultar hechos trascendentales a la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005 y 14 de febrero de 2006, 31 de mayo de 2007 y 23 de agosto de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la decisión adoptada por el Registrador Mercantil de, frente a la cual no pueden prosperar ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente: En primer lugar, el solicitante ha aportado un principio de prueba de su legitimación, la escritura de constitución de la sociedad en la que don asumió un número de participaciones sociales equivalentes al 50% del capital social. Dicha legitimación ha sido confirmada por el Registro Mercantil a partir de diversas inscripciones de aumentos de capital y de la escritura otorgada el 29 de junio de 1999 que consta en la inscripción 9.ª de la hoja abierta a la sociedad, de la que resulta que ésta última señora pasó a formar parte de la sociedad por la adquisición de las participaciones sociales representativas del 25% del capital social, adjudicadas en el convenio regulador aprobado en dicha sentencia que puso fin a la cotitularidad que ostentaban los cónyuges, ya separados, sobre los bienes que hasta entonces habían sido comunes.

Consecuentemente, las alegaciones del recurrente en modo alguno desvirtúan la legitimación del solicitante como socio de la compañía cuya auditoría se solicita, por el contrario puede apreciarse con claridad que, en el momento de presentar su solicitud, mantiene la propiedad del 25% del capital social, en vez del 50% que ostentó con anterioridad a su divorcio. Dicho porcentaje de

capital social supera con creces el 5% exigido por el artículo 205.2 de la ley de Sociedades Anónimas para ejercitar el derecho al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil.

En atención a estos hechos, poco importa que la Junta general acordara en la reunión de 22 de octubre de 2009 la toma de razón en el Libro Registro de socios, pues como este Centro Directivo ha mantenido, no puede aceptarse que la única forma de acreditar la condición de socios sea la que resulta del Libro Registro a que se refiere el artículo 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada o, la exhibición de los títulos o el Libro Registro de acciones nominativas a que se refiere el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas, porque significaría dejar en manos de una de las partes –la sociedad– un derecho que la ley atribuye a la otra –el socio minoritario.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación referida a la falta de notificación de la transmisión a la sociedad, ya que hay constancia en el expediente de la notificación realizada a la sociedad por el Registrador Mercantil de trasladando la solicitud de nombramiento de auditor y el documento adjunto en el que el solicitante funda su legitimación, así como del traslado de la propia resolución que estimó su solicitud, de la que resulta que dicha legitimación deriva del propio contenido del Registro.

3.º Por último, se ha de señalar en cuanto a las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría, que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cfr.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador de «Fontán Álvarez, S. L.», y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de de 5 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 25 de abril de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 25 de abril de 2011 (2.^a)

En el expediente 78/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Grupo Clave, Consultores, S. A.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 27 de febrero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Grupo Clave, Consultores, S. A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la Junta general de la sociedad, en su reunión de 29 de junio de 2009, acordó nombrar voluntariamente auditor de cuentas a la empresa «Consultores y Auditores» ubicada en, De dicha Junta general levantó acta notarial, don, El acta de requerimiento y la carta de aceptación por parte del representante de la empresa auditora designada que aceptó el encargo, fueron presentados para su inscripción en el Registro Mercantil de, causando finalmente la inscripción núm. 33 en la hoja abierta a la sociedad.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 10 de marzo de 2010, acordó estimar la oposición de la sociedad, dado que ésta acreditó la existencia de un contrato de auditoría con anterioridad a que la solicitante presentara su instancia en el Registro Mercantil. Asimismo, mediante la inscripción del nombramiento ha garantizado también el derecho de la solicitante al informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009.

IV

Contra dicha resolución doña, solicitante de la auditoría, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General: 1.º) Que la Junta General no ha adoptado, a lo largo de 2009, ningún acuerdo de designación de auditor o empresa auditora para el ejercicio económico 2009. Que en la Junta general ordinaria de 29 de junio de 2009 figuró en el orden del día, como punto cuarto «el nombramiento de auditores de cuentas». Tal y como consta en el Acta levantada por el Notario don consta que fue aprobada por el 80% del capital, con el voto en contra del 20% de doña Así pues la sociedad no ha designado cual ha de ser la empresa que efectúe la revisión contable del ejercicio solicitado. 2.º) Que la resolución de la Registradora Mercantil infringe los términos del artículo 70

del Reglamento de Registro Mercantil, en cuanto que exige que la resolución habrá de ser clara, precisa y congruente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión de la Registradora Mercantil de, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios, dándoles la posibilidad de conocer si la contabilidad social refleja la realidad patrimonial y financiera de la sociedad mediante la verificación de las cuentas anuales del ejercicio vencido por un auditor de cuentas, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento sea registral, voluntario o judicial –pues 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

En el supuesto analizado, no estando la sociedad obligada a la verificación contable, es decir, a presentar sus cuentas anuales en el Registro Mercantil verificadas por un auditor nombrado por la Junta General de socios, tampoco está sujeta a las prescripciones legales sobre órgano competente, plazos y formalidades para realizar el nombramiento, por lo cual, aprobado por la Junta general el acuerdo de nombrar auditor de cuentas, bien puede el órgano de administración asumir la función de contratar al auditor, recabar la aceptación de éste y proceder a la inscripción del nombramiento.

En definitiva, la sociedad ha acreditado que presentó en el Registro Mercantil los documentos de nombramiento y aceptación del auditor el 3 de febrero de 2010 y, finalmente, el nombramiento quedó inscrito el 2 de marzo de ese mismo año. Como quiera que los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha del asiento de presentación, se ha de concluir que dicho nombramiento es previo a la presentación de la instancia de la socia minoritaria, solicitando el nombramiento de auditor de cuentas por la Registradora Mercantil, quedando, asimismo, garantizado su derecho al informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2009.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil de «Grupo Clave, Consulto, S. A.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de el 10 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 25 de abril de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sra. Registradora Mercantil de

Resolución de 26 de abril de 2011 (1.ª)

En el expediente 76/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Audiservicios Auditores Consultores, S. L. P.»

HECHOS

I

Don..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 9 de marzo de 2010, solicitando, al amparo, artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 25% del capital social de «Audiservicios Auditores Consultores, S. L. P.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: Que la Junta General celebrada ante Notario el 23 de diciembre de 2009 acordó excluir de la sociedad al solicitante de la auditoría, por lo que carece de legitimación para instar el nombramiento registral de auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil núm. XV de, con fecha 24 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud formulada, en base a que según reiterada doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado, el socio lo sigue siendo hasta que no concluya el proceso de exclusión con el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, en la que se de cumplimiento a lo previsto en los artículos 100 y 102 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 208 del Reglamento del Registro Mercantil, con reembolso de las participaciones del socio excluido.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 14 de la Ley de Sociedades Profesionales y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 27 de junio y 14 de diciembre de 2006 y las de 30 de marzo y 7 de abril de 2009.

Niega la sociedad la legitimación del solicitante del nombramiento registral de auditor por no ser socio de la compañía, como consecuencia de su exclusión de la sociedad. Pues bien dicha alegación no puede prosperar pues, a pesar de la previa existencia de un acuerdo social de exclusión, adoptado por la Junta General el 23 de diciembre de 2008, dicho acuerdo no basta por sí solo para negar la legitimación del solicitante, dado que solo es el inicio de un *iter* que concluirá con el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, en la que se de cumplimiento a lo previsto en los artículos 100 a 102 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (actual art. 351 y 352 de la Ley de Sociedades de Capital) y 208 del Reglamento del Registro Mercantil, con reembolso de sus participaciones al excluido.

Además de lo anterior, se ha de señalar que no concurren los requisitos exigidos por el artículo 99 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 352 de la vigente Ley de Sociedades de Capital) a la que remite el artículo 17 de la Ley de Sociedades Profesionales para la exclusión de un socio con una participación superior al 25% del capital social, al no existir la necesaria resolución judicial firme que declare la exclusión.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de «Audiservicios Auditores Consultores, S. L. P.», y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil núm. XV de de 24 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 26 de abril de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil núm. XV de

Resolución de 26 de abril de 2011 (2.^a)

En el expediente 86/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Refrel, S. L.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 25 de febrero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 5% del capital social de «Refrel S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la sociedad cuenta con un auditor designado desde el pasado 29 de

enero de 2010. Con fecha anterior a la presentación de la solicitud de los socios minoritarios ya había solicitado la inscripción del nombramiento. Finalizó manteniendo que en ningún momento se les ha negado la información social a los socios minoritarios.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 16 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que los solicitantes reunían los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que el nombramiento voluntario de auditor efectuado por la Junta general el 29 de enero de 2010 abarca al periodo de tiempo comprendido entre los años 2010 y 2017, por lo que no se contrató para verificar las cuentas del ejercicio 2009 que es el solicitado por los peticionarios. Añadió que no corresponde al Registrador Mercantil indagar si la información que solicitaron los socios fue facilitada o no.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que son numerosas las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en las que con rotunda claridad se dispone la inaplicabilidad del artículo 204 de la Ley de Sociedades Anónimas a las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable, por consiguiente la sociedad no comparte la opinión de la Registradora Mercantil que pretende aplicar dicho precepto a la sociedad. 2.º) Que el nombramiento de auditor se realizó por un plazo de ocho años, expresión que solo conduce a concluir con el artículo 1281 del Código Civil que la vigencia del contrato se inicia con la aceptación del auditor de cuentas. 3.º) Que si el desempeño de las funciones de auditor de cuentas se iniciara inmediatamente después de la aceptación de éste, no habiéndose formulado aún las cuentas anuales del ejercicio 2009 ni habiendo finalizado el plazo para formularlas, es lógico pensar que la primera de sus funciones sería la de verificar las cuentas correspondientes a dicho ejercicio. 4.º) Que basta analizar el contenido del contrato suscrito entre la empresa y la sociedad auditora para comprobar cual fue la verdadera voluntad de la sociedad. Adjuntó al escrito de interposición del recurso el contrato de auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

Acreditada en el expediente por la escritura pública de 18 de febrero de 2010 que el contrato concertado por la sociedad con la empresa auditora es anterior a la fecha de presentación en el Registro Mercantil de la solicitud

del socio minoritario, el 25 de febrero de 2010, procede determinar en esta resolución si dicho contrato de auditoría, voluntariamente celebrado por la sociedad, puede o no enervar el derecho del solicitante, cuando se concertó por un determinado número de años, sin especificar su objeto, es decir, sin determinación de los trabajos encargados al auditor, de tal manera que suscita la cuestión de si comprende o no el ejercicio económico cuya auditoría solicitó el socio minoritario.

Es cierto, como alega la sociedad, que no estando sujeta a la obligación legal de verificación contable, puede en cualquier momento, tanto por decisión de la Junta General como por decisión del órgano de administración, contratar voluntariamente los servicios de un auditor de cuentas, sin sujeción a los plazos y formalidades establecidas en la antigua Ley de Sociedades Anónimas y vigente Ley de Sociedades de Capital para aquellas otras obligadas al nombramiento de auditor.

Ahora bien, la doctrina de este Centro Directivo interpretando y aplicando el artículo 205.2 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas, siempre ha exigido, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del solicitante, dos condiciones que pueden resumirse con los términos de certeza sobre la anterioridad del contrato en relación con la fecha de presentación de la solicitud en el Registro Mercantil y de garantía de que el informe de auditoría de cuentas del último ejercicio vencido, que en este caso es el ejercicio 2009, estará a disposición del peticionario, garantía que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

En el caso presente, esta última condición no se deduce del contrato adjunto al escrito de interposición del recurso de alzada, dado que no puede probar frente a terceros ni el objeto del mismo ni cuales fueron los trabajos encargados al auditor y que éste aceptó con anterioridad a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario el 25 de febrero de 2010, solicitando la auditoría de las cuentas cerradas a diciembre de 2009.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de «Refrel, S. L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de el 16 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 26 de abril de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sra. Registradora Mercantil de

Resolución de 27 de abril de 2011 (1.ª)

En el expediente 98/2010 bis sobre nombramiento de auditores a instancia de un socio de «Polifonía, S. L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 9 de enero de 2010, solicitando, al amparo del artículo 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular del 50% del capital social de «Polifonía, S. L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009. Alegaba que su esposo, don, falleció el 30 de octubre de 2005 estando constante la sociedad de gananciales, la cual, si bien quedó disuelta por su fallecimiento, no está liquidada.

Adjuntaba a su escrito Acta de declaración de herederos *ab intestato* de don otorgada el 25 de enero de 2006 por el Notario de, don, bajo el número 148 de su protocolo; y copia de la escritura de compraventa de participaciones sociales, otorgada el 26 de septiembre de 2005 ante el Notario de don con el número 5403 de su protocolo.

II

La sociedad, a través de don, en su condición de Administrador único, se opuso a dicha pretensión negando la legitimación a la solicitante de la auditoría, en base a las siguientes argumentos: 1.º) Que la comunidad de gananciales a la que dice representar no está regulada por el artículo 392 del CC dado que no es una comunidad *pro indiviso* romana sino en mano común o germánica, por lo que debe aplicarse el artículo 66 de la Ley de Sociedades Anónimas y no el artículo por ella invocado. En este contexto resulta relevante la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de febrero de 1996, cuya doctrina mantiene que cuando exista cotitularidad de participaciones o acciones sociales el derecho reconocido en el artículo 205.2 debe ser ejercido por la persona que hayan designado todos los copropietarios. De lo expuesto resulta evidente la falta de legitimación de doña para solicitar y obtener el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil. 2.º) Que, además de lo anterior, la solicitante de la auditoría, mediante Acta otorgada ante el Notario de don, el 16 de mayo de 2006 y bajo el número 970 de su Protocolo, requirió a su hijo y coheredero de don para designar a un representante de la herencia yacente en una Junta a celebrar por la «Sociedad Malagueña de Música y Danza, S. A.», sociedad distinta a la que se refiere la presente solicitud. Pues bien, en respuesta a dicha acta, la persona requerida manifestó su total oposición a la designación de un representante entre todos los coherederos, no solo para el fin perseguido sino para cualquier otro, instando, en vez de lo anterior, el nombramiento de un administrador judicial para la administración de la masa hereditaria. Y ello para que ningún coheredero pueda aprovecharse de la situación de indivisión o interinidad en la que se encuentra la herencia. 3.º) Que el Alto Tribunal ha mantenido en reiterada jurisprudencia que es necesario el consentimiento de todos los coherederos para actuar, supuestamente, en beneficio de la comunidad, rechazando esta posibilidad representativa cuando se actúa por sí sin tener en cuenta al resto de los coherederos y sin manifestar que se actúa en beneficio de la comunidad.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 19 de marzo de 2010, acordó estimar las solicitudes, en base a que el cónyuge viudo de un socio cuyo régimen económico matrimonial era el de la sociedad de gananciales está legitimado para solicitar nombramiento de auditor, por ser este un acto de administración y gestión, según reiterada doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso, en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando, básicamente, los argumentos aducidos en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidos en la presente instancia y añadiendo: 1.º Que el Registrador Mercantil fundó su resolución en la mera suscripción por parte de la solicitante y uno de sus hijos de la instancia presentada en el Registro Mercantil. Sin embargo, en modo alguno ha quedado acreditada la representación alegada por la solicitante, dado que la comunidad hereditaria es de naturaleza germánica y, por tanto, esta comunidad no está regulada por los artículos 392 y siguientes del Código Civil que contempla la comunidad *pro indiviso* (SSTS de 8 de abril de 1965, 20 de abril de 1989 y 19 de junio de 1995). 2.º Que el supuesto planteado debe ser regulado por el artículo 66 de la Ley de Sociedades Anónimas, tal como se indicó en el escrito de oposición. 3.º Que en la actualidad existen dos procedimientos judiciales por los que se insta la partición de la herencia, uno de ellos formulado por el Sr. y el otro por doña, solicitante de la auditoría. Este hecho revela que no existe consenso en la comunidad hereditaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 15 de noviembre de 1993, 3 de abril de 1995 y, como más recientes, las de 20 de enero y 4 de febrero de 2004, 30 de septiembre y 8 de noviembre de 2005, 17 de mayo de 2007 y 4 de junio de 2009.

1.º La cuestión de fondo que plantea el presente recurso no es otra que la de determinar si la solicitante de la auditoría ha acreditado o no su legitimación para el ejercicio del derecho a la verificación contable del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2009.

Sobre la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente este Centro Directivo, manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Es

a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que la solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

En el supuesto analizado, acreditada en el expediente, mediante la documentación adjunta a la solicitud (*cfr.* HECHOS I) la condición de socio de don y su titularidad sobre un porcentaje de acciones equivalentes al 50% del capital social, así como su fallecimiento constante su matrimonio con la solicitante de la auditoría en régimen de gananciales, ha quedado, básicamente, acreditada la legitimación de ésta última para ejercer el derecho al nombramiento registral de auditor.

La sociedad recurrente, por su parte, no ha logrado desvirtuar dicha legitimación y ello por las siguientes razones: En primer lugar, porque, la sociedad de gananciales no es, desde luego, una comunidad dividida idealmente en cuotas partes ni está regulada por los artículos 392 y ss del Código Civil, sino que –como indica el recurrente– es una comunidad de tipo germánica, específicamente regulada en los artículos 1316 y 1344 siguientes del Código Civil, en la que el total de los bienes que la integran pertenece indistintamente a ambos cónyuges desde la celebración del matrimonio o desde el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales hasta la liquidación de la sociedad (*cfr.* art. 1344 en relación con el 1392 del Código Civil).

En segundo lugar, en tanto no se proceda a su liquidación, la sociedad de gananciales, interinamente, subsiste y el cónyuge superviviente que ostenta la representación de la misma, está facultado para realizar actos de gestión y administración sobre los bienes existentes que, como se ha señalado anteriormente, se presumen comunes (*cfr.* art. 1.375 del Código Civil). Y precisamente, el ejercicio del derecho a la verificación contable no entraña ninguna facultad de disposición, sino que se encuadra –como indicó el Registrador Mercantil en el acuerdo recurrido– dentro de los actos de gestión y buena administración porque su finalidad es el conocimiento de la verdadera situación financiera y patrimonial de la empresa.

2.º Esta interpretación en nada obstaculiza las disposiciones contenidas en los artículos 35 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 66 de la Ley de Sociedades Anónimas, relativas a la copropiedad de acciones, dado que se trata de comunidades de bienes radicalmente distintas, tanto por su origen, que en el caso de la copropiedad de acciones o participaciones sociales es la voluntad de los copropietarios, como por las normas que rigen ambas comunidades, que en un caso son las de las comunidades de bienes (*cfr.* arts. 392 y siguientes del Código Civil) y en el otro las de la sociedad de gananciales (arts. 1344 y siguientes del Código Civil) como por su duración pues la nota característica de la comunidad post ganancial es la de interinidad, dado que la comunidad subsiste solo pendiente de su próxima liquidación y reparto del activo entre sus miembros, lo que no ocurre en la copropiedad de

acciones pues aquí la situación tiene vocación de permanencia, sin perjuicio de que pueda acordarse su disolución.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuestos don, en su condición de Administrador único y confirmar las Resoluciones del Registrador Mercantil de de 19 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 27 de abril de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 27 de abril de 2011 (2.ª)

En el expediente 100/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una accionista de «Seta Mediterráneo, S. L.».

HECHOS

I

Doña, en nombre y representación de la entidad mercantil «Grupo Seta Inversiones, S. L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 5 de febrero de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Seta Mediterráneo, S. L.», el nombramiento de un auditor con el fin de conocer si las cuentas anuales del ejercicio 2009 ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

II

A la vista de la anterior instancia, el Registrador Mercantil núm. XVI de requirió a la solicitante para que aportara original o testimonio de la escritura de poder del que hizo uso. A dicho requerimiento la peticionaria contestó por escrito presentado en el Registro Mercantil el 24 de febrero de 2010, al que adjuntó escritura de poder, autorizada por el Notario de Madrid, don, otorgado a su favor por doña, Consejera Delegada de la entidad mercantil «Seta Mediterráneo, S. L.» .

III

Notificada la sociedad de la solicitud de auditoría, esta no presentó escrito de oposición.

IV

El Registrador Mercantil núm. XVI de, con fecha 6 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas, dado que la peticionaria reúne las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas para ejercitar el derecho. En dicha resolución acordó designar como auditor de las cuentas del ejercicio 2009 a doña, indicando como retribución a percibir, las que resulten de la aplicación de tarifas orientativas del Instituto de censores Jurados de Cuentas de España.

V

Don, en calidad de administrador único de «Seta Mediterráneo, S. L.», presentó un escrito ante el Registrador Mercantil de, alegando, en esencia: 1.º) Que la solicitante ha impedido el ejercicio de los derechos de defensa de la sociedad, por lo que se ha producido un nombramiento irregular de auditor de cuentas, al no concederse a la sociedad la posibilidad de contradicción. 2.º) Que la empresa solicitante, a través de otra empresa integrada en su grupo, ejerció la labor administrativa de la empresa afectada por su solicitud de auditoría y facilitó el domicilio anterior, en lugar de tener en cuenta que por la Junta general de 26 de noviembre de 2009 se acordó el cambio de domicilio social. 3.º) Que la proponente del nombramiento registral de auditor, ocultó maliciosamente dicho dato, de forma que las comunicaciones del Registro Mercantil de fueron dirigidas al domicilio anterior de la sociedad y no al actual. 4.º) Que este proceder puede ser constitutivo de delito. 5.º) Que, en consideración a los hechos expuestos, solicita se declare la nulidad de todo lo actuado.

Dicho escrito fue remitido a este Centro Directivo por oficio del citado Registrador Mercantil con entrada en el Registro General de este Departamento ministerial el 27 de abril de 2010.

VI

Con fecha 12 de noviembre de 2010, don, administrador único de la sociedad afectada por la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas, presentó un escrito en el Registro Mercantil de desistiendo de su solicitud de nulidad. Dicho escrito fue remitido por el Registrador Mercantil de a este Centro Directivo, para que acordara lo procedente.

VII

Con fecha 22 de marzo de 2011 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de al que adjuntaba un escrito firmado por doña, como Consejera Delegada de la compañía «Grupo Seta Inversiones, S. L.», solicitante del nombramiento registral de auditor de cuentas para la sociedad «Seta Mediterráneo, S. L.», desistiendo de la solicitud que inició el expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos 89 y 90 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud este Centro Directivo ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado por doña, como Consejera Delegada de la compañía «Grupo Seta Inversiones, S. L.», solicitante de la auditoría de cuentas correspondientes al ejercicio 2009 de «Seta Mediterráneo, S. L.» y declarar concluso el procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 27 de abril de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil núm. XVI de

Resolución de 28 de abril de 2011 (1.ª)

En el expediente 108/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Panadería Artenara Hermanos Medina, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 29 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, como titular de más del 5% del capital social de «Panadería Artenara Hermanos Medina, S. L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2005.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que: 1.º) Que no existe causa legítima para solicitar la auditoría

de cuentas, pues en su instancia indicó que solicita la auditoría porque no se le facilitó la contabilidad social, lo que no es cierto, pues siempre ha tenido las cuentas a su disposición. 2.º) Que el coste de la intervención de un auditor de cuentas supone un grave perjuicio para la sociedad que atraviesa un mal momento económico.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 9 de abril de 2010, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, en base a que la invocación a la mala fe y la inexistencia de causa legítima en la solicitud no pueden privar al socio de ejercitar su derecho. En cuanto a los gastos de la auditoría, éstos por disposición expresa del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas corren siempre a cargo de la sociedad.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando literalmente las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo, 8 de junio y 24 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 6 de junio, 4 de octubre y 23 y 26 de noviembre de 2005.

No pueden prosperar en el presente expediente ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de recurso. En efecto: 1.º Las determinaciones internas que han llevado a la socia a solicitar la auditoría no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido y si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados. 2.º La causa de la petición, aunque no se exprese o parezca insuficiente a la sociedad, es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de auditoría. 3.º Los costes de la auditoría, por disposición expresa de la Ley y sin que quepa margen interpretativo alguno, corren siempre a cargo de la sociedad. 4.º Por último, en cuanto al

derecho a examinar las cuentas, o derecho de información, es un derecho que, aunque complementario del de auditoría, resulta distinto por su finalidad y requisitos e independiente en cuanto a las condiciones para su ejercicio, ya que este último pretende un informe de las cuentas anuales realizado por un profesional independiente.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador solidario de «Panadería Arternara Hermanos Medina, S. L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de el 9 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 28 de abril de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 28 de abril de 2011 (2.^a)

En el expediente 111/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Identia Asesores, S. L.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 22 de febrero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, como titular de más del 5% del capital social de «Identia Asesores, S. L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su administradora solidaria, doña, se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que la sociedad se constituyó el 24 de septiembre de 2009,

según escritura autorizada por el Notario de Castellón, don, bajo el número 1536 de su protocolo y la declaración de inicio de operaciones se realizó por ella misma el 18 de noviembre de 2009. 2.º) Que, según las citadas escrituras, la solicitante de la auditoría es administradora solidaria de la sociedad. 3.º) Que como es fácil deducir por los gastos que se relacionan, la sociedad no puede hacer frente a los gastos de auditoría y, por ello, se va a proceder a convocar Junta general de la sociedad con el fin de que se acuerde una ampliación de capital social.

III

El Registrador Mercantil núm. VI de resolvió, con fecha 30 de marzo de 2010, desestimar la solicitud formulada por la socia minoritaria. Mantuvo que el hecho de que la sociedad hubiera comenzado sus operaciones el pasado mes de noviembre, resulta irrelevante, puesto que los administradores están obligados a formular las cuentas del 2009, si es decisivo el hecho de que la solicitante ostente el cargo de administradora solidaria de la compañía, puesto conforme a la doctrina mantenida por la Dirección general de los Registros y del Notariado, en el ejercicio de su cargo pudo haber contratado los servicios de un auditor de cuentas, como un acto más de gestión y buena administración.

IV

Contra dicha resolución doña, solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que el hecho de que conste en la escritura de constitución de la sociedad como administradora solidaria, no debe impedir su derecho a obtener del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas. 2.º) Que cesó en su cargo por no estar de acuerdo con la otra administradora solidaria en la forma de llevar la gestión de la sociedad. Además de lo anterior las decisiones importantes se tomaban en proporción a la participación en el capital social, siendo así que la otra administradora ostenta el 66,66% de este, mientras que a ella le corresponde solo el 33,33%.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 42 del Código de Comercio, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2005 y, como más recientes, la de 9 de diciembre de 2008 y la de 21 de abril de 2009.

La única cuestión que plantea el presente recurso se centra en determinar si el socio que ostentó la condición de administrador solidario de la compañía puede o no solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas anuales del último ejercicio vencido.

Sobre esta cuestión, este Centro Directivo ha mantenido que el hecho de que el socio minoritario ostente la condición de administrador social no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, propietario de un porcentaje de capital social no inferior al 5%. Esto solo ocurriría si durante el ejercicio económico para el que solicita la auditoría hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o hubiera ostentado la administración solidaria, porque en este último caso, habría podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración.

Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que, como alega la solicitante de la auditoría, ha ejercido la administración solidaria de la compañía junto con otra administradora solidaria desde la constitución de la sociedad en 2009 hasta la Junta general celebrada el 11 de febrero de 2011, es decir, pocos días antes de presentar su instancia en el Registro Mercantil solicitado el nombramiento registral de auditor de cuentas, siendo así que el ejercicio de este cargo de administradora le brindó la oportunidad de contratar los servicios de un auditor para verificar las cuentas iniciales de la empresa, si hubiera creído conveniente disponer de un informe de auditoría.

Por tanto, procede confirmar la resolución dictada por la Registradora Mercantil de, pues no se estima conforme a derecho desencadenar una actividad registral, administrativa, o judicial con el fin de obtener lo que ha estado en la capacidad de quien lo solicita y dentro de su esfera de actuación personal.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, solicitante de la auditoría de cuentas, contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil núm. VI de el 30 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 28 de abril de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 28 de abril de 2011 (3.^a)

En el expediente 115/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Relojes Basel, S. A.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 24 de marzo de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular del 11,33% del capital social de «Relojes Basel, S. A.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º Que la solicitud del socio viene fundada exclusivamente en que no existe un informe de verificación contable realizado por un profesional independiente, lo cual es lógico puesto que la sociedad no está obligada a auditar sus cuentas anuales; y 2.º Que en el momento de presentar su instancia en el Registro Mercantil todavía no había expirado el plazo de tres meses que tienen los administradores sociales para formular las cuentas correspondientes al ejercicio anterior.

III

El Registrador Mercantil núm. II de, con fecha 13 de abril de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad, al entender que, reuniendo el solicitante las circunstancias de capital y tiempo exigidas por la ley, no puede enervar su derecho ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad. El hecho de que la sociedad no esté obligada a auditarse, es el presupuesto que contempla el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. No obstante, dichas sociedades pasan a estar obligadas cuando lo solicitan un o unos socios que reúnan al menos el 5% de capital social de la entidad. Tampoco puede prosperar el hecho de que la solicitud fuera presentada antes de que hubiera finalizado el plazo para formular las cuentas del ejercicio 2009, puesto que la misma instancia puede servir de acicate a los administradores para cumplir con diligencia su deber de formularlas.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Añadió que el solicitante carecía de legitimación para solicitar la auditoría puesto que el capital social de la compañía está dividido en acciones al portador, cuya exhibición es precisa para acreditar la propiedad sobre los títulos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005 y 14 de febrero de 2006.

1.º La primera cuestión que plantea el presente recurso se centra en determinar si el solicitante está legitimado o no para solicitar y obtener el nombramiento de auditor de cuentas y, si lo está, si dicha legitimación ha quedado suficientemente acreditada en el expediente.

Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente que para entender acreditada la legitimación del solicitante es suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende.

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba: además de la invocación que realiza en su instancia sobre el número de inscripción de la sociedad, ha aportado al expediente copia de los títulos al portado que lo legitiman como titular de un número de acciones equivalentes a más del 5% de capital social que lo legitiman para solicitar la auditoría de cuentas. La sociedad, por su parte, no ha aportado prueba alguna demostrativa de que hubiera perdido su condición de socio. Es más, al no formular está alegación en su escrito de oposición, sino que lo alega por primera vez en esta instancia de recurso de alzada, la sociedad reconoció, implícitamente, durante la tramitación del expediente la legitimación del solicitante de la auditoría.

2.º Obviamente, tampoco puede prosperar su alegación de que la instancia fue presentada antes de la formulación de cuentas anuales por los administradores, dado que el artículo 205.2 de la ley de Sociedades Anónimas exige reunir dos condiciones para ejercer el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas. La primera de ellas es la de reunir un mínimo de capital social del 5% y la segunda condición es la de presentar la instancia en el periodo de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social, con la

finalidad de que la contabilidad social y, si estuvieran formuladas las cuentas anuales, sea verificada por un experto independiente que realice un informe de auditoría para que, finalmente, sea aportado a la Junta General y los socios puedan aprobar o no las cuentas anuales con mayor conocimiento de causa.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de «Relojes Basel, S. A.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. II de el 13 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 28 de abril de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil núm. II de

Resolución de 29 de abril de 2011 (1.ª)

En el expediente 114/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inmuebles Sara, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 15 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, como titular de más del 5% del capital social de «Inmuebles Sara, S. L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2009.

II

La sociedad, a través de su administradora solidario, doña, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la sociedad por motivos económicos difícilmente podrá hacer frente a los gastos de la auditoría de cuentas. Añadió que los socios disponen de toda

la información contable y financiera de la empresa relativa al ejercicio 2009, que les fue entregada judicialmente, como consecuencia de una demanda de responsabilidad contra el entonces administrador social don, precisamente el ahora solicitante de la auditoría. En definitiva, no existe causa legítima para solicitar el nombramiento de auditor.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 31 de marzo de 2010, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, dado que el solicitante de la auditoría reúne las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas, sin que la sociedad haya formulado alegación que permita enervar su derecho. El derecho de información asiste a todos los socios de entidades mercantiles mientras que el de verificación contable solo asiste a quienes reúnan determinadas condiciones. No puede ser tampoco causa de enervación la mala situación económica de la empresa, pues el artículo 205.2 de la ley de Sociedades Anónimas dispone, de manera taxativa, que los gastos de auditoría corren siempre a cargo de la sociedad.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando literalmente las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Añadió que el verdadero motivo de la solicitud es que el solicitante no acepta que la Junta general le haya retirado su confianza como administrador solidario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo, 8 de junio y 24 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 6 de junio, 4 de octubre y 23 y 26 de noviembre de 2005.

No pueden prosperar en el presente expediente ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de recurso. En efecto: 1.º Las determinaciones internas que han llevado a la socia a solicitar la auditoría no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido y si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados. 2.º La causa

de la petición, aunque no se exprese o parezca insuficiente a la sociedad, es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de auditoría. 3.º Los costes de la auditoría, por disposición expresa de la Ley y sin que quepa margen interpretativo alguno, corren siempre a cargo de la sociedad. 4.º Por último, en cuanto al derecho a examinar las cuentas, o derecho de información, es un derecho que, aunque complementario del de auditoría, resulta distinto por su finalidad y requisitos e independiente en su ejercicio, ya que este último pretende un informe de las cuentas anuales realizado por un profesional independiente.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador de «Inmuebles Sara, S. L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de el 31 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 29 de abril de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 29 de abril de 2011 (2.ª)

En el expediente 113/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Proser, Promociones, Servicios y Obras, S. L.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 26 de febrero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Proser, Promociones, Servicios y Obras, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad no está obligada a la verificación contable. 2.º) Que la solicitud del socio debe ser motivada, aportando un principio de prueba o indicio de mala gestión. 3.º) Que el solicitante ha sido administrador mancomunado de la compañía, por lo que el otro administrador de la compañía nunca pudo disponer por su cuentas y riesgo. 4.º) Que las cuentas de la sociedad han estado a disposición del solicitante desde la constitución de la compañía.

III

El Registrador Mercantil núm. II de, con fecha 30 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud formulada, en base a que según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado son, precisamente, las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable, el presupuesto de aplicación del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y no es preciso que se aporte prueba de que se ha cometido ninguna irregularidad, puesto que la causa que justifica la solicitud es la inexistencia de un informe contable. Del mismo modo, resulta irrelevante que la solicitante haya sido administradora mancomunada, ya que puede en este caso ejercitar un derecho que la ley le atribuye por su condición de socia. Tampoco es causa de enervación de la solicitud el que la información contable haya estado siempre a disposición de la solicitante, ya que el derecho de información y el de auditoría, aunque relacionados, resultan diferentes, por su contenido y efectos, así como por las condiciones para su ejercicio.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación de la sociedad interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición y añadiendo que la intención última de los socios no es tener la opinión de un experto independiente sino la de crear un perjuicio económico a la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005 y 14 de febrero de 2006.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la decisión adoptada por el Registrador Mercantil de, frente a la cual no pueden prosperar ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar,

este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente que en las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable, la causa de la solicitud es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Por eso, el artículo 359 Reglamento del Registro Mercantil que regula las solicitudes fundadas en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas no exige su expresión, al tener un alcance puramente formal, siendo irrelevante su inexpressión o expresión inadecuada o incompleta.

2.º Tampoco puede prosperar la pretensión de la sociedad dirigida a enervar el derecho del solicitante por el hecho de haber ejercido la administración mancomunada de la compañía, dado que, al instar el nombramiento registral de auditor de cuentas el socio está ejerciendo un derecho que la ley le atribuye por su condición de socio. Esto solo ocurriría si el solicitante hubiera gestionado en exclusiva la administración de la empresa o bien si hubiera ejercido la administración solidaria, lo que no es el caso (arts. 1692-1694 del Código Civil).

3.º Por último, indicar que el derecho de información y el derecho de auditoría, aunque relacionados, son diferentes tanto por su finalidad como por las condiciones para su ejercicio. El derecho de información lo ostentan, sin excepción, todos los socios de la compañía y pueden ejercitarlo en cualquier tiempo, mientras que el derecho de auditoría solo pueden ejercitarlo quienes sean titulares de un número de acciones o participaciones sociales igual o superior al 5% del capital social de la entidad mercantil y debe ejercitarse dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, representante de «Proser, Promociones, Servicios y Obras, S. L.», y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil núm. II de el 30 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 29 de abril de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil núm. II de

Resolución de 29 de abril de 2011 (3.ª)

En el expediente 112/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Sevillana de Buzoneo, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó el 12 de marzo de 2010 en la Oficina de Correos un escrito dirigido al Registro Mercantil de, solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Sevillana de Buzoneo, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2008.

II

La sociedad, a través de su administrador, don se opuso a dicha pretensión, alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante no expresó en su instancia la causa que motivó su petición. 2.º) Que la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas es utilizada como mecanismo de presión por parte del solicitante. 3.º) Que resulta inconveniente el nombramiento por hacer incurrir a la sociedad en gastos innecesarios.

III

El Registrador Mercantil núm. IV de con fecha 31 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud formulada por la minoría. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo exigidos por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para ejercitar el derecho, señaló que el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil no exige la indicación de la causa de la petición, ya que en este tipo de expedientes la causa es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. En cuanto a las motivaciones que pueda tener el socio para solicitar la auditoría, éstas no pueden ser dilucidadas en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido. La sociedad, si se siente perjudicada podrá reclamar la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la supuesta actuación maliciosa. Tampoco es causa de oposición que el socio hubiera solicitado el nombramiento de auditor para verificar las cuentas anuales del ejercicio anterior, puesto que se trata de un derecho que puede ser reiterado cada año.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que el verdadero interés del solicitante es el de hacer uso de todos los mecanismos a su alcance para presionar a la sociedad, con el fin de obtener

los mayores beneficios posibles. 2.º) Que existe un conflicto de intereses entre el solicitante que fue socio, trabajador, administrador y directivo de la empresa y la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero de 2006 y 31 de mayo de 2007.

1.º No pueden prosperar en el presente expediente ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad recurrente. En primer lugar, respecto a la alegación que cuestiona la buena fe del solicitante, este Centro Directivo ha mantenido que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

2.º Tampoco puede prosperar su alegación relativa a la inexpressión de la causa en el escrito de solicitud, puesto que como también ha mantenido esta Dirección general, en este tipo de peticiones fundadas en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas que establece un cauce legal para que los socios minoritarios de la sociedades mercantiles no obligadas por Ley a la verificación contable puedan solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento registral de auditor, es indiferente la inexpressión de la causa de la petición o su expresión inadecuada, dado que ésta es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa.

3.º Por último, recordar al recurrente que este derecho de auditoría reconocido a los socios minoritarios persigue verificar la llevanza ajustada o no a derecho de la contabilidad por parte de expertos independientes y solo está condicionado a que los solicitantes reúnan las circunstancias de capital y tiempo que se mencionan en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, siendo un derecho que puede reiterarse cada años, sin que su ejercicio en el año anterior impida o condicione el ejercicio del derecho para auditar las cuentas de ejercicios futuros, si el socio lo considera conveniente.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador de «Sevillana de Buzoneo, S. L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil núm. IV de de 31 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 29 de abril de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil núm. IV de

Resolución de 29 de abril de 2011 (4.^a)

En el expediente 117/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Moraguesfontcuatre, S. A.».

HECHOS

I

Don, en nombre y representación de «Piedras Moragues, S. L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 24 de marzo de 2010, solicitando, al amparo, artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Moraguesfontcuatre, S. A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad es una sociedad familiar constituida para detentar y administrar determinados bienes inmuebles y apenas ha tenido actividad durante el ejercicio 2009. 2.º) Que partiendo de este hecho se puede mantener que la entidad mercantil solicitante, concedora de estas circunstancias, ha solicitado la auditoría con absoluto ánimo de revancha. 3.º) Que la entidad mercantil solicitante considera conveniente que se elabore el informe de gestión, olvidando que esta sociedad puede presentar sus cuentas en forma abreviada y, por tanto, está exenta de la elaboración de dicho informe. 4.º) Que la información que, en teoría,

puede facilitar cualquier empresa, en este caso resulta casi imposible, ya que –como de ha dicho– la sociedad se dedica a detentar y administrar unos inmuebles.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 12 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud formulada, al reunir la solicitante las circunstancias de capital y tiempo exigidas en la Ley. En cuanto a la alegación de abuso de derecho y ánimo de revancha, mantuvo que el limitado ámbito de conocimiento atribuido al procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas por el Reglamento del Registro Mercantil impide entrar a conocer las motivaciones que llevaron a la socia minoritaria a solicitar la auditoría. La sociedad siempre tendrá expédita la vía judicial civil para reclamar la indemnización de los perjuicios ocasionados por la supuesta actuación maliciosa. En cuanto a la información de la que ha podido disponer la solicitante, señaló que el derecho de información y el de auditoría son derechos diferentes.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición y añadiendo que la intención última de los socios no es tener la opinión de un experto independiente sino la de crear un perjuicio económico a la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero de 2006 y 31 de mayo de 2007.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la decisión adoptada por la Registradora Mercantil de, frente a la cual no pueden prosperar ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente: En primer lugar, en cuanto a las motivaciones que han llevado a los socios a solicitar la auditoría, se ha de señalar que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre

quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

2.º Tampoco puede prosperar su alegación relativa a la imposibilidad de facilitar cierta información al auditor de cuentas nombrado por el Registrador, puesto que, como cualquier otra actividad social, la de gestión y administración de bienes inmuebles, que es a la que se dedica la sociedad, trae consigo ingresos, gastos, pérdidas o ganancias y un estado de patrimonio neto susceptibles de conformar las cuentas sociales que deben formular los administradores, aprobar la Junta general y presentarlas para su depósito en el Registro Mercantil, siendo importante advertir que, aunque la empresa, inicialmente, no se encuentre obligada a verificar sus cuentas por un experto independiente, dicha obligación surge con posterioridad cuando solicitan la auditoría socios que representen al menos el 5% de capital social, en base al derecho reconocido a las minorías por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 265 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010).

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, representante de «Moraguesfontcuatre, S. A.», y confirmar la Resolución de la Registradora Mercantil de de 12 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 29 de abril de 2011.—La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 29 de abril de 2011 (5.ª)

En el expediente 118/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Taverfont, S. L. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 9 de marzo de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular

del 33,33% del capital social de «Taverfont, S. R. L. L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador, don, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º Que el solicitante tiene causas pendientes en el Juzgado de lo Penal por falsificación de firma y competencia desleal. 2.º Que su única intención al solicitar la auditoría es la de perjudicar a la sociedad y por esa razón ha ido solicitando la realización de auditorías cada año, generando a la sociedad gastos innecesarios en un claro abuso de derecho.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 29 de marzo de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad, por reunir el solicitante las circunstancias de capital y tiempo que la Ley exige. En cuanto a las alegaciones formuladas por la sociedad, mantuvo que el derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es un derecho reiterable anualmente. La existencia de una denuncia penal interpuesta contra el solicitante no interfiere en este procedimiento, dado que al no cuestionarse la propiedad sobre sus participaciones sociales, dicha denuncia seguirá el procedimiento correspondiente sin que exista litispendencia respecto de este procedimiento. En cuanto a la alegación de abuso de derecho, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide al Registrador Mercantil dilucidar la buena o mala fe del solicitante de la auditoría. Quien se sienta perjudicado siempre podrá reclamar en vía judicial civil la reparación de los perjuicios ocasionados por la supuesta actuación maliciosa.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Añadió que debería anotarse en el Registro Mercantil la existencia de una querrela contra el solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005 y 14 de febrero, 19 de diciembre de 2006 y 21 de diciembre de 2007.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de que, siendo ajustada a derecho, no

es desvirtuada por ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad. En primer lugar, como se indicó en la resolución recurrida, la existencia de procedimientos abiertos en causa civil o penal no tienen incidencia en este procedimiento registral de nombramiento de auditor de cuentas, a menos que se estuviera cuestionando en vía judicial la propiedad del solicitante sobre las participaciones sociales que le confieren la condición de socio o la legitimación para solicitar el nombramiento de auditor, lo que no es el caso.

En segundo lugar, si la sociedad recurrente considera que debe reflejarse en el Registro la situación del peticionario causada por la interposición de una denuncia penal por falsificación de firma, debe instarlo al Juez de lo Penal que conozca de la misma para que así lo ordene al Registrador Mercantil, siendo de advertir que el objeto del Registro Mercantil no es, ni mucho menos, el que pretende el recurrente, sino el que describe y delimita el artículo 2 de su Reglamento. En cualquier caso, dicha pretensión no es objeto de este procedimiento limitado a declarar si es o no procedente el nombramiento de auditor de cuentas solicitado por la minoría.

2.º Tampoco puede prosperar las alegaciones del recurrente que atribuyen al solicitante intenciones oblicuas por el hecho de solicitar una auditoría para verificar las cuentas anuales de los últimos ejercicios económicos, dado que el derecho reconocido por el artículo 205.2 a los socios minoritarios puede reiterarse anualmente y porque, además, como indicó el Registrador Mercantil en la resolución recurrida, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cfr.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador de «Taverfont, S. R. L. L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de el 29 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 29 de abril de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 16 de mayo de 2011

En el expediente 194/2009 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Planchistería Industrial Javasa, S. L.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 31 de marzo de 2009 solicitando, al amparo de los artículos 84 y 86.3 de la ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Planchistería Industrial Javasa, S. L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2008.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad afectada, ésta no presentó oposición al nombramiento solicitado.

III

El Registrador Mercantil núm. XII de, el 8 de mayo de 2009, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo que le permitirían ejercitar su derecho, mantuvo que constando en el Registro Mercantil la vigencia de un sistema de administración solidaria y siendo la solicitante una de las administradoras que actúa con tal carácter, ha podido contratar por sí misma los servicios de un auditor de cuentas sin necesidad de concurrir con los demás administradores, por ser éste un acto más de gestión social.

IV

Contra dicha resolución la solicitante de la auditoría interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General manteniendo, en esencia que cesó como administradora solidaria de la compañía a partir de la Junta general celebrada el 17 de febrero de 2009. Es criterio mantenido por el Tribunal Supremo que la inscripción de acuerdos de nombramiento y cese de administradores no tiene carácter constitutivo y, por tanto, su falta de inscripción no puede conculcar su derecho a solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Regla-

mento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de diciembre de 2005, 16 de junio de 2006 y 14 de marzo de 2009.

El presente recurso plantea como única cuestión la de si la solicitante de la auditoría que ha acreditado reunir las condiciones de capital y tiempo exigidas en la ley, puede ver enervado su derecho por haber ostentado el cargo de administradora solidaria de la sociedad.

Sobre esta cuestión, esta Dirección General ha mantenido que el hecho de que el socio minoritario ostente la condición de administrador social no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, propietario de un porcentaje de capital social no inferior al 5%. Esto solo ocurriría si durante el ejercicio económico para el que solicita la auditoría hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o hubiera ostentado la administración solidaria, porque en este último caso, habría podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración. En definitiva, no se estima conforme a derecho desencadenar una actividad registral, administrativa, o judicial con el fin de obtener lo que está en la capacidad de quien lo solicita y dentro de su esfera de actuación personal.

Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que, como alega la solicitante de la auditoría, ha ejercido la administración solidaria de la compañía junto con otras tres administradoras solidarias durante todo el ejercicio 2008 y, posteriormente, hasta que cesó en el cargo el 17 de febrero de 2009, siendo así que pudo por sí misma, sin necesidad de concurrir con las restantes, contratar los servicios de un auditor para verificar las cuentas del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2008, lo que no habría podido hacer si la administración fuera mancomunda, dado que en este caso, los administradores habrían tenido que actuar conjuntamente (*cf.* art. 1.692 del Código Civil).

Alega la recurrente en defensa de su pretensión que en el momento de presentar la solicitud de nombramiento de auditor ya no ostentaba el cargo de administradora solidaria, en el que cesó por acuerdo de la Junta General de la sociedad, celebrada el 17 de febrero de 2009, aunque dicho acuerdo no llegó a inscribirse en el Registro. Sin embargo, esta pretensión no puede prosperar pues es el momento de presentación de la solicitud el que debe tenerse en cuentas para apreciar si concurren o no las condiciones de legitimación y tiempo exigidas por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para ejercitar el derecho, en este concreto supuesto no se trata de apreciar dichas condiciones que, como ya se ha indicado, la solicitante reúne, sino de valorar que la circunstancia de haber ostentado el cargo de administradora solidaria durante la totalidad del periodo objeto de la solicitud de auditoría, en este caso, el ejercicio 2008 y durante mes y medio después de cerrado este ejercicio, le brindó la oportunidad de contratar un auditor de cuentas si consideró que era conveniente verificar las cuentas de la sociedad de la que era administradora solidaria.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil «Planchistería Industrial Javasa, S. L.», y confirmar, en los términos que resultan de esta resolución, la dictada por el Registrador Mercantil núm. XII de el 8 de mayo de 2009.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 16 de mayo de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil núm. XII de

Resolución de 17 de mayo de 2011

En el expediente 207/2009 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cromomed, S. A.».

HECHOS

I

Don, doña, doña y don presentaron un escrito en el Registro Mercantil de el 25 de marzo de 2009, solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Cromomed, S. A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2008.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad no está obligada por ley a auditar sus cuentas. 2.º) Que no obstante lo anterior, las cuentas de la compañía vienen siendo auditadas por la firma «Charman Auditores, S. A.» desde 2004. 3.º) Que en épocas como las actuales, la sociedad ve innecesario incurrir en gastos innecesarios como lo sería el nombramiento de un auditor por el Registrador Mercantil, dado que como se ha expuesto la sociedad ya contrató a la indicada empresa. 4.º) Que, por último, los solicitantes no acreditaron su legi-

timación para ejercitar el derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

III

Con fecha de 7 de abril de 2009, el Registrador Mercantil de acordó suspender el procedimiento por el plazo de diez días, con el fin de que la sociedad acreditara fehacientemente la fecha del nombramiento voluntario de auditor, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.227 del Código Civil.

IV

A dicho requerimiento la sociedad contestó mediante escrito con entrada en el Registro Mercantil el 1 de junio de 2009, en el que mantuvo que entre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de diciembre de 2007, citada como fundamento del acuerdo de suspensión dictado por el Registrador Mercantil y el supuesto planteado por la solicitud de 25 de marzo de 2009, no existe identidad de razón. La resolución del Centro Directivo exige acreditar la fehaciencia de la fecha del nombramiento, lo que Cromomed ya ha acreditado a través de la presentación de la correspondiente oferta firmada por el administrador solidario de dicha entidad, el 30 de noviembre y mediante la aportación al expediente del informe de auditoría de cuentas. Finalizó su escrito manteniendo que el artículo 1.227 del Código Civil no contiene unos mecanismos de acreditación de la fecha *numerus clausus* sino que cabe la posibilidad de comprobar la realidad de la fecha por otros medios. La empresa auditora contratada ha venido realizando la auditoría de las cuentas sociales desde el año 2003.

V

El 12 de mayo de 2009 el Registrador Mercantil de, en base a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de diciembre de 2007, acordó suspender el procedimiento, al no deducirse de la documentación aportada por la sociedad, si el nombramiento voluntario de auditor fue o no previo a la presentación de la instancia de los socios minoritarios en el Registro Mercantil el 25 de marzo de 2009. En el mencionado acuerdo se comunicó a la sociedad afectada por la solicitud, la posibilidad de recurrir ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, de conformidad con lo previsto en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

VI

Contra dicho acuerdo y por la indicada representación social se interpuso recurso de alzada ante esta Dirección general, reiterando las alegaciones vertidas en su escrito de alegaciones de 1 de junio de 2009 que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Insistía en que la sociedad ya había acreditado la anterioridad del nombramiento voluntario de auditor de cuentas.

VII

Por resolución de 11 de octubre de 2010, la Dirección General de los Registros y del Notariado acordó retrotraer el procedimiento al momento en que el Registrador Mercantil de debió dictar resolución motivada sobre la procedencia o improcedencia del nombramiento de auditor, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto.

VIII

En cumplimiento de dicha resolución y, tras ser notificadas las partes intervinientes en el procedimiento, el Registrador Mercantil de acordó, el 28 de octubre de 2010, estimar la solicitud del socio minoritario y declarar la procedencia del nombramiento de auditor solicitado, por entender que en el nombramiento voluntario de auditor/efectuado por la sociedad, no concurrían las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para enervar el derecho del socio minoritario, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor, *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. En el caso presente la documentación aportada como contrato de auditoría de 28 de octubre de 2008, al no contener firmas legitimadas, no acredita fehacientemente que la sociedad nombró auditor de cuentas con anterioridad a la presentación de la instancia de la minoría solicitando el nombramiento de auditor, puesto que de conformidad con el artículo 1.227 del Código Civil, los documentos privados solo cuentan frente a terceros desde la fecha en que fueron entregados a un funcionario público competente por razón de su cargo, o desde su entrada en un Registro público. Mantuvo, en relación con la falta de legitimación del solicitante, alegada por la sociedad, que dicha legitimación surge de los datos contenidos en Registro, los cuales no han sido desvirtuados por la sociedad. En cuanto a la alegación de abuso de derecho también alegada por la representación social, señaló que las motivaciones internas de los socios no pueden ser analizadas en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido. La sociedad siempre podrá obtener la reparación del perjuicio causado por la supuesta actuación maliciosa, tras el ejercicio de las acciones judiciales civiles o penales pertinentes.

IX

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso recurso de alzada ante esta Dirección general alegando, en síntesis: 1.º) Que en contra de lo que mantiene la resolución recurrida, el Tribunal Supremo ha mantenido reiteradamente que el artículo 1.227, al contener varias hipótesis no establece un sistema cerrado o de *numerus clausus*, sino que es posible comprobar la realidad de la fecha por otros medios. 2.º) Que la empresa «Charman Auditores, S. A.» lleva auditando desde el año 2003 las cuentas de «Cromomed, S. A.» como resulta de lo acreditado mediante certificado por dicha empresa auditora. 3.º) Que, resulta evidente que la relación profesional con dicha empresa auditora no puede ser desconocida por ningún socio porque han tenido acceso a todos los informes de auditoría, sin perjuicio de su participación en todas las Juntas ordinarias celebradas, en las que se aprobaron las cuentas anuales. El procedimiento seguido para designar auditor para el ejercicio 2008 es idéntico al seguido con anterioridad. 4.º) Que, la formalización documental de la designación de «Charman Auditores, S. A.» para el ejercicio 2008 se produjo el 30 de octubre de 2008 mediante la firma de la propuesta de prestación de servicios por el Administrador Solidario de la Sociedad, aunque la designación por parte del Administrador Solidario ya se había produ-

cido verbalmente con anterioridad, renovando en sus funciones a la mencionada empresa de auditoría para el ejercicio 2008. Adjuntos al Escrito de Alegaciones figuran una serie de documentos adicionales protocolizados notarialmente que acreditan que «Cromomed» ha venido efectuando desde el 1 de diciembre de 2008, diferentes pagos, en concepto de anticipos a la empresa auditora. 5.º) Que, consecuentemente, no existen motivos que puedan haber llevado a los socios minoritarios a considerar destruida tal presunción de que «Cromomed, S. A.» volvería a encargar a los mismos auditores el informe del ejercicio 2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 113 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión adoptada por el Registrador Mercantil de, el 28 de octubre de 2010, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Es verdad que este Centro Directivo ha mantenido, reiteradamente que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, reconociéndoles el derecho a obtener un informe de auditoría de las cuentas correspondientes al último ejercicio vencido, realizado por un auditor nombrado por el Registrador Mercantil 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor, *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, tal como resulta de la documentación que obra en el expediente, la única fecha que puede hacer prueba frente a terceros de la contratación del auditor por la sociedad es la de 5 de mayo de 2009, y estos documentos solo acreditan una prestación de servicios de auditoría en años anteriores al 2008, que es el ejercicio cuya auditoría de cuentas instaron los socios minoritarios. Las facturas que constan también en el expediente y que fueron aportadas por la sociedad tampoco hacen prueba de la contratación del auditor para verificar, precisamente, las cuentas de dicho ejercicio 2008, puesto que fueron protocolizadas el 22 de junio de 2009 y en el Acta de protocolización el Notario mantiene que fue requerido con la finalidad de acreditar los pagos realizados por «Cromomed, S. A.» a la empresa «Charman Auditores, S. A.», por los servicios de auditoría realizados, sin que entre estos servicios conste el informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2008. Tampoco del certificado expedido por dicha empresa auditora se llega a la conclusión de que le hubiera sido encargada la verificación de las cuentas de dicho ejercicio social, puesto que mantiene que realizó la auditoría de cuentas de los ejercicios 2003 a 2007. Por todo ello, se ha de concluir que la sociedad no ha acreditado que la contratación voluntaria de auditor fuese anterior a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil de el 25 de marzo de 2009, solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas.

2.º Las motivaciones que hayan podido llevar a los socios a solicitar la auditoría no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido y si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (cfr. arts. 6 y 7 del Código Civil), siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don en representación de «Cromomed, S. A.» contra la resolución del Registrador Mercantil de de 28 de octubre de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 17 de mayo de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 18 de mayo de 2011

En el expediente 241/2009 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bolsos P T, S. A.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 12 de febrero de 2009 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular de más del 5% del capital social de «Bolsos P T, S. A.», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2008.

II

La sociedad, a través de su liquidador judicial don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad se encuentra disuelta y en fase de liquidación judicial en virtud de sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de, de 18 de marzo de 2005. 2.º) Que la solicitud no expresa la causa, infringiendo lo dispuesto en el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil. 3.º) Que la disolución de la sociedad se produjo como consecuencia de quedar la cifra de capital social reducida a la mitad. 4.º) Que el liquidador judicial es, asimismo, economista y auditor de cuentas, por lo que carece de sentido el nombramiento registral de otro auditor. 5.º) Que, no obstante lo anterior, fue por la insistencia de la solicitante en la necesidad de una auditoría de cuentas, por lo que él mismo procedió a nombrar auditor de cuentas de los ejercicios 2007 a 2009 a la empresa «Advance Audit», inscrita en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas.

III

El Registrador Mercantil núm. XIII de, con fecha 26 de febrero de 2009, resolvió no acceder a la oposición formulada por la sociedad. Entiende, de conformidad con la doctrina sentada al respecto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que el hecho de que la sociedad se halle en periodo de liquidación no es obstáculo para que cualquier socio con, al menos un 5% del capital, pueda solicitar, como en el presente caso, el nombramiento de auditor, manteniendo la compatibilidad del derecho de auditoría con el hecho de que una sociedad se encuentre en liquidación, ya que su personalidad jurídica subsiste, sin perjuicio de la naturaleza esencialmente revocable del proceso hasta que tenga lugar el reparto del patrimonio neto resultante entre los socios, lo que no resulta acreditado que haya acontecido en el caso que nos ocupa. La condición de auditor de cuentas del liquidador judicial tampoco puede enervar el derecho de la solicitante, puesto que dicho liquidador que formula las cuentas no puede realizar la auditoría. La causa de la solicitud formulada por los socios minoritarios de entidades mercantiles, fundada en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, es siempre y típicamente: la inexistencia de una auditoría previa. Las motivaciones que han llevado a la solicitante a presentar su instancia no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que

tiene atribuido. Si la sociedad se considera perjudicada por la supuesta actuación maliciosa siempre podrá reclamar ante jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil los perjuicios ocasionados. Finalizó su escrito manteniendo que la falta de medios económicos de la sociedad tampoco puede enervar el derecho de la socia minoritaria.

IV

Notificada dicha resolución a las partes interesadas por correo certificado y recepcionada por la sociedad el 2 de marzo de 2009 y por su liquidador judicial el 9 de marzo de ese mismo, el Registrador Mercantil de, una vez transcurridos más de dos meses desde la anterior notificación, procedió a designar auditor de cuentas por el procedimiento del artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil, a la empresa auditora «Fisa Auditores, S. A.» que, a través de su representante, don, aceptó el encargo de auditoría.

V

Con fecha de 18 de agosto de 2009 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil núm. XIII de, al que adjuntaba el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de don, liquidador judicial de la entidad mercantil «Bolsos P T, S. A., en liquidación», alegando que la empresa auditora remitió a la sociedad el presupuesto de la auditoría de cuentas, solicitando, al mismo tiempo, la provisión de fondos, a lo que el liquidador judicial se negó por considerarlo excesivo y solicitó un presupuesto comparativo a otra empresa que se pasó a la empresa auditora designada por el Registrador Mercantil que se limitó a contestar que no admitía rebajar sus honorarios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 112, 113 y 116 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

El presente recurso plantea una cuestión meramente formal, cuya determinación hace ocioso el examen de las restantes. Dicha cuestión no es otra que la relativa al plazo de interposición del recuso en relación con la resolución impugnada.

En efecto, tal como se deduce de la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. XIII de el 26 de febrero de 2009, declarando la procedencia del nombramiento de auditor solicitado por la minoría, la posibilidad de recurrirla en alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado, conforme a lo previsto en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil, fue notificada a la sociedad en esa misma resolución, siendo, precisamente, este acuerdo el que es susceptible de impugnación ante este

Centro Directivo y no aquel en el que el Registrador Mercantil designó, por el procedimiento previsto en el artículo 355 del mismo cuerpo reglamentario, a la empresa auditora «Fisa Auditores, S. A.».

Como quiera que el plazo para la interposición del recurso contra la citada resolución de 26 de febrero de 2009 es el de quince días contados a partir del día siguiente a la recepción de la notificación del acuerdo y éste fue recibido por la sociedad el 9 de marzo de 2009, se ha de concluir que el presente recurso, presentado en la Oficina de Correos el 4 de agosto de 2009, es extemporáneo.

Por último, debe señalarse que este Centro Directivo no es competente para conocer cuestiones relacionadas con los honorarios de auditores de cuentas. Si la sociedad considera excesivo el presupuesto del auditor de cuentas designado por el Registrador Mercantil podrá impugnarlo ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto inadmitir el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de don, liquidador judicial de la entidad mercantil «Bolsos P T, S. A.», en liquidación, contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. XIII de el 26 de marzo de 2009.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 18 de mayo de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 19 de mayo de 2011

En el expediente 16/2010 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de una socia de «Antón-Hotel, S. L.».

HECHOS

I

Doña, don y doña, presentaron un escrito en el Registro Mercantil de el 30 de noviembre de 2009, solicitando, al amparo del artículo 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 10 de los Estatutos Sociales, como titulares de 350

participaciones sociales de «Antón-Hotel, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar su valor aproximado con el fin de ejercitar el derecho de separación social.

II

La Registradora Mercantil de, el 2 de diciembre de 2009, conforme a lo previsto en los artículos 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 363 del Reglamento del Registro Mercantil, procedió al nombramiento de auditor de cuentas a don

Dicho auditor manifestó su aceptación mediante escrito recibido en el Registro Mercantil el 17 de diciembre de 2009.

III

El 19 de enero de 2010, la sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia, que no concurren los requisitos previstos en los artículos 95 y siguientes de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, a la cual se remite expresamente el artículo 25 de los Estatutos Sociales.

IV

La Registradora Mercantil de, con fecha 8 de febrero de 2010, acordó no admitir la oposición presentada, estimando procedente el nombramiento solicitado, en atención al derecho que ampara a los socios solicitantes, conforme a la Ley y a los Estatutos Sociales.

V

Contra dicha resolución y por la indicada representación social se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que la Registradora Mercantil ha prescindido del cauce legalmente establecido en el artículo 354 del Reglamento del Registro mercantil, pues no trasladó a la sociedad la instancia solicitando el nombramiento de auditor, privando a la sociedad de derecho a oponerse antes de que se efectuara el nombramiento. 2.º) Que el ejercicio del derecho de separación es de enorme trascendencia para la sociedad, por ello la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada regula en sus artículos 95 y siguientes los casos en que es posible su ejercicio, sin que, en el caso presente, concurren ninguna de las causas previstas para ello, dado que se citó el último inciso del artículo 10 de los Estatutos sociales, conforme al cual «los socios tendrán derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento». 3.º) Que, no obstante, la resolución recurrida omite citar que el derecho de separación está expresamente regulado en el artículo 25 que establece que el derecho de separación se regirá por las causas previstas en la Ley. En los casos en que los Estatutos establezcan causas de separación distintas de las previstas en la Ley, se regirá, en cuanto a la forma y plazo de ejercicio por lo previsto en el artículo 97 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. 4.º) Que de lo anterior se desprende que el derecho de separación deberá de encuadrarse en alguna de las causas previstas en la precitada Ley.

VI

Por resolución de 18 de diciembre de 2010 la Dirección General de los Registros y del Notariado acordó retrotraer el procedimiento al momento previo a la resolución de la Registradora Mercantil de 2 de diciembre de 2009, acordando la nulidad de todos los actos acordados con posterioridad, sin entrar a conocer el fondo del asunto.

VII

Tras la notificación de dicha resolución a la sociedad, ésta, a través de su administrador único, don, presentó un escrito en el Registro Mercantil, alegando: 1.º) Que ha sido notificada la resolución de la Dirección general de los Registros y del Notariado, pero no se ha dado traslado de la misma, lo que lesiona el derecho de la sociedad a la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 24 de la Constitución y, por tanto, solicita se de traslado a la sociedad de dicha resolución. 2.º) Que, subsidiariamente, para el caso de que no se suspendiera el procedimiento, formula oposición a la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas para valorar las participaciones sociales. En primer lugar, doña figura inscrita en el Libro Registro de socios con un porcentaje de participación del 2,33%. En cambio, no figuran inscritos don y doña pues no consta a la sociedad que dichos señores sean socios de la misma. Si hubieran adquirido participaciones sociales de la compañía debería constar en escritura pública, por imperativo del artículo 26 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. 3.º) Que el artículo decimotercero de los Estatutos sociales dispone que «fallecido alguno de los socios, el heredero o legatario adquirirá la condición de socio, si bien deberá comunicar a la sociedad la adquisición hereditaria en el plazo de dos meses a contar desde el fallecimiento del socio», lo cual nunca se ha hecho. 4.º) Que en cuanto al ejercicio del derecho de separación, los Estatutos sociales remiten a lo dispuesto en la Ley en cuanto a la forma y plazo de ejercicio. 5.º) Que los solicitantes ya hicieron una valoración de sus participaciones sociales ante la Hacienda Pública por lo cual dicha declaración debe vincularles.

VIII

La Registradora Mercantil de, por resolución de 21 de enero de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor razonable de sus participaciones sociales. Entendió que resultando fehacientemente el fallecimiento de don, acaecido con fecha 4 de enero de 1996, y del Acta de Declaración de herederos que se acompañó al escrito de fecha 15 de enero de 2011, resultan herederos intestados de dicho señor sus hijos don y doña, por iguales partes entre ellos, en todo el haz de la herencia, los cuales, recibirán la nuda propiedad de la misma, con reserva al cónyuge superviviente del usufructo vitalicio sobre la totalidad de la herencia, doña A la vista del artículo 34º de la Compilación del derecho Civil de Aragón, resulta que la aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita, siendo ésta última la que tiene lugar mediante actos del llamado que suponen necesariamente la voluntad de aceptar o que no podría realizar si no fuera heredero. Por su parte, el antiguo artículo 26 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, actual artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital, resulta que el adquirente de las participaciones sociales podrá ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión o constitución del gravamen. En cuanto al ejercicio del derecho de separación, el Artículo 10 de los Estatutos Sociales prohíbe toda transmisión voluntaria por actos *inter vivos* de las participaciones

sociales, salvo autorización de la sociedad para cada transmisión concreta; dicha autorización será competencia exclusiva de la Junta general. Los socios tendrán derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento. Este derecho tiene su origen en el antiguo artículo 30.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, actual artículo 108.3 de la Ley de Sociedades de Capital y, en cuanto a su ejercicio, la Ley ha establecido la validez de las cláusulas que prohíben la transmisión si los estatutos reconocen al socio el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento; lo que, si bien supone que el derecho es ejercitable *ad nutum*, no autoriza a suponer que se trate de consentir que el partícipe salga de la sociedad «a su antojo». Se ha formulado evidentemente la necesidad de establecer un derecho de separación que, previsto en los estatutos, no se someta a previsiones impuestas en el artículo 96 de la Ley en cuanto a su específica configuración y delimitación a través de los propios estatutos sociales, porque con ello se podría ver afectada la finalidad prevista. Pero no es menos cierto que el ejercicio del derecho de separación debe realizarse dentro de los límites que impone la buena fe y el abuso del derecho y que se manifiestan en el deber de fidelidad del socio y en la necesidad de que el derecho se ejercite al servicio de la finalidad para la que fue establecido, de manera que, en efecto, será necesario que la situación de intransmisibilidad se haya llegado a materializar para el socio que quiere transmitir, y que sea fruto de la aplicación de la cláusula prohibitiva y no sea imputable a él mismo.

IX

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección general reiterando las alegaciones vertidas en sus anteriores escritos sobre la falta de legitimación de don y doña para solicitar el nombramiento registral de auditor, así como a la improcedencia del ejercicio del derecho de separación. Añadió que la falta de traslado de la resolución de la Dirección general de los Registros y del Notariado implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Asimismo, tampoco se ha puesto en conocimiento de la sociedad, el régimen de recursos pertinentes contra su resolución de 21 de enero de 2011, abundando así en la vulneración de las normas generales de tramitación del procedimiento administrativo común.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 351 y siguientes y 363 del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de febrero de 1993, 20 de enero de 1998 y, como más reciente, la de 2 de marzo de 2002, 17 de octubre de 2006 y 28 de agosto de 2007.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar que los defectos procedimentales alegados por el recurrente en la tramitación del presente expediente, no pueden dar lugar, en modo alguno, a declarar la nulidad de la resolución dictada por la Registradora Mercantil de, puesto que la sociedad se ha personado en el expediente, tras la notificación de la Resolución dictada por este Centro Directivo, solicitando, subsidiariamente, se tuviera por presentado escrito de oposición a la solicitud. Del mismo modo, la falta de comunicación

del recurso pertinente contra la resolución de 21 de enero de 2011 dictada por la Registradora Mercantil de no ha causado una real indefensión a la sociedad, dado que el día 5 de febrero de 2011 presentó en ese registro un escrito dirigido a esta Dirección general, impugnando la citada resolución, tanto por cuestiones formales como por la cuestión de fondo.

2.º En cuanto a las cuestiones de fondo planteadas, la primera de ellas se centra en determinar si dos de los solicitantes del nombramiento registral de auditor están o no legitimados para instarlo; y, en segundo lugar, si en caso de que lo estén, pueden ejercitar el derecho de separación que pretenden.

Sobre la legitimación de los solicitantes, procede confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de, puesto que han aportado, junto a su solicitud, copia del Acta Notarial de declaración de herederos abintestato de don, socio de la entidad mercantil «Antón-Hotel, S. L.», autorizada por la Notaria de Benasque, doña, debiéndose advertir que no existe ningún precepto en el Código Civil ni el derecho foral de Aragón que exija al heredero cumplir determinadas formalidades jurídicas para manifestar su voluntad de aceptar la herencia, sino que la aceptación puede ser tácita, deduciéndose esta última de actos que suponen necesariamente su voluntad de aceptar la herencia, como lo es, sin duda alguna, la propia solicitud de nombramiento registral de auditor.

Tampoco puede prosperar la alegación social que niega la legitimación a los solicitantes por no haber comunicado a la sociedad la transmisión *mortis causa* operada a su favor, pues la propia notificación de la Registradora Mercantil designado auditor de cuentas, cumple los efectos de dicha notificación. Mucho menos puede prosperar la alegación de que la transmisión no consta en documento público, dado que el Acta Notarial de declaración de herederos abintestato, adjunta a la solicitud que inició el expediente, tiene tal consideración (*cf.* arts. 2.016 y 1.217 del Código Civil, 143 y 144 del Reglamento Notarial).

Además de lo señalado en el párrafo precedente esta Dirección General ha rechazado, y lo hace nuevamente, porque significaría dejar al arbitrio de una de las partes –la sociedad– el ejercicio de un derecho que la Ley reconoce a la otra –el socio–, que la única forma de acreditar la condición de socios sea la que resulta del Libro Registro a que se refiere el artículo 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada o, la exhibición de los títulos o el Libro Registro de acciones nominativas a que se refiere el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas

3.º En cuanto a la procedencia del nombramiento solicitado, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el nombramiento de auditor para determinar el valor real de las acciones o participaciones a que se refiere el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil está indisolublemente unido a «los casos establecidos en la Ley» para el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de que por disposición expresa del artículo 96 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada los Estatutos sociales puedan establecer otras causas además de las legales.

En el caso que nos ocupa, los solicitantes pretenden ejercitar el derecho de separación e invocan el artículo 10 de los estatutos sociales en apoyo de su pretensión. Pues bien, la vigente Ley de Sociedades de Capital dispone en su artículo 347.1 que «los Estatutos sociales podrán establecer otras causas de separación distintas a las previstas en presente ley. En este caso determinarán el modo en que deberá acreditarse la existencia de la causa, la forma de ejercitar el derecho de separación y el plazo de su ejercicio». Y, dado que el precitado artículo estatutario, prevé la posibilidad de que los socios puedan separarse en cualquier momento de la sociedad, estableciendo un mecanismo de control sobre este derecho de salida del socio mediante la prohibición de transmitir por actos *intervivos*, salvo autorización de cada transmisión por la Junta general, se estima que concurre causa estatutaria para ejercitar el derecho de separación, siendo procedente el nombramiento de auditor solicitado.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso interpuesto por don, administrador único de la entidad mercantil «Antón-Hotel, S. L.» contra el acuerdo de la Registradora Mercantil de de 21 de enero de 2011.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 19 de mayo de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sra. Registradora Mercantil de

Resolución de 20 de mayo de 2011 (1.^a)

En el expediente 116/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ederki 2002, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 10 de febrero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 49% del capital social

de «Benahavis Hills Country Club, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que, según consta en el Registro Mercantil, inscripción núm. 7, practicada el 19 de mayo de 2008, la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas a la empresa auditora «Agen Consultores, S. L.», por lo que carece de fundamento la solicitud presentada por el socio minoritario.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 14 de abril de 2010, acordó estimar la oposición a la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario efectuado por la sociedad concurren las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia del informe de auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, de la documentación aportada por la sociedad se desprende que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas fue anterior a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil solicitando el nombramiento registral, al constar inscrito el 19 de mayo de 2008, lo que garantiza el derecho del socio al informe de auditoría.

IV

Contra dicha resolución el solicitante de la auditoría interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que reconoce que es cierto que la sociedad nombró auditor de cuentas en mayo de 2008. 2.º) Que, a pesar de lo anterior, debe poner de manifiesto su intención, junto con la de otros socios, en ese año 2008 de proponer insertar en el orden del día de la Junta General la designación de un auditor de cuentas, nombrado por el Registrador Mercantil para que efectuara la revisión contable, así como eventuales infracciones de normas legales o estatutarias. 3.º) Que si bien es cierto que la sociedad nombró auditor de cuentas a la empresa que figura inscrita en el Registro Mercantil, ésta no ha llevado a cabo ningún trabajo de auditoría, sino que solo ha servido de escudo para evitar y frenar cualquier control del órgano de administración. 4.º) Que su único interés es acceder al derecho de información que le asiste.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Regla-

mento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión del Registrador Mercantil de, ninguna de las alegaciones formuladas por el solicitante de la auditoría y recurrente en esta instancia de alzada. En efecto, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios, reconociéndoles el derecho a obtener un informe de auditoría que refleje la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa realizado por un auditor de cuentas, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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.

2.º En el supuesto analizado, la sociedad ha acreditado la concurrencia de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, tal como resulta de la inscripción 7.^a, practicada en la hoja abierta a la sociedad, la documentación acreditativa del nombramiento voluntario de auditor fue presentada para su inscripción el 14 de mayo de 2008 y, finalmente fue inscrita el 19 de mayo del mismo año, es decir, la sociedad ha acreditado la anterioridad del nombramiento frente al socio minoritario, cuya instancia fue presentada el 26 de marzo de 2010. Esta misma inscripción registral garantiza el derecho del solicitante al informe de auditoría, puesto que para depositar las cuentas anuales del ejercicio 2009 en el Registro Mercantil, la sociedad habrá de incorporar el citado informe elaborado por la empresa auditora inscrita, pues en caso de omitir la presentación de dicho informe el Registrador denegará el depósito de cuentas y declarará el cierre registral.

3.º Por último recordar que el derecho de información que tienen y asiste a todos los socios y el derecho a la verificación contable son derechos que, aunque complementarios, resultan diferentes por su finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio (*cf.* arts. 51 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 112 y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil «Ederki 2002, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 14 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 20 de mayo de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 20 de mayo de 2011 (2.^a)

En el expediente 123/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Transportes Catalanes de Contenedores 2004, S. A.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 10 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Transportes Catalanes de Contenedores 2004, S. A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la sociedad nombró auditor de cuentas para los ejercicios 2007, 2008 y 2009 a doña y como suplente don Añadió que no se aporta justificación, razonamiento o motivo alguno que fundamente la inhabilitación de los auditores nombrados por la Junta general.

III

El Registrador Mercantil núm. XII de, con fecha 25 de marzo de 2010, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor efectuado por la sociedad concurren las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, dado que la sociedad procedió a inscribir el nombramiento de la auditora de cuentas M. R. M. el 2 de enero de 2008, con anterioridad a que el socio minoritario presentara su instancia solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas.

IV

Contra dicha resolución el solicitante de la auditoría de cuentas, don, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que si bien es cierto que la Junta General de accionistas de 20 de noviembre de 2007 adoptó por mayoría el acuerdo de nombrar auditor de cuentas, el cual accedió a la inscripción núm. 5.ª, también es cierto que el solicitante que representa el 10% del capital social no estuvo presente en la misma, por lo tanto el acuerdo no pudo ser adoptado por el 93% del capital social. 2.º) Que, sentado lo anterior lo más probable es que el acuerdo de nombrar auditor de cuentas no fuera adoptado por el 52,5% del capital social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º No puede prosperar la pretensión del recurrente frente al fundamento de la decisión del Registrador Mercantil de, En efecto, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios reconociéndoles la posibilidad de conocer si las cuentas anuales reflejan la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las últimas cuentas anuales verificadas por un experto independiente, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones con-

currentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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.

En el supuesto analizado, la sociedad ha acreditado que el nombramiento voluntario de auditor efectuado por la Junta General el 20 de noviembre de 2007, cumple las dos condiciones requeridas por este Centro Directivo, puesto que dicho acuerdo fue inscrito en el Registro Mercantil, figurando en la inscripción núm. 5.^a de la hoja abierta a la sociedad, practicada el 2 de enero de 2008, siendo así que, en virtud de dicha inscripción, ha quedado garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2009, puesto que en el momento en el que la sociedad presente en el Registro las cuentas anuales de ese ejercicio para su depósito, habrá de acompañar el informe de auditoría realizado por doña o por el auditor sustituto.

2.º Alega el recurrente que el acuerdo de nombrar auditor de cuentas no fue aprobado con sus votos y, desde luego, no fue aprobado por los accionistas que representan el 93% del capital social de la entidad. Pues bien, el Registrador Mercantil acredita en la resolución recurrida que la Junta general que adoptó el acuerdo de nombrar auditor de cuentas fue debidamente convocada, celebrada en segunda convocatoria el 20 de noviembre de 2008 con asistencia de un número de accionistas representativo del 93% del capital social y, finalmente, fue aprobado por 52,5% del mismo. Es decir, dicho acuerdo cumplió los requisitos formales exigidos para su validez, siendo de advertir que ni la Ley de Sociedades Anónimas ni el Reglamento del Registro Mercantil exijan mayorías cualificadas para acordar el nombramiento de auditor de cuentas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, solicitante de la auditoría de cuentas para la sociedad «Transportes Catalanes de Contenedores 2004, S. A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. XII de el 25 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 20 de mayo de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 6 de junio de 2011 (1.ª)

En el expediente 235/2009 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Centro Comarcal de Discapacitados de Hellín, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 31 de marzo de 2009 solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Centro Comarcal de Discapacitados de Hellín, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable, cerrado a 31 de diciembre de 2008.

II

La sociedad, a través de su administrador, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el peticionario ya solicitó la auditoría de cuentas para el año 2007, la cual fue concedida por el Registrador Mercantil que designó como auditor de cuentas a don que hasta hace unos meses no pudo iniciar sus trabajos, pues la sociedad se encontró con problemas económicos. 2.º) Que en diciembre de 2008 la sociedad acordó voluntariamente nombrar auditores de la sociedad a la empresa «C y O Consultores y Auditores, S. L.», a la que se le ha enviado la correspondiente carta de encargo y, asimismo, se ha procedido a solicitar la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil. 3.º) Que la firma que consta en la instancia no se corresponde con la de don, por lo que deben ponerse, por parte del Registro, los medios adecuados para comprobar la veracidad de la firma.

III

A la vista de dicho escrito y del propio contenido del Registro, el Registrador Mercantil de, con fecha 23 de abril de 2009, acordó conceder a la sociedad un plazo de dos meses para que acreditara la puesta a disposición del socio el informe de auditoría.

IV

Por resolución de 2 de julio de 2009, el Registrador Mercantil de estimó procedente el nombramiento solicitado, dado que el peticionario reunía los requisitos de capital y tiempo exigidos por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. Mantuvo que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas acordado por la sociedad no puede enervar el derecho del solicitante, dado que no garantizó su derecho al informe de auditoría, puesto que ni lo puso a disposición del socio ni lo presentó en el Registro Mercantil para incorporarlo al expediente.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo que no pudo aportar el informe de auditoría en el plazo concedido por el Registrador Mercantil.

VI

Con fecha de 29 de septiembre de 2009 tuvo entrada en el Registro general de este Departamento ministerial un escrito firmado por la indicada representación de la sociedad, al que adjuntaba, entre otros documentos, copia del informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2008, emitido por el auditor voluntario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º Se debate en el presente recurso si ha de seguir siendo válido el nombramiento de auditor llevado a cabo por el Registrador Mercantil una vez que en el expediente consta el informe del auditor voluntario nombrado por el administrador de la sociedad.

2.º Es doctrina reiterada de este Centro Directivo 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, es decir, acordado por la administración de la sociedad –en los casos en los que ésta pueda presentar balance abreviado– puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial reauditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha constatación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del Registrador– la aplicación de una norma declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

3.º En el caso que nos ocupa, estas dos condiciones se dan. En efecto, el nombramiento de auditor voluntario es anterior a la presentación de la instancia del socio minoritario y, en el expediente, obra el informe del auditor nombrado voluntariamente, fechado el 17 de julio de 2009.

4.º La concurrencia de ambas circunstancias impone estimar el recurso interpuesto por la sociedad y revocar la resolución del Registrador Mercantil. A ello no obsta el hecho de que, en el momento de resolver el Registrador, ni el nombramiento de auditor estaba inscrito ni el informe del auditor obraba en el expediente. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que, en todo lo no previsto en la regulación contenida en el Título III «otras funciones del Registrador», Capítulo II, «Del nombramiento de auditores y expertos independientes», artículos 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, es de aplicación supletoria la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por lo que los interesados pueden en cualquier momento aportar documentos relevantes para el expediente que no pudieron aportarse con anterioridad y que han de ser tenidos en cuenta por el órgano que ha de resolver (*cf.* art. 79 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), como es, en este caso, el informe de auditoría del ejercicio 2008 aportado al expediente con posterioridad a que el Registrador adoptara su resolución.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de «Centro Comarcal de Discapacitados de Hellín, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 2 de julio de 2009.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 6 de junio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 6 de junio de 2011 (2.ª)

En el expediente 122/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Milenium 3000, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 9 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Milenium 3000, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, doña, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la sociedad firmó una hoja de encargo de auditoría al «Grupo Auditor Andrés González, S. A.» para verificar las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009. Añadió que la sociedad está pasando por una difícil situación financiera y un nuevo nombramiento de auditor implicaría tener que pagar a dos auditores.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 24 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. En el caso presente, el nombramiento voluntario efectuado por la sociedad no puede considerarse previo a la solicitud, ya que, aunque la sociedad aportó copia de la carta de aceptación por parte del auditor de la propuesta realizada por la sociedad, lo cierto es que no hace prueba de la fecha sino desde que tuvo entrada en el Registro junto con el escrito de oposición el día 18 de marzo de 2010 y, por tanto, con posterioridad a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil el 9 de marzo de 2010. Tampoco ha quedado garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de cuentas por ninguna de las vías anteriormente citadas. En cuanto a la alegación societaria referida a los gastos que el nombramiento registral de auditor de cuentas acarrearía para la sociedad, se ha de señalar que por disposición expresa del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, los gastos que la auditoría comporta corren siempre de cuenta de la sociedad.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo que el socio solicitante de la auditoría está utilizando este medio para extorsionar la administración de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión del Registrador Mercantil de, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios reconociéndoles la posibilidad de conocer si las cuentas anuales reflejan la verdadera situación real y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las últimas cuentas anuales verificadas por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento ya sea éste judicial, registral o voluntario, es decir, acordado por la administración de la sociedad –en los casos en que ésta pueda presentar balance abreviado– 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor, se estaría impidiendo en contra de la

voluntad del legislador la aplicación de una norma declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, tal como resulta de la documentación aportada por la sociedad, la fecha de la carta de la empresa auditora aceptando el encargo de auditoría, adjunta al escrito de oposición, solo puede hacer prueba frente a terceros desde que tuvo entrada en el Registro Mercantil el 18 de marzo de 2010 y, por tanto, con posterioridad a que el socio minoritario presentara su instancia, el 9 de marzo de ese mismo año, solicitando el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil.

2.º Alega la sociedad que, de estimarse la petición de la minoría, se vería obligada a costear los servicios de dos auditores, el auditor voluntario y el designado por el Registrador. Pues bien, esta cuestión está resuelta por el propio artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, al disponer, de manera taxativa y sin que quepa margen interpretativo alguno, que los gastos de auditoría corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

3.º Por último, en cuanto a la alegación que cuestiona la buena fe del solicitante en el ejercicio del derecho, es preciso señalar, que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, en nombre y representación de «Milenium 3000, S. L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil núm. X de el 24 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 6 de junio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 7 de junio de 2011 (1.^a)

En el expediente 130/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Cinca Telecom, S. L.».

HECHOS

I

Doña., presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 27 de enero de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 359 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 35% del capital social de «Cinca Telecom, S. L.», el nombramiento de un auditor para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2009. Acompaña copia de la escritura pública de compraventa de participaciones, otorgada el 10 de agosto de 2005 ante el Notario de don, con número 958 de su protocolo y expedida el 26 de septiembre de 2005.

II

La sociedad, a través de su administrador don, se opuso a dicho nombramiento alegando ausencia de legitimación en la solicitante, dado que el título en virtud del cual adquirió las participaciones y le han servido de base para efectuar la solicitud está incompleto y resulta ineficaz a los efectos de la transmisión que en ella se contiene, ya que hasta la fecha la transmisión no ha sido ratificada por su esposa, doña, Añadió que la solicitante, no consta inscrita en el Libro Registro de socios.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 9 de abril de 2010, resolvió desestimar la oposición de la sociedad. Entiende: 1.º) Que la copia de la escritura pública de compraventa presentada por la sociedad y expedida el 1 de abril de 2008, no contenía la ratificación de la esposa del vendedor, pero es lo cierto que la presentada por la socia minoritaria, expedida el 26 de septiembre de 2005 y autorizada por el mismo Notario y obrante en el Registro, si contenía la diligencia de ratificación. No es este Registro la instancia adecuada para determinar si se trata de algún error o cual de los dos números de protocolo es el verdadero, sin perjuicio de lo cual debe tenerse presente que la necesaria ratificación no excluiría que la misma fuese verbal. Lo que la Compilación Aragonesa indica es que la venta realizada por uno solo de los cónyuges de títulos valores u otros bienes muebles consorciales es válida, porque se presume realizada con el conocimiento de los dos cónyuges y, en su caso, no puede obviarse que la escritura de 10 de agosto de 2005 incorpora certificación de acta de junta universal de la misma fecha, en la que el administrador, socio y vendedor certifica la presencia de doña C. P. Z. –su cónyuge– en condición de secretaria de la junta y se autoriza la venta que ahora cuestiona (en la certificación se indica que está la firma de la secretaria). 2.º) No puede dudarse que en el momento de efectuarse la venta, si el socio vendedor intervenía también como mandatario verbal de su esposa, lo estaba haciendo como representante voluntario de la misma, es decir, como su apoderado; y debe

considerarse la circunstancia de que la escritura incorpora un documento privado, esto es, la certificación del acta de la junta de donde si resulta que la esposa del vendedor tiene conocimiento el mismo día del negocio de transmisión. 3.º) Las alegaciones sobre pérdida de confianza o supuesta competencia desleal de la solicitante es un tema que deberá dilucidarse, en su caso, en el Juzgado correspondiente, dado el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento; y 4.º) Que la transferencia ordenada no acredita sino el desplazamiento de numerario con fecha 9 de abril de 2008.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando su alegación de falta de legitimación de la solicitante, puesto que la venta de las participaciones sociales por el esposo carece de un requisito de eficacia que es el consentimiento de la esposa, al ser las mismas un bien común perteneciente a la sociedad conyugal, correspondiendo acreditar que dicho consentimiento se ha otorgado a las personas que lo alegan, en este caso la peticionaria de la auditoría. Invoca el contenido de los artículos 51 y siguientes de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad de Aragón, así como los artículos 1.259 y 1.384 del Código Civil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 1.259 y 1.384 del Código Civil, 51 y siguientes de la Ley 2/2003, de 12 de febrero de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad de Aragón, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de junio y 8 de septiembre de 1993, 19 de julio de 1994 y, como más recientes, las de 19 de octubre y 2 de noviembre de 2007 y 4 de septiembre de 2009.

Reproduce este expediente, en términos casi idénticos, la cuestión ya resuelta por este Centro Directivo el 4 de septiembre de 2009, es decir, la de si la peticionaria estaba o no legitimada para solicitar la auditoría de cuentas por ser titular de más del 5% del capital social de la empresa.

Como ya se señaló en dicha resolución, la peticionaria de la auditoría presentó un principio de prueba por escrito de su titularidad, aportando copia de la escritura pública de compraventa de participaciones sociales otorgada en Monzón el 10 de agosto de 2005 ante el Notario de Monzón don, con núm. 958 de su protocolo y que fue expedida el 26 de septiembre de 2005. Escritura que, conforme a lo mantenido por la Registradora Mercantil en la resolución recurrida, obra en ese mismo registro.

Este medio de prueba no ha sido desvirtuado por la sociedad que, nuevamente, se limita cuestionar la eficacia de la transmisión del dominio sobre dichas participaciones en base a la falta de ratificación expresa por parte de

la esposa del vendedor. Pues bien, dicho argumento no pueden prosperar, en primer lugar porque, si bien es cierto que el artículo 51 de la Ley 2/2003, de régimen económico del matrimonio y viudedad de Aragón, exigen el consentimiento de ambos cónyuges como requisito necesario para la transmisión del dominio, también lo es que el artículo 50 de esta misma ley autoriza a cada uno de los cónyuges, frente a terceros de buena fe, a realizar actos de administración y de disposición a título oneroso de dinero, valores mobiliarios u otros bienes muebles.

En segundo lugar, porque, como indicó la Registradora Mercantil, la ratificación del mandato verbal con el que actuó la parte vendedora no tiene porque ser expresa, sino que puede producirse de manera tácita, deducida ésta última por actos que hagan suponer la conformidad del mandante. En el caso presente, no cabe duda del conocimiento que tuvo doña, cónyuge del vendedor, de la venta de participaciones sociales, dado que la fotocopia de escritura que aporta la sociedad al expediente incorpora, como documento privado, la certificación de acta de junta universal de 10 de agosto de 2005, en la que el administrador, socio y vendedor certifica la presencia de dicha señora como Secretaria de la referida Junta, en la que se autorizó la venta que ahora cuestiona (en la certificación se indica que está la firma de la secretaria).

Tampoco puede prosperar la alegación del recurrente de que la solicitante no figure como socia en el Libro Registro, puesto que el Libro Registro a que se refiere el artículo 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no constituye el único medio de prueba para acreditar la legitimación, ya que ello significaría dejar en manos de la sociedad el decidir si el socio minoritario la tiene o no y, en consecuencia, si puede ejercitar o no el derecho.

Por último indicar, en cuanto a la disparidad que parece existir entre la copia de escritura aportada por la solicitante y la aportada por la representación de la sociedad, que este Centro Directivo carece de competencia para dilucidar cuál de las dos debe prevalecer, por tratarse de una cuestión para la que solo son competentes los Tribunales de Justicia.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador de «Cinca Telecom, S. L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de el 12 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 7 de junio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 7 de junio de 2011 (2.^a)

En el expediente 136/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «San Pedro Claver, S. L.».

HECHOS

I

Doña, en representación de la entidad «Grouo Cervera Carras, S. L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 30 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «San Pedro Claver, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, cuya representación acredita por escritura de poder general, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la Junta general de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo por un periodo de tres anualidades, siendo dicho punto del orden del día aprobado por los dos tercios de capital social. 2.º) Que, sin perjuicio de lo anterior, dichos acuerdos fueron impugnados por la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, demanda que originó el procedimiento ordinario núm. 307/2009 que se tramita en el Juzgado de lo Mercantil de, Como en dicho procedimiento todavía no ha recaído sentencia definitiva, dichos acuerdos se encuentran suspendidos y pendientes de anotación preventiva. 3.º) Que el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil originaría a la sociedad un importante perjuicio económico.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 25 de febrero de 2009, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la entidad mercantil solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. En el caso presente, no se ha garantizado el derecho del socio al informe de la auditoría de las cuentas del ejercicio 2009.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, ni siquiera ha acreditado en quién recayó el nombramiento de auditor efectuado por la sociedad en la Junta general de 30 de junio de 2009, cuyos acuerdos fueron impugnados ante el Juzgado de lo Mercantil de y que, como consecuencia de tal impugnación se encuentran suspendidos por decisión judicial. Y, obviamente, al no haberse llevado a cabo la contratación del auditor nombrado, tampoco se ha garantizado el derecho de la entidad mercantil solicitante al informe de auditoría de cuentas del ejercicio económico cerrado a 31 de diciembre de 2009.

2.º Alega la sociedad que, de llevarse a cabo la auditoría solicitada, se originaría un notable perjuicio económico a la sociedad. Pues bien, dicha alegación tampoco puede prosperar, dado que el artículo 205.2 de la ley de Sociedades anónimas dispone taxativamente –sin dejar margen interpretativo alguno– que los gastos que la auditoría comporta corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de «San Pedro Claver, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 19 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 7 de junio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 7 de junio de 2011 (3.ª)

En el expediente 131/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sorogest Actuaciones Urbanísticas, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 26 de enero de 2010, solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del ar-

título 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas, y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Sororgest Actuaciones Urbanísticas, S. L.», y no encontrarse la sociedad incluida en los supuestos legalmente establecidos de revisión obligatoria de las cuentas anuales e informe de gestión, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su Consejero delegado, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que el solicitante ha sido Secretario del Consejo de Administración de la sociedad hasta la reunión mantenida por el Consejo de Administración el 1 de julio de 2008, en la que se acordó cesarle como Secretario del Consejo. Posteriormente la Junta general celebrada el 29 de julio de ese mismo año acordó separarle del Consejo de Administración por realizar actos contrarios a los intereses de la compañía.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 27 de marzo de 2009, acordó estimar la solicitud formulada, dado que las alegaciones de la sociedad que en ningún momento cuestionaron la legitimación del solicitante, no podían enervar su derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas. El hecho de que hubiera desempeñado el cargo de Secretario de la Sociedad no puede impedir que ejercite un derecho que la ley le atribuye por su condición de socio. En cuanto a la manifestación de la sociedad sobre el conocimiento que tiene y tuvo el socio de la documentación contable, debe tenerse en cuenta que, según reiterada doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado, el derecho de información y el derecho a la verificación contable, aunque relacionados, son derechos distintos por su finalidad y condiciones requeridas para su ejercicio. En cuanto a la mala fe del solicitante, también la Dirección General ha mantenido que las motivaciones internas no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 1996 y 7 de octubre y 13 de diciembre de 2005, 30 de mayo de 2007 y 29 de junio de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de que, siendo ajustada a derecho, no es desvirtuada por ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. El hecho de que el socio minoritario haya ostentado el cargo de Secretario del Consejo de Administración no ha de impedir que pueda ejercer el derecho que el artículo 205.2 de la ley de Sociedades Anónimas reconoce al socio minoritario pues, como ha mantenido este Centro Directivo, esto último solo ocurriría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales, dado que en este caso habría podido contratar por sí mismo la auditoría, como un acto mas de gestión y buena administración, lo que no ocurre en el caso presente, dado que el solicitante cesó en su cargo el 1 de julio de 2008 y en su instancia que originó este expediente solicita la auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación societaria que cuestiona la legitimación del solicitante, en base al acuerdo de exclusión adoptado por la Junta General celebrada el 29 de julio de 2008, dado que dicho acuerdo no basta por sí solo para excluir al socio, sino que inicia un procedimiento que continúa con la valoración aproximada de sus participaciones y que culmina con la consignación de las cantidades que debe reembolsarle en concepto de precio. Mientras todas estas circunstancias no se acrediten, el peticionario continúa siendo socio, en tanto que sigue siendo propietario de las participaciones que alegó y está legitimado a solicitar la auditoría, porque suponen un porcentaje de capital social equivalente a más del 5%.

3.º Respecto a la supuesta mala fe del solicitante, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones que llevan al socio a formular su petición de auditoría, ya que si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

4.º Finalmente, indicar que los derechos de información y verificación contable son derechos que, aunque relacionados, están plenamente diferenciados por su finalidad y requisitos, siendo independientes en cuanto a su ejercicio (*cf.* arts. 112, 205 y 212 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don Consejero Delegado de «Sogest Actuaciones Urbanísticas, S. L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de de 27 de marzo de 2009.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante

la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 7 de junio de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 8 de junio de 2011 (1.ª)

En el expediente 104/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socias de «Mesón del Mar Mediterráneo, S. A.», «Inversiones Invozan, S. L.», «Restaurante La Carola, S. L.».

HECHOS

I

Doña y doña presentaron una instancia en el Registro Mercantil de el 14 de enero de 2010, solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Mesón del Mar Mediterráneo, S. A.», «Inversiones Invozan, S. L.», «Restaurante La Carola, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

A la vista de dicha instancia la Registradora Mercantil de dio traslado a las sociedades afectada para que, en el plazo de cinco días desde la recepción de la notificación, alegaran las causas de oposición que estimara convenientes. Dicha notificación fue recepcionada por la entidad mercantil «Restaurante La Carola, S. L.» el 20 de enero de 2009, resultando devuelta por «ausente» la notificación realizada a las otras dos sociedades, «Mesón del Mar Mediterráneo, S. A.» e «Inversiones Invozan, S. L.».

III

El 8 de febrero de 2010 la Registradora Mercantil de acordó designar auditor de cuentas para la sociedad «Restaurante La Carola, S. L.».

IV

Con fecha de 15 de febrero de 2010, las solicitantes de la auditoría presentaron en el Registro Mercantil un escrito complementario a su solicitud, en el que indicaron el

cambio de domicilio social de las entidades mercantiles «Mesón del Mar Mediterráneo, S. L.», «Inversiones Invozan, S. L.», dando a conocer el nuevo domicilio, a efectos de notificaciones.

V

Con fecha 16 de febrero de 2010 la Registradora Mercantil de dio traslado de la instancia solicitando el nombramiento de auditor a las otras dos sociedades que, por el cambio de domicilio social, no recibieron la primera notificación, a efectos de que pudieran ejercitar su derecho a oponerse en el plazo de cinco días.

VI

Con fecha 12 de marzo de 2010 la Registradora Mercantil de designó auditor de cuentas para la sociedad «Mesón del Mar Mediterráneo, S. L.», designación que recayó en don, quien ese mismo día aceptó el encargo.

VII

Con fecha de 19 de marzo de 2010 don, administradora única de las tres sociedades afectadas por la solicitud de nombramiento registral de auditor, presentó un escrito de oposición, alegado, en síntesis: 1.º) Que las solicitantes carecen de legitimación para el ejercicio del derecho a la verificación contable, toda vez que la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Torremolinos, el 31 de julio de 2009, declaró la nulidad de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia de don, declarando procedente la restitución del caudal hereditario para su posterior partición y adjudicación. 2.º) Que las solicitantes ocultaron intencionadamente estos hechos al Registro Mercantil y a la administradora única de las sociedades afectadas por la solicitud. Asimismo, impidieron la celebración de una Junta general de la sociedad «Mesón del Mar Mediterráneo, S. A.», convocada para el pasado 11 de marzo para discutir las actuaciones a tomar por la sociedad en relación a la situación económico-financiera de la sociedad. 3.º) Que a la vista de estos hechos, se solicita la nulidad del nombramiento de auditor de cuentas acordado por la Registradora Mercantil.

VIII

Por acuerdo de 25 de marzo de 2010 la Registradora Mercantil de inadmitió, por extemporáneo, el anterior escrito, dado que, notificada la instancia a las tres sociedades tuvieron el plazo de cinco días para oponerse a la solicitud. No habiendo alegado causa alguna de oposición en el plazo indicado, se procedió a la designación de auditor de cuentas y, una vez nombrado auditor, no cabe interponer recurso alguno, dado que los asientos del registro están bajo la salvaguarda de los tribunales.

IX

Contra dicha resolución la indicada representación de las sociedades, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando las alegaciones aducidas en su escrito

de 19 de marzo de 2010 y solicitando la nulidad de todo lo actuado por la Registradora Mercantil de Añadió que, si bien es cierto que el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil establece el plazo de cinco días para oponerse a la solicitud de nombramiento registral de auditor, al tratarse de un acto nulo, dicha oposición no está sujeta a plazo de caducidad alguno. Finalizó su escrito manteniendo que la instancia de nombramiento registral de auditor de cuentas es nula, puesto que las solicitantes no acreditaron su legitimación, no cumpliendo ninguno de los requisitos exigidos por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005 y 14 de febrero y 19 de diciembre de 2006.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar en esta resolución error cometido por la Registradora Mercantil de que, sin entrar de oficio a conocer las cuestiones planteadas en el expediente, entre ellas la de si las socias minoritarias reunían o no las circunstancias de capital y tiempo exigidas por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y las posibles causas obstativas a la misma, derivadas del propio Registro, omitió dictar resolución pronunciándose sobre la procedencia o improcedencia del nombramiento. De tal manera que, ante la falta de oposición por parte de las sociedades, directamente, designó auditor de cuentas para la sociedad afectada.

Este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente que el procedimiento registral de nombramiento de auditor de cuentas, instado por los socios minoritarios, en el ejercicio del derecho reconocido por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, es un procedimiento especial por razón de la materia jurídico privada a la que afecta, regulado por los artículos 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, supletoriamente, en todo lo no previsto en dichos preceptos, por los que le sean aplicables de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En atención a esta regulación también se ha señalado, reiteradamente, que la oposición de la sociedad a la solicitud, constituye para ésta un derecho y no una carga y, por tanto, puede o no oponerse a ésta, sin que esta última actuación negativa comporte la imposibilidad de recurrir ante esta Dirección General, en la forma y plazos indicados en el artículo 353 del Reglamento del Registro Mercantil, la resolución dictada por el Registrador Mercantil.

Además de lo anterior, este Centro Directivo ha insistido en la necesidad de que el Registrador Mercantil analice de oficio el fondo del asunto para

decidir sobre la procedencia o improcedencia del nombramiento registral instado, una vez examinadas todas las cuestiones planteadas por las partes y las que resultan del contenido del Registro, antes de proceder a la designación de auditor de cuentas. Solo cuando su resolución adquiera firmeza por no haber sido recurrida o por haber sido confirmada por esta Dirección General, se ha de proceder a la designación de auditor.

2.º También como cuestión procedimental, se ha de señalar que el Registrador Mercantil carece de competencia para resolver cualquier impugnación o solicitud dirigida a anular o revisar su propio acuerdo, así como también para aceptar la renuncia o el desistimiento, presentada por cualquiera de las partes con posterioridad a su decisión. El órgano designado reglamentariamente y, por tanto, el competente para pronunciarse sobre cuestiones formales y de fondo es, conforme a lo dispuesto en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil, la Dirección General de los Registros y del Notariado.

3.º Para finalizar con las cuestiones formales, no puede prosperar la pretensión de la sociedad de que se declare la nulidad de la instancia presentada por las peticionarias, basada en la falta de legitimación que la sociedad alega, puesto que la ley no sanciona con la declaración de nulidad la falta de requisitos exigidos para la admisión de escritos o solicitudes presentados por los interesados. Por el contrario, las pretensiones deducidas en los mismos deben resolverse, estimándolas o desestimándolas o, en su caso, inadmitiéndolas (art. 42 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo).

4.º Las irregularidades procedimentales señaladas en los fundamentos jurídicos anteriores podrían dar lugar a la retroacción del expediente, si no fuera porque el principio de economía procesal impone la conservación de los actos siempre y cuando éstos contengan los elementos indispensables para alcanzar su fin y no se haya originado indefensión en las partes intervinientes. Este último resultado no ha se ha producido en el caso presente, dado que la sociedad tanto en el escrito extemporáneo de oposición, como en el de recurso ante Centro Directivo, ha podido alegar y probar lo que a su derecho conviene, siendo dichas alegaciones y pretensiones dilucidadas y resueltas en esta instancia de alzada.

5.º La cuestión de fondo planteada se centra en determinar si las peticionarias de la auditoría están o no legitimadas para ejercitar el derecho reconocido por el artículo 205.2 de la ley de Sociedades Anónimas a los socios minoritarios. Sobre la cuestión de la legitimación del socio, este Centro Directivo ha mantenido que es suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito para entenderla acreditada, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del

Reglamento del Registro Mercantil— que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende.

Sin embargo, en el caso presente, consta en el expediente la sentencia de 31 de julio de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Torremolinos que anula los actos de manifestación, partición y adjudicación de herencia, elevados a públicos por el Notario de Málaga, F. A. R., el 25 de marzo de 2006, bajo el número 2535 y, asimismo, ordena la restitución al caudal hereditario de todos los bienes del testador, don De dicha sentencia y de las propias alegaciones de la recurrente, resulta también que forman la comunidad hereditaria del mencionado señor su esposa, doña, su hermano, don y sus sobrinas doña, doña, doña y doña

Pues bien, como este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente, cualquiera de los herederos de una comunidad hereditaria puede solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, en tanto no se haya realizado la partición y adjudicación de la herencia, por ser éste un acto de gestión y administración, que no de disposición (*cf.* art. 394 del Código Civil). Por tanto, acreditado en el expediente, en virtud de la sentencia de 31 de julio de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Torremolinos, que dicha comunidad de herederos es propietaria de un número de participaciones sociales superior al 5% del capital social de las tres sociedades para las que se solicitó la auditoría y, estando también acreditado que las solicitantes, doña y doña forman parte de esa comunidad hereditaria, ha quedado probada su legitimación para instar el nombramiento de auditor de cuentas.

6.º La mala fe que la sociedad recurrente atribuye a las solicitantes por no poner en conocimiento de las tres sociedades ni del Registro Mercantil de la sentencia de 31 de julio de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Torremolinos, no debe examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido. Si bien es cierto que las motivaciones que llevan a los peticionarios a solicitar el nombramiento de auditor pueden no ser siempre legítimas, quién se sienta perjudicado por la posible actuación maliciosa tiene expedita la vía judicial civil para reclamar la indemnización que, en su caso, hubiera ocasionado la supuesta actuación maliciosa.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto:

1.º Desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, como administradora única de «Mesón del Mar Mediterráneo, S. A.», «Inversiones Invozan, S. L.», «Restaurante La Carola, S. L.» y confirmar las resoluciones de la Registradora Mercantil de 8 de febrero y 12 de marzo de 2010.

2.º Declarar la nulidad de la resolución dictada por la Registradora Mercantil de de 25 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 8 de junio de 2011.–Firmado: La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 8 de junio de 2011 (2.ª)

En el expediente 137/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inmobiliaria Udels, S. L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 18 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Inmobiliaria Udels, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la Junta general de la sociedad se plateó la conveniencia de nombrar, voluntariamente, auditor de cuentas pero dicha propuesta no fue aprobada por la mayoría de socios, por lo cual la solicitante debió respetar la decisión de la mayoría, adoptada en la Junta general de 23 de diciembre de 2009. No haciéndolo manifiesta, sin quererlo, un cierto ánimo de perjudicar a la sociedad, utilizando abusivamente las normas generales encargadas de salvaguardar los intereses de los socios. 2.º) Que el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil comporta un gasto excesivo y difícil de atender en las circunstancias económicas por las que atraviesa la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 9 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de

capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que las alegaciones que atribuyen a la solicitante abuso de derecho no pueden prosperar en este procedimiento de nombramiento de auditor, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido y, si bien es cierto que la ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, también lo es que las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca. Quien se sienta perjudicado por la actuación maliciosa, siempre podrá reclamar en vía jurisdiccional civil la reparación de los perjuicios ocasionados. En cuanto al coste excesivo que la auditoría supone, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone taxativamente que éstos corren siempre de cuenta de la sociedad.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General aduciendo las mismas alegaciones formuladas en el escrito de oposición y que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 24 de septiembre de 1993, las de 6 de junio, 4 de octubre, 23 y 26 de noviembre de 2005, 19 de junio de 2007, y, como más reciente la de 22 de octubre de 2010.

1.º No pueden prosperar en el presente expediente las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de recurso. En efecto, frente a la alegación que cuestiona la buena fe de la solicitante, por el hecho de entender necesaria la auditoría, en contra de la opinión mayoritaria de la sociedad, dado que este Centro Directivo ha mantenido que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados. Pero es que, a mayor abundamiento, la Ley de Sociedades Anónimas y el Reglamento del Registro Mercantil, disponen con claridad que, en estos supuestos fundados

en el artículo 205.2 de la ley, es la minoría la que decide si la auditoría de cuentas es necesaria y no la mayoría de socios.

2.º Tampoco puede enervar la petición de la socia minoritaria, las consideraciones que la sociedad realiza en torno a los costes de la auditoría que entiende son innecesarios, puesto que el legislador ha dispuesto con carácter taxativo y sin que quepa margen interpretativo alguno, que los costes que la auditoría comporta corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, don, en nombre y representación de «Inmobiliaria Udels, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 9 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 8 de junio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 8 de junio de 2011 (3.ª)

En el expediente 138/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una sociedad de «Repuestos Avenida, S. A.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 31 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 33,34% del capital social de «Repuestos Avenida, S. A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la Junta General de la compañía, celebrada el 21 de diciembre

de 2009, acordó nombrar auditor de cuentas para los ejercicios 2009, 2010 y 2011, según consta en el Acta Notarial de dicha Junta, presentada en ese Registro para su inscripción. Añadió que, aún siendo cierto que el solicitante de la auditoría impugnó los acuerdos adoptados en la misma y que el Juzgado que conoce tal impugnación adoptó, como medida cautelar, la de suspender dichos acuerdos, no es menos cierto que no han sido anulados pues todavía no se ha dictado sentencia firme.

III

El Registrador Mercantil de, con fechas 14 de abril de 2010 acordó dejar en suspenso el expediente en tanto no recaiga resolución judicial firme sobre los acuerdos adoptados en la Junta general de 21 de diciembre de 2009, puesto que en el momento de la presentación de la instancia en el Registro Mercantil existía litispendencia entre las partes opuestas en este expediente.

IV

Contra dicha resolución el solicitante de la auditoría, don, interpuso, en tiempo y forma, recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: Que la interpretación que hace el Registrador Mercantil en la resolución recurrida del orden del día de la Junta General de 21 de diciembre de 2009, posteriormente impugnada, no se corresponde con la realidad, dado que según la convocatoria de dicha Junta, publicada en el BORME de 17 de noviembre de 2009, el orden del día fue el siguiente: 1.º aprobación de las cuentas del ejercicio 2007, distribución de resultados y, en su caso, aprobación de la gestión; 2.º aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2008, distribución de resultados y, en su caso, aprobación de la gestión; 3.º nombramiento de auditor de cuentas para los tres próximos ejercicios; 4.º ratificación de los acuerdos adoptados por la Junta en la reunión celebrada el 25 de junio de 2009; 5.º lectura y aprobación del acta. En definitiva, no hay ninguna orden por parte de la sociedad a ningún auditor para que verifique las cuentas del ejercicio 2009.

V

Con fecha de 4 de mayo de 2011 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un escrito del solicitante de la auditoría de cuentas, don, al que adjuntaba la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de el 23 de abril de 2011, declarando la nulidad de todos los acuerdos adoptados por la Junta General de la sociedad el 21 de diciembre de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección

General de los Registros y del Notariado de 10 de febrero de 1994 y 3 de octubre de 2006, 4 de diciembre de 2009.

1.º La primera cuestión que plantea el presente recurso es la relativa a la procedencia de la suspensión acordada por el Registrador Mercantil de el 14 de abril de 2010. Sobre la oportunidad de suspender el procedimiento por existir litispendencia, este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente que solo procede cuando, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil solicitando la auditoría, se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social que alegó y que, en caso de prosperar la demanda, dejarían dicho porcentaje reducido a una cifra inferior al 5% que la Ley exige para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor.

Fuera de este supuesto concreto, relativo a la legitimación del socio, como condición necesaria para ejercitar el derecho del que se viene hablando, no ha lugar a suspender el procedimiento por ninguna otra cuestión suscitada o que pueda suscitarse durante la tramitación del expediente en vía judicial, por no depender la decisión que en el mismo se adopte de la resolución judicial que pueda recaer en el futuro sobre la validez o nulidad de acuerdos sociales, sobre la responsabilidad de los administradores o sobre cualquier otra que pueda plantearse.

2.º En atención al fundamento anterior, debe indicarse que el Registrador Mercantil de debió resolver la solicitud presentada por el socio minoritario, conociendo de oficio todas las cuestiones planteadas por los datos que resultan de ese mismo Registro y, en su caso, por las alegaciones aducidas por la sociedad. No obstante lo anterior, también se ha de señalar que la resolución de 14 de abril de 2010 no ha causado indefensión al solicitante, dado que ha podido alegar y probar lo que a su derecho conviene en esta instancia del procedimiento.

3.º La cuestión de fondo planteada se centra en determinar si la auditoría voluntaria alegada por la sociedad puede o no enervar el derecho del socio que ha acreditado reunir las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa, en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones con-

currentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

Sin embargo, en el caso presente, procede acceder a lo solicitado por el recurrente y solicitante de la auditoría de cuentas, dado que la sociedad no ha acreditado ni el nombre o razón de la empresa auditora contratada, ni mucho menos hay constancia en el expediente de la aceptación del encargo, por lo tanto no ha habido contrato de auditoría con anterioridad a la presentación de la instancia del socio minoritario en el Registro Mercantil el 31 de marzo de 2010 y, obviamente, tampoco ha podido garantizarse el derecho del socio minoritario por ninguno de los medios establecidos por la doctrina de este Centro Directivo.

A mayor abundamiento, ha prosperado judicialmente la impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta general de socios el 25 de junio de 2009, dado que la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2.^a, en la sentencia de 26 de abril de 2011, ha desestimado el recurso de apelación interpuesto por la sociedad contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Badajoz estimando la pretensión del demandante y declarando la nulidad de los acuerdos adoptados por la referida Junta General de socios.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar, en los términos que se deducen del anterior fundamento jurídico, el recurso de alzada interpuesto por don, solicitante de la auditoría de cuentas para la sociedad «Repuestos Avenida, S. A.», contra el acuerdo de suspensión dictado por el Registrador Mercantil de el 14 de abril de 2010 y declarar procedente la auditoría solicitada.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 8 de junio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 8 de junio de 2011 (4.ª)

En el expediente 142/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Centro Card Pellicer, S. L.».

HECHOS

I

Don, en nombre de la entidad mercantil «Bellver Pla, S. L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 30 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Centro Card Pellicer, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad procedió a nombrar, voluntariamente, auditor de cuentas para revisar las correspondientes al ejercicio 2009. El nombramiento recayó en don, la contratación no se inscribió en el Registro Mercantil por tratarse de una auditoría voluntaria. Adjuntó a su escrito copia de la carta de aceptación del encargo de auditoría. 2.º) Que el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil originaría a la sociedad un importante perjuicio económico.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 16 de abril de 2010, acordó suspender el procedimiento por un plazo de diez días hasta que la sociedad acreditara la anterioridad del nombramiento de auditor voluntario y garantizara el derecho del socio al informe de auditoría en cualquiera de las siguientes formas: inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. En todo caso la sociedad deberá acreditar la fehaciencia de la fecha del nombramiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.227 del Código Civil. Finalizó su resolución comunicando a los interesados el régimen de recurso establecido en el Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que es bien conocido el empleo torticero de algunos derechos reconocidos en la legislación mercantil a socios minoritarios de entidades mercantiles para proteger sus intereses. 2.º) Que en el caso presente la sociedad solicitante nunca pidió el nombramiento de auditor de cuen-

tas, ni siquiera comunicó a la sociedad la conveniencia de tal nombramiento. 3.º) Que la legislación mercantil no exige hacer constar la fehaciencia de la fecha en que se realizó la contratación. 4.º) Que tampoco tiene cobertura legal exigir que en el plazo de diez días se inscriba el nombramiento o se aporte al expediente el informe de auditoría o se ponga a disposición del socio minoritario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar el error procedimental cometido por la Registradora Mercantil de que, lejos de resolver la solicitud presentada, declarando la procedencia o improcedencia del nombramiento registral de auditor, por lo que resulta del expediente y de los datos y asientos que constan en el Registro, acordó suspender el procedimiento por determinado plazo, notificando a las partes el régimen de recursos pertinente contra dicho acuerdo.

Como es de general conocimiento los actos de trámite que no deciden el fondo del asunto, no son susceptibles de recurso. Los posibles defectos de forma y de fondo que hayan podido producirse durante la tramitación de la solicitud, podrán ser alegados por los interesados para su consideración en el recurso contra la resolución que ponga fin al procedimiento, en este caso la resolución de la pretensión deducida en la instancia presentada por el solicitante de la auditoría de cuentas.

2.º No obstante lo anterior, no ha lugar a retrotraer el procedimiento, por claras razones de economía procedimental, dado que no ha producido indefensión a las partes interesadas, puesto que en el recurso de alzada que hoy se resuelve han podido formular las alegaciones que a su derecho conviene, las cuales serán dilucidadas y resueltas en esta instancia.

3.º La cuestión de fondo que plantea el presente expediente se centra en determinar cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas.

Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las

cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que aportó al expediente una fotocopia de una carta firmada por quien dijo ser don, cuya fecha –la de 9 de diciembre de 2009– solo puede hacer prueba entre las partes que convinieron la auditoría, pero no frente a terceros sino desde que tuvo entrada en el Registro Mercantil, junto con el escrito de oposición de la sociedad (art. 1.227 del Código Civil) siendo ésta posterior al momento en que el socio minoritario presentó su instancia solicitando el nombramiento de auditor, el 30 de marzo de 2010. Tampoco ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de cuentas por ninguno de los medios anteriormente expuesto, es decir, por la inscripción del nombramiento, por la entrega del informe al socio minoritario ni por la incorporación de dicho informe al expediente.

4.º Alega el recurrente que, de llevarse a cabo la auditoría solicitada, se originaría un notable perjuicio económico a la sociedad. Pues bien, dicha alegación tampoco puede prosperar, dado que el artículo 205.2 de la ley de Sociedades Anónimas dispone taxativamente –sin dejar margen interpretativo alguno– que los gastos que la auditoría comporta corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar, en los términos que resultan de esta resolución, el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de «Centro Card Pellicer, S. L.», contra el acuerdo de suspensión adoptado por la Registradora Mercantil de

el 16 de abril de 2010 y declarar la procedencia del nombramiento de auditor para verificar las cuentas del ejercicio 2009.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 8 de junio de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 8 de junio de 2011 (5.ª)

En el expediente 143/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Propatec, S. L.».

HECHOS

I

Don, envió por correo certificado el 30 de marzo de 2010 un escrito dirigido al Registro Mercantil de y con entrada de 6 de abril de 2010 solicitando, como titular de más del 5% del capital social de «Propatec, S. L.» y al amparo de lo dispuesto en los artículos 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas sociales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando en síntesis que no procede el nombramiento de auditor de cuentas al no cumplir el socio minoritario con los requisitos establecidos en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil, dado que su instancia solicitando el nombramiento tuvo entrada en el Registro una vez transcurridos los tres meses al cierre del ejercicio a auditar que tuvo lugar el 31 de diciembre de 2009.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 19 de abril de 2010, estimó la solicitud de nombramiento registral de auditor y mantuvo que, en contra de lo que opina la sociedad, la

solicitud debe entenderse presentada dentro del plazo de los tres meses preestablecidos en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil, tal como disponen las resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 22 de mayo de 1999, 27 de octubre de 2000, 26 de noviembre de 2002, 2 y 13 de enero de 2003.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis: 1.º) Falta de motivación de la resolución recurrida, en cuanto que en el escrito de oposición se alegó que la solicitud no cumplía los requisitos previstos en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil, dado que el solicitante no adjuntó a su instancia documento alguno en el que fundara su legitimación. Dicha alegación no se tuvo en cuenta en la resolución recurrida. 2.º) Que la fecha de presentación en el Registro Mercantil fue la de 6 de abril de 2010, a pesar de lo cual dicha instancia fue estimada, por entender que debía considerarse presentada el 30 de marzo de 2010, lo que es contrario a los preceptos del Reglamento del Registro Mercantil que regulan la tramitación de las solicitudes que inician este procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo de 1993, 19 de julio de 1994 y, como más recientes, las de 4 de octubre, 30 de noviembre de 2005 y 27 de abril de 2010.

1.º La primera cuestión que plantea el presente recurso es la relativa a la forma de acreditar el socio su legitimación y, como contrapartida, la forma de enervación por parte de la sociedad. Al respecto este Centro Directivo ha mantenido que para entenderla acreditada solo es necesario aportar un principio de prueba, puesto que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende.

En el caso presente, el solicitante, invocando los datos registrales de la sociedad, ya ha aportado un principio de prueba de su legitimación, pues de dichos datos se deduce que el peticionario ostenta la propiedad de más del 5%

del capital social de la entidad mercantil afectada por la solicitud. La sociedad, por su parte, sin negar la condición de socio del peticionario ni el porcentaje que dijo ostentar en el capital social, se limita a cuestionar la forma de acreditarla, alegando la ausencia de documentación adjunta a la instancia, alegación que, como ya se ha indicado, no puede enervar la pretensión del solicitante en este procedimiento, eminentemente antiformalista, de nombramiento de auditor de cuentas, en el que el Registrador Mercantil debe valorar de oficio todas las cuestiones relativas a las condiciones exigidas por la Ley para el ejercicio del derecho a la verificación contable.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación relativa a la fecha de presentación de la instancia que debe tenerse en cuenta para examinar si el solicitante cumple o no el requisito temporal de los tres meses, exigido por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil. Debe indicarse al respecto que este procedimiento registral de nombramiento de auditor se encuentra regulado en el Título III —«Otras funciones del Registrador»— artículos 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, en todo lo no previsto en él, es de aplicación supletoria la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 38.4 regula la presentación indirecta de escritos y documentos de los interesados. Por tanto, debe tenerse en cuenta la fecha de presentación en la Oficina de Correos, en vez de la fecha de entrada de la instancia en el Registro Mercantil de, el 6 de abril de 2010 y, a la vista de la copia del certificado emitido por la Oficina de Correos, se ha de concluir que el solicitante presentó su instancia el 30 de marzo de 2010, es decir, dentro del plazo legal y reglamentariamente exigido.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, como administrador único de «Propatec, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 19 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 8 de junio de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 8 de junio de 2011 (6.^a)

En el expediente 144/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cruceiros Turísticos, S. L.».

HECHOS

I

Doña y doña, presentaron un escrito en el Registro Mercantil de, el 26 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 5% del capital social de «Cruceiros Turísticos, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de sus Consejeros delegados, don y doña, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que las cuentas sociales se vienen aprobando inveteradamente con el único voto en contra de los solicitantes, cuyo único interés es el de vender sus participaciones sociales. 2.º) Que la solicitud supone un abuso de derecho por ser ejercitado con el propósito de hacer incurrir a la sociedad en gastos innecesarios. Los solicitantes han presentado una pretendida oferta del Grupo Nueva Rumasa que, finalmente, ha resultado ser falsa.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 29 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor y mantuvo que las alegaciones de la sociedad sobre la mala fe de las solicitantes, dado que las intenciones espurias no pueden presumirse nunca. Tampoco puede admitirse la alegación relativa a los gastos que la auditoría ocasionará a la sociedad.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General aduciendo las mismas alegaciones formuladas en el escrito de oposición y que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Regla-

mento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 24 de septiembre de 1993, las de 6 de junio, 4 de octubre, 23 y 26 de noviembre de 2005, 19 de junio de 2007, y, como más reciente la de 22 de octubre de 2010.

1.º No pueden prosperar en el presente recurso ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de recurso. En efecto, frente a la alegación que cuestiona la buena fe de la solicitante, por el hecho de entender necesaria la auditoría, en contra de la opinión mayoritaria de la sociedad, dado que este Centro Directivo ha mantenido que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

2.º Tampoco puede enervar la petición de las socias minoritaria, las consideraciones que la sociedad realiza en torno a los costes de la auditoría que entiende son innecesarios, puesto que el legislador ha dispuesto con carácter taxativo y sin que quepa margen interpretativo alguno, que los costes que la auditoría comporta corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, don, Consejeros delegados de «Cruceros Turísticos, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 29 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 8 de junio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 9 de junio de 2011 (1.ª)

En el expediente 145/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una accionista de «Tunafrio, S. A.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 26 de febrero de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 5% del capital social de «Tunafrio, S. A.», el nombramiento de un auditor con el fin de conocer si las cuentas anuales del ejercicio 2009 ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando falta de legitimación de la solicitante de la auditoría, puesto que la sociedad solo reputa accionista a quien se encuentra inscrito en el Libro Registro de acciones nominativas, lo que no sucede con la peticionaria. La sociedad desconoce si se ha producido alguna transmisión de acciones a su favor, ya que no ha solicitado la inscripción en el Libro Registro.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 8 de abril de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad. Mantuvo que la solicitante de la auditoría de cuentas había aportado al expediente un principio de prueba de la propiedad que ostenta sobre un número de acciones equivalentes al 5% del capital social de la compañía, consistente en copia de escritura pública de donación de acciones, autorizada por el Notario de, don, bajo el número 136 de su Protocolo, en virtud de la cual se le adjudican 100 acciones de la compañía. Corresponde ahora a la sociedad probar –y no lo ha hecho– que dicha titularidad nunca existió o ha dejado de existir. En cuanto al hecho de que no consta inscrita en el Libro de acciones nominativas de la Compañía, como ha manifestado la Dirección General de los Registros y del Notariado éste medio no puede ser el único medio de prueba de la legitimación de la solicitante, porque sería dejar en manos de una de las partes –la sociedad– el ejercicio de un derecho que la ley atribuye a la otra –el socio.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando sus alegaciones vertidas en el escrito de oposición y que, en consecuencia se dan por reproducidas en la presente instancia, sin necesidad de reiteración.

V

Con fecha 7 de febrero de 2011 tuvo entrada en el Registro General de este departamento ministerial un oficio de la Registradora Mercantil de, al que adjuntaba un escrito firmado por doña, en el que desistía de su solicitud de nombramiento registral de auditor para verificar las cuentas del ejercicio 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado y declarar concluso el procedimiento sobre nombramiento de auditor instado por doña para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2009 de la entidad mercantil «Tunafrio, S. A.»

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 9 de junio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 9 de junio de 2011 (2.ª)

En el expediente 161/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Rolopel, S. L.»....

HECHOS

I

Don y doña, presentaron un escrito en el Registro Mercantil de el 25 de marzo de 2010, solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del

50% del capital social de «Rolopel, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

A la vista de dicha instancia, la Registradora Mercantil de dio traslado de la misma a la sociedad afectada para que, en el plazo de cinco días desde la recepción de la notificación, alegara las causas de oposición que estimara convenientes.

III

Con fecha de 29 de abril de 2010, tras recibir devuelta la anterior notificación con la indicación «Ausente de Reparto», la Registradora Mercantil de procedió a designar auditor, dado que la sociedad no se había opuesto a la solicitud. La designación recayó en «Iberaudit Auditores Levante, S. L.» que aceptó el encargo de auditoría el 6 de mayo de 2010.

IV

Con fecha de 14 de mayo de 2010, la sociedad a través de su administrador único, don, presentó un escrito en el Registro Mercantil, manifestando que la empresa auditora «Iberaudit Auditores Levante, S. L.», por medio de burofax de 10 de mayo de 2010, puso en su conocimiento que había sido designado auditor de la sociedad. Dado que el Registro Mercantil no notificó a la sociedad tal nombramiento y para el caso de que fuera cierto, recurría contra el mismo, alegando falta de legitimación de los solicitantes de la auditoría, así como intención de perjudicar a la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005 y 14 de febrero, 19 de diciembre de 2006 y 1 de septiembre de 2010.

El presente expediente plantea una cuestión de carácter procedimental que hace ocioso el examen de las cuestiones de fondo planteadas, siendo así que, en cumplimiento de la obligación que la ley impone a la autoridad que resuelve el recurso de decidir cuantas cuestiones plantee el expediente hayan sido o no alegadas por los interesados (*cf.* art. 113.3 de la Ley de Régimen

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), se ha de señalar en esta resolución la infracción procedimental cometida por el Registrador Mercantil de que procedió a designar auditor de cuentas, sin examinar de oficio las cuestiones que planteaba la solicitud y sin declarar, mediante el correspondiente acuerdo, la procedencia del nombramiento solicitado.

Sobre este procedimiento de nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil a instancia de la minoría social, este Centro Directivo ha mantenido que se trata de un procedimiento especial por razón de la materia jurídico privada a la que afecta, siendo legislación supletoria, en todo aquello no previsto en el Reglamento del Registro Mercantil, la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común. También ha mantenido respecto del trámite de oposición que este trámite es para la sociedad un derecho, no una carga y que, por tanto, puede presentar escrito de alegaciones oponiéndose a la solicitud en cualquier momento antes de que la solicitud sea resuelta por el Registrador Mercantil, el cual, por su parte, debe de examinar de oficio todas las cuestiones que planteadas en el expediente y, en atención a las mismas, adoptar una decisión motivada y fundada en derecho sobre la procedencia o improcedencia del nombramiento solicitado por la minoría.

De la misma manera, el hecho de que la sociedad no se haya opuesto durante la tramitación del expediente no debe interpretarse como una renuncia implícita a la posibilidad de recurrir la decisión final del Registrador estimando o desestimando la solicitud, en los términos previstos en el artículo 353.3 del Reglamento del Registro Mercantil, para lo cual es preciso la notificación de dicha decisión a las partes del procedimiento antes de proceder a la designación de auditor.

En el caso presente, la Registradora Mercantil, sin entrar de oficio a conocer las cuestiones planteadas en el expediente, entre ellas la de si los socios minoritarios reunían o no las circunstancias de capital y tiempo exigidas por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y las posibles causas obstativas a la misma derivadas del propio Registro, omitió dictar resolución pronunciándose sobre la procedencia o improcedencia del nombramiento, de tal manera que, directamente, designó auditor de cuentas para la sociedad afectada.

La omisión de este trámite esencial del procedimiento de nombramiento registral de auditor, regulado en el número 3 del artículo 353 del Reglamento del Registro Mercantil y en las normas generales sobre terminación del procedimiento, contenidas en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha de traer como consecuencia la nulidad de actuaciones, al haber originado indefensión a la sociedad que se vio privada de una decisión motivada sobre el fondo del asunto y de la posibilidad de recurrirla mediante recurso de alzada, interpuesto en el plazo previsto en ese mismo artículo 353.3 Reglamento del Registro Mercan-

til ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado, en el plazo reglamentario establecido.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto declarar la nulidad del acuerdo de la Registradora Mercantil de 29 de abril de 2010 y retrotraer el procedimiento al momento previo a dicho acuerdo para que, en su lugar, la Registradora Mercantil de dicte otro declarando si el nombramiento de auditor solicitado es o no procedente.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 9 de junio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 13 de junio de 2011 (1.ª)

En el expediente 162/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Petróleos Lagos de Maracaibo, S. L.».

HECHOS

I

Don y doña, presentaron un escrito en el Registro Mercantil de el 30 de marzo de 2010, solicitando, al amparo, artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Petróleos Lagos de Maracaibo, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su apoderado, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que los solicitantes de la auditoría han tenido y tienen a su disposición toda la información contable y económica de la sociedad, por lo que no necesitan realizar una auditoría de cuentas. 2.º) Que la sociedad carece de liquidez suficiente para hacerse cargo de los gastos del auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 21 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud formulada, sobre la base de que ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad podía enervar el derecho de los solicitantes. En cuanto a que los socios minoritarios han tenido a su disposición la información de la sociedad, según ha mantenido reiteradamente la Dirección general de los Registros y del Notariado, una cosa es conocer la contabilidad social y otra distinta conocerla una vez auditada por un auditor de cuentas. En cuanto a los gastos que dicha auditoría ocasionará a la sociedad, éstos, por expresa disposición del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas corren siempre de cuenta de la compañía, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición y que, en consecuencia, se dan por reproducidas en esta instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero de 2006 y 28 de junio de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la decisión adoptada por el Registrador Mercantil de, frente a la cual no pueden prosperar ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente: En primer lugar, los derechos de información y auditoría, aunque se encuentren relacionados, resultan distintos por su finalidad y contenido e independientes en cuanto a ejercicio. El derecho de información está reconocido a todos los socios de entidades mercantiles, sin importar el porcentaje de su participación en el capital social, mientras que el derecho a solicitar del Registrador el nombramiento de un auditor de cuentas, solo lo tienen quienes, por sí mismos o junto con otros socios, reúnan al menos el 5% de capital social. Asimismo, la finalidad de ambos derechos es bien distinta, puesto que el primero persigue el conocimiento de la contabilidad social por los socios, mientras que la finalidad del segundo es la de conocer, mediante un informe de auditoría, si esa contabilidad elaborada por los administradores sociales refleja la realidad patrimonial y financiera de la empresa.

2.º Tampoco puede enervar este derecho de la minoría la alegación societaria referida a falta de liquidez de la empresa, dado que el precitado artículo 205.2 es claro cuando dispone, de manera taxativa y sin dejar margen interpretativo alguno, que los gastos que la auditoría comporta serán siempre con cargo a la sociedad, cualquiera que sea la situación económica en que ésta se encuentre.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, representante de «Petróleos Lagos de Maracaibo, S. L.», y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de de 21 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 13 de junio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 13 de junio de 2011 (2.ª)

En el expediente 163/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Viroa Telecomunicaciones, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 30 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de un número de participaciones sociales representativas de más del 5% del capital social de «Viroa Telecomunicaciones, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administradora, doña, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante ha fundado su solicitud en el deseo de conocer

la contabilidad social, siendo evidente que para lograr este fin no es necesario solicitar un informe de auditoría, ya puede ejercer el derecho de información social. 2.º) Que el solicitante ni ha asistido a la Junta general en la que se aprueba el informe de gestión de los administradores ni tampoco ha ejercitado su derecho de información social. 3.º) Que contra el solicitante se sigue un procedimiento penal por un presunto delito societario. Es más, la sociedad ha solicitado su disolución judicial, pues, debido a la inasistencia del solicitante a las Junta generales, no se han obtenido las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 19 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que la Ley no condiciona el derecho a solicitar y obtener el nombramiento de auditor a la asistencia a las Juntas Generales. Este derecho del socio minoritario es también distinto al derecho de información y examen de cuentas, siendo derechos que aunque están relacionados, resultan diferentes por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. En cuanto al hecho de que se haya iniciado un procedimiento penal contra el solicitante por un presunto delito societario, tampoco puede enervar su derecho, dado que no se está discutiendo la titularidad que ostenta sobre sus participaciones sociales. Por último, respecto al abuso de derecho, resulta imposible examinar las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría, dado el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cfr.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones aducidas en su escrito de oposición y alegando que se ha solicitado la disolución judicial de la sociedad, la cual, en caso de prosperar, haría innecesario el informe de auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 6 de mayo y 21 de octubre de 2003, 4 de octubre y 30 de noviembre de 2005, 15 de junio de 2006.

1.º No pueden prosperar frente al fundamento de la resolución recurrida, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, se ha de recordar que entre los derechos que las participaciones sociales confieren a sus titulares –salvo que se trate de participaciones sin derecho a voto– se encuentran el de asistir y votar en las Juntas Generales y, en su caso, el de impugnar los acuerdos sociales. Se trata de derechos de orden social y no de cargas que el socio puede ejercitar o no –sin perjuicio de que, posteriormente, resulte obligado a los acuerdos adoptados por la Junta General– y que, en ningún caso, pueden condicionar o impedir el ejercicio que haga de otro derecho reconocido también en la Ley como es el derecho a la verificación contable, el cual solo está condicionado a reunir los requisitos de capital y tiempo.

2.º En segundo lugar, respecto al acceso a la información contable al que, según lo alegado por la sociedad, ha tenido y tiene el peticionario, se ha de señalar que, como ha mantenido este Centro Directivo en numerosas resoluciones, el derecho al examen de cuentas, o derecho de información, es un derecho que, aunque complementario del de auditoría, resulta distinto por su finalidad y requisitos e independiente en su ejercicio, ya que éste último pretende un informe de las cuentas anuales realizado por un profesional independiente, con el fin de conocer si la contabilidad social refleja la imagen fiel de la realidad patrimonial y financiera de la empresa.

3.º Ni la solicitud de disolución judicial, ni la interposición de una querrela criminal contra el peticionario por un presunto delito societario, puede enervar su derecho a la verificación contable, puesto que en ninguno de estos dos procedimientos se está cuestionando ni la condición de socio del peticionario ni el porcentaje que ostenta en el capital social, siendo así que las resoluciones que pongan fin a los procedimientos abiertos no condicionan la decisión sobre la procedencia del nombramiento de auditor, adoptada por el Registrador Mercantil de

4.º Por último indicar, en cuanto al posible abuso de derecho imputable al solicitante, que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, administradora de «Viroa Telecomunicaciones, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 19 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 13 de junio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 16 de junio de 2011 (1.ª)

En el expediente 85/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Refrel Patrimony Immobiliari, S. L.».

HECHOS

I

Doña y don, administrador único de presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 25 de febrero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 5% del capital social de «Refrel Patrimony Immobiliari, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través del Presidente del Consejo de Administración, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la sociedad cuenta con un auditor designado desde el pasado 29 de enero de 2010. Con fecha anterior a la presentación de la solicitud de los socios minoritarios ya había solicitado la inscripción del nombramiento. Finalizó manteniendo que en ningún momento se les ha negado la información social a los socios minoritarios.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 16 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que los solicitantes reunían los requi-

sitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que el nombramiento voluntario de auditor efectuado por la Junta General el 29 de enero de 2010 abarca al periodo de tiempo comprendido entre los años 2010 y 2017, por lo que no se contrató para verificar las cuentas del ejercicio 2009 que es el solicitado por los peticionarios. Mantuvo que no corresponde al Registrador Mercantil indagar si la información que solicitaron los socios fue facilitada o no.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que la sociedad no está obligada a la verificación contable al poder presentar sus cuentas en el Registro Mercantil de forma abreviada. 2.º) Que, en contra de lo que entendió la Registradora Mercantil, el contrato comenzó desde que el auditor designado aceptó el encargo, finalizando una vez transcurridos los ocho años. Es lógico pensar que, no estando aún formuladas las cuentas del ejercicio 2009, el contrato de auditoría comience con la verificación de las cuentas correspondientes a dicho ejercicio económico, posibilidad abierta a las sociedades que no están obligadas a nombrar auditor en determinados plazos y cumplimentando las formalidades requeridas para las sociedades que sí están sujetas a dicha obligación. 3.º) Que para llegar a esta conclusión basta con analizar el contenido del contrato suscrito el 12 de febrero de 2010 entre la sociedad y la firma auditora. La finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es incrementar los mecanismos de información sobre la actividad llevada a cabo por los administradores sociales para, en su caso, censurarla en la Junta General. Sin embargo, esta finalidad también se alcanza con el nombramiento de auditores por los administradores sociales con anterioridad a la petición del socio minoritario. 4.º) Que la resolución del Registrador Mercantil, aún reconociendo la virtualidad enervatoria de la auditoría contratada por la sociedad, la restringe y condiciona al cumplimiento de unos requisitos: la inscripción del nombramiento, la entrega al socio del referido informe o la incorporación al expediente. Estas limitaciones impiden que el nombramiento societario de auditor pueda, realmente, enervar el derecho del socio, dado que si se debe inscribir en el Registro Mercantil, ya es posterior a la presentación de la instancia del socio minoritario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

Acreditada en el expediente por la escritura pública de 18 de febrero de 2010 que el nombramiento de auditor acordado por la Junta general de

la sociedad y aceptado por la empresa auditora es anterior a la fecha de presentación en el Registro Mercantil de la solicitud del socio minoritario, el 25 de febrero de 2010, procede determinar en esta resolución si dicho contrato de auditoría, voluntariamente celebrado por la sociedad, puede o no enervar el derecho del solicitante, cuando se concertó por un determinado número de años, sin especificar su objeto, es decir, sin determinación de los trabajos encargados al auditor, de tal manera que suscita la cuestión de si comprende o no el ejercicio económico cuya auditoría solicitó el socio minoritario, es decir, el ejercicio 2009.

Es cierto, como alega la sociedad, que no estando sujeta a la obligación legal de verificación contable, puede en cualquier momento, tanto por decisión de la Junta General como por decisión del órgano de administración, como un acto más de gestión y buena administración, contratar voluntariamente los servicios de un auditor de cuentas, sin sujeción a los plazos y formalidades establecidas en la antigua Ley de Sociedades Anónimas y vigente Ley de Sociedades de Capital para aquellas otras obligadas al nombramiento de auditor.

Ahora bien, la doctrina de este Centro Directivo interpretando y aplicando el artículo 205.2 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas, siempre ha exigido, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del solicitante, dos condiciones que pueden resumirse con los términos de certeza sobre la anterioridad del contrato en relación con la fecha de presentación de la solicitud en el Registro Mercantil y de garantía de que el informe de auditoría de cuentas del último ejercicio vencido, que en este caso es el ejercicio 2009, estará a disposición del peticionario, garantía que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

En el caso presente, esta última condición no se deduce del contrato adjunto al escrito de interposición del recurso de alzada, dado que no puede probar frente a terceros ni el objeto del mismo ni cuales fueron los trabajos encargados al auditor y que éste aceptó con anterioridad a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario el 25 de febrero de 2010, solicitando la auditoría de las cuentas cerradas a diciembre de 2009.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de «Refrel Patrimony Inmobiliari, S. L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de el 16 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación adminis-

trativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 16 de junio de 2011 .–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 16 de junio de 2011 (2.ª)

En el expediente 119/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Alta Tecnología y Desarrollo, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 24 de marzo de 2010, solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Alta Tecnología y Desarrollo, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don, se opuso a dicha pretensión, alegando que la Junta general de la sociedad, en su reunión de 22 de febrero de 2010, acordó contratar voluntariamente los servicios de un auditor de las cuentas correspondientes a los ejercicios 2007, 2008, 2009.

III

Con fecha de 13 de abril de 2010, el Registrador Mercantil de, tras declarar que el solicitante reunía las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas, mantuvo que, conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el nombramiento voluntario efectuado por la sociedad solo puede enervar el derecho del solicitante si reúne dos condiciones, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente la sociedad ha acreditado que el nombramiento de auditor fue anterior a la presentación de la

instancia del socio minoritario. Sin embargo, la inscripción del nombramiento no ha podido practicarse por haber sido calificada con defectos, por lo que estimó procedente suspender la resolución de la solicitud.

IV

El 10 de mayo de 2010 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de al que adjuntaba el escrito de interposición del recurso de alzada interpuesto por el solicitante de la auditoría y puso en conocimiento de este Centro Directivo que el nombramiento voluntario de auditor efectuado por la sociedad, resultó, finalmente, inscrito el 28 de abril de 2010. En el precitado escrito de interposición del recurso el solicitante de la auditoría alegó, en síntesis, que la documentación aportada por la sociedad contiene evidentes contradicciones y manifestaciones de dudosa veracidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005 y 14 de febrero, 19 de diciembre de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º El presente recurso plantea la cuestión de cuando y en qué condiciones el nombramiento voluntario efectuado por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado reunir las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas. Sobre esta cuestión este centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil

de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

En el supuesto analizado, la sociedad ha acreditado las dos condiciones exigidas por este Centro Directivo pues, efectivamente, la Junta general acordó en su reunión de 23 de febrero de 2003, el nombramiento de un auditor de cuentas y, asimismo, mediante la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, ha garantizado el derecho del solicitante al informe de auditoría, puesto que, cuando presente las cuentas correspondientes al ejercicio 2009 para su depósito, el Registrador Mercantil habrá de exigir dicho informe del auditor inscrito para tener por efectuado el depósito, al cual podrá acceder el solicitante.

2.º Cuestiona el recurrente la veracidad de las alegaciones vertidas por la sociedad en la documentación aportada para la inscripción del nombramiento voluntario de auditor de cuentas. Pues bien, sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar la posible inexactitud de las alegaciones aducidas por las partes, al tratarse de una cuestión para la que solo son competentes Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal. Además de lo anterior, si el solicitante de la auditoría se considera perjudicado por alguna actuación maliciosa, tendrá expedita la vía jurisdiccional civil para reclamar, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, solicitante de la auditoría de cuentas, contra la decisión del Registrador Mercantil XIV de de 13 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 16 de junio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 17 de junio de 2011 (1.^a)

En el expediente 124/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Servicios de Asistencia Empresarial, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 31 de marzo de 2010, como titular de un número de participaciones sociales equivalentes al 50% del capital social de la entidad mercantil «Servicios de Asistencia Empresarial, S. L.», solicitando el nombramiento de un auditor para que verifique las cuentas anuales del ejercicio 2008 de la citada entidad.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que es evidente que desde el cierre del ejercicio cuya auditoría solicita el peticionario hasta la presentación de su instancia en el Registro Mercantil han transcurrido más de tres meses que es el plazo establecido en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para ejercitar el derecho a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas. 2.º) Que, a mayor abundamiento, la auditoría del ejercicio solicitado fue realizada por el auditor don, 3.º) Que, con independencia de lo anterior, la administración social procedió a contratar los servicios de un auditor para que verificara las cuentas del ejercicio 2009. Dicho nombramiento y la aceptación del auditor fueron presentados para su inscripción en el Registro Mercantil el 29 de diciembre de 2009.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 15 de abril de 2010, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor instada por el socio minoritario, al entender que la instancia fue presentada fuera del plazo de tres meses previsto en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, al haber tenido entrada en el Registro Mercantil el 31 de marzo de 2010 solicitando la auditoría de las cuentas del ejercicio económico cerrado a 31 de diciembre de 2008. Sin perjuicio de lo anterior, la auditoría voluntaria alegada por la sociedad no podía enervar el derecho que el socio minoritario tendría en el supuesto de que reuniera las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas, al no reunir las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado. En efecto, si bien existe un contrato de auditoría anterior a la solicitud, no fue presentado para su inscripción sino con posterioridad a la presentación de ésta en el Registro Mercantil el 31 de marzo de 2010. Tampoco habría garantizado el derecho del socio a la verificación de cuentas del último ejercicio, dado que no se ha aportado el informe de

auditoría para su incorporación al expediente ni tampoco se ha puesto a disposición del socio minoritario.

IV

Contra dicha resolución don, solicitante de la auditoría, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General manifestando que su verdadera intención fue la de solicitar la verificación contable del último ejercicio económico vencido, pero por error en la solicitud se deslizó un número diferente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de septiembre de 1993 y, como más recientes, 23 de septiembre de 2005, la de 3 de febrero de 2007 y la de 5 de octubre de 2009.

No puede prosperar en el presente expediente la pretensión del recurrente dirigida a la subsanación en esta instancia de alzada, de un supuesto error material de la solicitud, referido a la determinación del ejercicio económico cuya auditoría se pretende, dado que al no invocar en su instancia, ningún precepto legal o reglamentario que permita deducir el conocimiento que éste tiene de las condiciones exigidas por el artículo 205.2, de la Ley de Sociedades Anónimas para solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas –la de porcentaje de capital social y la de presentación de la solicitud a los tres meses siguientes del cierre del ejercicio a auditar– tampoco hay posibilidad entender más que lo manifestado en el *petitum* de su instancia, es decir, solicitar la de auditar de las cuentas del ejercicio 2008.

Siendo el elemento temporal de tres meses un plazo de caducidad cuyo transcurso trae como consecuencia inevitable el decaimiento del derecho, el Registrador Mercantil debe apreciarlo de oficio en el momento de resolver la solicitud, declarando la improcedencia del nombramiento de auditor solicitado, por no reunir la segunda condición exigida por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, solicitante de la auditoría de cuentas de «Servicios de Asistencia Empresarial, S. L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de el 15 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que

esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 17 de junio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 17 de junio de 2011 (2.^a)

En el expediente 125/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Prefabricados y Materiales Tarazona, S. A.».

HECHOS

I

Don y don, presentaron un escrito en el Registro Mercantil de, el 23 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más 5% del capital social de «Prefabricados y Materiales Tarazona, S. A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la Junta general de la sociedad, celebrada el 29 de junio de 2009, con la presencia de Notario y del propio solicitante, acordó el nombramiento de auditor de cuentas a la empresa «ACR Auditecni, S. L.» para el ejercicio 2009. El solicitante ha debido olvidar tanto la adopción de este acuerdo como su oposición al mismo. Adjuntaba a su escrito copia del Acta Notarial de dicha Junta, así como la certificación expedida por la empresa auditora en la que consta la aceptación del encargo.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 9 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la entidad mercantil solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha

auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso que nos ocupa resulta con claridad del expediente que, aunque la designación de auditor fue previa a la petición del socio minoritario, también resulta evidente que no se ha garantizado el nombramiento de auditor de cuentas por ninguno de los medios anteriormente indicados. No desvirtúa el anterior fundamento la alegación de la sociedad que entiende que el nombramiento, aún sin inscripción, está garantizado, puesto que no es así; ni tampoco la relativa a que el informe de auditoría está en proceso de elaboración.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo que los solicitantes no denotan muy buena fe cuando votaron en contra del acuerdo adoptado por la sociedad de nombrar auditor voluntario y meses después lo solicitaron al Registrador Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión del Registrador Mercantil de, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil

de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad ha acreditado la primera condición exigida por este Centro Directivo pues, efectivamente, la Junta general acordó en su reunión de 29 de junio de 2009, el nombramiento de un auditor de cuentas, y así consta en el Acta autorizada por el Notario. Sin embargo no ha llegado a garantizar el derecho del socio al informe de auditoría por ninguno de los medios indicados, siendo de advertir que, desde que las cuentas anuales fueron aprobadas hasta el momento de resolver el presente recurso de alzada, ha transcurrido un tiempo más que suficiente para que la sociedad incorporara al expediente el informe del auditor voluntario que designó.

2.º Cuestiona la sociedad en su escrito de recurso las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría de cuentas. Pues bien, sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de «Prefabricados y Materiales Tarazona, S. A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 9 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley

de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 17 de junio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 17 de junio de 2011 (3.^a)

En el expediente 126/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bolsos P T, S. A., en liquidación».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 2 de marzo de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular de más del 5% del capital social de «Bolsos P T, S. A.», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su liquidador judicial don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad se encuentra disuelta y en fase de liquidación judicial en virtud de sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de, de 18 de marzo de 2005. 2.º) Que la solicitud no expresa la causa, infringiendo lo dispuesto en el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil. 3.º) Que la accionista calla que se encuentra demandada por la sociedad y condenada por el Juzgado de Primera Instancia de núm. 38 en la sentencia de 23 de diciembre de 2009 a reintegrar a la sociedad la cantidad de 464.305 euros. 4.º) Que la disolución de la sociedad se produjo como consecuencia de quedar la cifra de capital social reducida a la mitad. 5.º) Que el liquidador judicial es, asimismo, economista y auditor de cuentas, por lo que carece de sentido el nombramiento registral de otro auditor. 6.º) Que, no obstante lo anterior, fue por la insistencia de la solicitante en la necesidad de una auditoría de cuentas, por lo que él mismo procedió a nombrar auditor de cuentas de los ejercicios 2007 a 2009 a la empresa «Advance Audit», inscrita en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas.

III

El Registrador Mercantil núm. X de, con fecha 26 de marzo de 2010, resolvió no acceder a la oposición formulada por la sociedad. Entiende, de conformidad con la doctrina sentada al respecto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que el hecho

de que la sociedad se halle en periodo de liquidación no es obstáculo para que cualquier socio con, al menos un 5% del capital, pueda solicitar, como en el presente caso, el nombramiento de auditor, manteniendo la compatibilidad del derecho de auditoría con el hecho de que una sociedad se encuentre en liquidación, ya que su personalidad jurídica subsiste, sin perjuicio de la naturaleza esencialmente revocable del proceso hasta que tenga lugar el reparto del patrimonio neto resultante entre los socios, lo que no resulta acreditado que haya acontecido en el caso que nos ocupa. La condición de auditor de cuentas del liquidador judicial tampoco puede enervar el derecho de la solicitante, puesto que dicho liquidador que formula las cuentas no puede realizar la auditoría. La causa de la solicitud formulada por los socios minoritarios de entidades mercantiles, fundada en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, es siempre y típicamente: la inexistencia de una auditoría previa. Las motivaciones que han llevado a la solicitante a presentar su instancia no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido. Si la sociedad se considera perjudicada por la supuesta actuación maliciosa siempre podrá reclamar ante Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional civil los perjuicios ocasionados. Por último, en cuanto al nombramiento voluntario de auditor de cuentas, alegado por la sociedad, señaló que no cumplía ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para enervar el derecho de la solicitante, a saber: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. En el caso presente, la sociedad no aporta prueba documental alguna que acredite dicho nombramiento de auditor de cuentas. La falta de medios económicos de la sociedad tampoco puede enervar el derecho de la socia minoritaria.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones aducidas en su escrito de oposición y que en consecuencia se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 1994, 16 de noviembre de 1995 y, como más recientes, las de 9 de diciembre de 2005, 14 de octubre de 2006 y 20 de febrero de 2008.

1.º No pueden prosperar, frente a la resolución del Registrador Mercantil de, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, debe señalarse que, aunque la sociedad se encuentre disuelta por decisión judicial, es posible ejercitar el derecho que el artículo 205.2 de la Ley de

Sociedades Anónimas establece durante la fase liquidatoria, con base en la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en liquidación, cuya personalidad jurídica subsiste –tal y como ocurre en el presente caso– en tanto no se haya procedido al reparto del activo sobrante entre los socios y cancelado en el Registro los asientos referentes a la sociedad extinguida. La sociedad en el caso que nos ocupa, no ha sido cancelada en el Registro y subsiste, aunque sea por vía judicial, la posibilidad de su reactivación.

En este contexto, poco importa que el liquidador judicial sea economista y auditor de cuentas, porque el eje central de la regulación de la auditoría de cuentas en nuestra legislación mercantil es el carácter externo del profesional, al que se le encarga la verificación contable de determinado ejercicio económico. La independencia del auditor respecto de la sociedad queda garantizada, además por la Ley de Auditoría de cuentas y normas reglamentarias que la desarrollan, así como por las normas técnicas de auditoría.

2.º Tampoco puede prosperar la auditoría voluntaria que la sociedad alega y no solo porque para enervar el derecho de la solicitante que reúne las condiciones de capital y tiempo exigidas en la ley, no basta la mera alegación, sino porque, además, es preciso probar que el auditor de cuentas fue contratado con anterioridad a la presentación de la instancia del socio minoritario en el Registro Mercantil, así como garantizar el derecho de éste al informe de auditoría de las cuentas correspondientes al último ejercicio económico vencido. En otras palabras, como indicó el Registrador Mercantil de, para enervar el derecho de la solicitante, la sociedad, incluso en fase liquidatoria, ha de acreditar dos condiciones concurrentes, a saber: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. Siendo así que, en el presente expediente, la sociedad no ha aportado prueba documental alguna, en la que apoyar sus alegaciones.

3.º Por último, deben rechazarse las restantes alegaciones aducidas tanto en el escrito de oposición como en el de recurso: 1.º) Los motivos que la sociedad atribuye a la peticionaria no pueden examinarse en este procedimiento, dado lo limitado del conocimiento que tiene atribuido, ya que, si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados. 2.º) La causa de las solicitudes fundadas en el artículo 205.2 de la Ley de

Sociedades Anónimas es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Por eso su inexpressión o indicación equivocada es irrelevante a efectos de admitir o inadmitir la solicitud. 3.º) El costo económico de la auditoría –por disposición expresa de la Ley y sin margen interpretativo alguno– corre siempre a cargo de la sociedad, sin perjuicio de cual sea su situación económica.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, liquidador judicial de «Bolsos P T, S. A., en liquidación», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. X de el 26 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 17 de junio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 17 de junio de 2011 (4.ª)

En el expediente 146/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Polifonía Sonido, S. L., en liquidación».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 26 de febrero de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular de más del 5% del capital social de «Polifonía Sonido, S. L., en liquidación», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su liquidador, don, se opuso a dicha pretensión, alegando que la Junta General de la sociedad acordó, el 13 de abril de 2009, disolver y liquidar la

sociedad. Dicho acuerdo consta inscrito en el Registro Mercantil, siendo, por tanto, innecesario, antieconómico e injustificado proceder a la designación de un auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 27 de abril de 2010, resolvió no acceder a la oposición formulada por la sociedad. Entiende, de conformidad con la doctrina sentada al respecto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que el hecho de que la sociedad se halle en periodo de liquidación no es obstáculo para que cualquier socio, con al menos un 5% del capital, pueda solicitar, como en el presente caso, el nombramiento de auditor, estableciendo la compatibilidad del derecho de auditoría con el hecho de una sociedad en liquidación, ya que la sociedad no se ha extinguido y su situación es, por tanto, reversible. En consecuencia los ejercicios económicos continúan iniciándose y cerrándose en la misma fecha. Por todo lo cual no se admite la oposición planteada.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición y añadiendo que, en la fase de liquidación la sociedad no está obligada a la formulación de cuentas anuales, siendo así el artículo 205 de la Ley de Sociedades Anónimas que carece de razón de ser, pues el auditor, aunque emitiera informe, lo haría con opinión denegada. De todo lo expuesto, resulta evidente que la intención de la solicitante es causar un perjuicio económico a la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 1994, 16 de noviembre de 1995 y, como más recientes, las de 9 de diciembre de 2005, 14 de octubre de 2006, 20 de febrero de 2008 y 30 de junio de 2010.

1.º Debe rechazarse en el presente expediente la alegación que la sociedad formula en sus escritos de oposición y de recurso, dado que, aunque se encuentre en situación de liquidación, es doctrina de este Centro Directivo –que nuevamente se reitera– que los socios que reúnan las condiciones de capital y tiempo previstas en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, pueden ejercitar el derecho a la verificación, con base en la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en liquidación, cuya personalidad jurídica subsiste –tal y como ocurre en el presente caso– en tanto no se haya procedido al reparto del activo sobrante entre los socios y cancelado en el Registro Mercantil los asientos referentes a la sociedad extinguida. La socie-

dad en el caso que nos ocupa, no ha sido cancelada en el Registro y subsiste la posibilidad de su reactivación.

No es cierto, en contra de lo que la sociedad alega –porque la Ley nada dice al respecto– que sea imperativo legal no confeccionar las cuentas anuales, porque estas cuentas son plenamente compatibles con el informe general sobre el estado anual de cuentas de la liquidación y, en todo caso, el auditor de cuentas puede revisar la forma de llevar la contabilidad social también en esta fase de liquidación. Y, además de lo anterior, porque no puede aceptarse una limitación al derecho de auditoría reconocido a los socios no establecida legalmente.

2.º Respecto a las intenciones que la sociedad atribuye a la solicitante de la auditoría, este Centro Directivo ha mantenido que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

3.º Tampoco puede enervar la petición de la socia minoritaria, las consideraciones que la sociedad realiza en torno a los costes de la auditoría que entiende son innecesarios e injustificados, puesto que el legislador ha dispuesto con carácter taxativo y sin que quepa margen interpretativo alguno, que los costes que la auditoría comporta corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, liquidador de «Polifonía Sonido S. L., en liquidación», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de el 27 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 17 de junio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 20 de junio de 2011 (1.ª)

En el expediente 152/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Playmon, S. L.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito al Registro Mercantil de el 15 de marzo de 2010 solicitando, como titular de más del 5% del capital social de «Playmon, S. L.» y al amparo de lo dispuesto en los artículos 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas sociales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La Registradora Mercantil de, con fecha 6 de abril de 2010, estimó la solicitud de nombramiento de auditor por reunir los requisitos legalmente exigidos para solicitar la auditoría de cuentas.

III

Contra dicha resolución don y don, como representantes de la sociedad «Playmon, S. L.» interpusieron, en tiempo y forma, recurso de alzada ante esta Dirección General alegando incongruencia de la resolución dictada por el Registrador Mercantil de con lo solicitado por la peticionaria, dado que ésta instó la auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2009 y el Registrador Mercantil estimó la auditoría de cuentas del ejercicio 2008, en clara contradicción con lo solicitado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

No puede prosperar en el presente expediente la pretensión del recurrente de dejar sin efecto la resolución dictada por el Registrador Mercantil de, so pretexto de un supuesto error en la indicación del ejercicio social a auditar. En efecto, ni se solicitó por la socia minoritaria, ni se resolvió por el Registrador Mercantil un ejercicio distinto al último vencido, en el momento de presentación de la instancia en ese Registro Mercantil el 15 de marzo de 2010. Así

resulta de la invocación que se hace en el acuerdo recurrido al artículo 205.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y al 350 del Registro Mercantil, en los que fundamenta su decisión de declarar procedente el nombramiento de auditor solicitado.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don y don, en representación de la entidad mercantil «Playmon, S. L.» contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 6 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 20 de junio de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 20 de junio de 2011 (2.ª)

En el expediente 153/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Grupo Hilmont Technology, S. L.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 12 de marzo de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular de más del 5% del capital social de «Grupo Hilmont Technology, S. L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales de los ejercicios 2008 y 2009.

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º Que falta la acreditación de la identidad de la firmante, puesto que la firma de la solicitud no está legitimada notarialmente, por lo que, ante la gran trascendencia económica que tendría para la sociedad en caso de prosperar su pretensión, es exigible el

máximo rigor. 2.º Que la solicitud es improcedente porque solicita la auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2008 y, consecuentemente, debe ser denegada por extemporánea.

III

El Registrador Mercantil núm. XV de, con fecha 30 de marzo de 2010, tras acreditar la legitimación de la solicitante por los datos que constan en el Registro Mercantil, acordó estimar parcialmente la solicitud presentada por la socia minoritaria, dado que el Reglamento del Registro Mercantil no ha pretendido ser especialmente rigurosos en cuanto a exigencias formales, y, por tanto, basta que las partes hagan constar su identidad y que la instancia solicitando el nombramiento haya sido firmada por el solicitante, sin necesidad de que acrediten fehacientemente su identidad. En cuanto al requisito temporal, debe concluirse que la instancia se presentó fuera de plazo para solicitar la auditoría de cuentas del 2008, sin embargo se ha de reconocer que fue presentada dentro de los tres meses previstos en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para instar la auditoría correspondiente al ejercicio 2009.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Añadió que, de la copia de D.N.I. de la solicitante se deduce la falta de correspondencia entre la firma que allí consta y la de la instancia solicitando el nombramiento de auditor de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005 y 14 de febrero, 19 de diciembre de 2006 y 19 de mayo de 2007.

Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. XV de que no ha sido desvirtuada por la alegación formulada por la sociedad en el escrito de interposición del recurso, la cual se circunscribe a refutar la resolución recurrida solo en cuanto al fundamento jurídico referido a la autenticidad de la firma que consta en la solicitud que inició el expediente. Pues bien, como ha mantenido este Centro Directivo en numerosas resoluciones, el Reglamento del Registro Mercantil,

al regular este procedimiento, no ha querido ser riguroso en cuanto a las exigencias formales y, por tanto, no ha previsto que las partes hayan de acreditar fehacientemente su identidad mediante la legitimación de firmas ante Notario o mediante comparecencia ante el Registrador Mercantil, siendo suficiente que en el escrito de solicitud conste claramente el nombre y apellidos y que haya sido firmado por la solicitante, como también fue suficiente que el escrito de oposición estuviera firmado por quien se identificó como su administradora única, sin que tuviera que acreditar su identidad o la vigencia de su representación.

Si el recurrente tiene dudas sobre la identidad de la persona firmante de la instancia, habrá de acudir a la correspondiente instancia judicial para que dilucide la autenticidad de ésta.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, administradora única de «Grupo Hilmont Technology, S. L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. XV de el 30 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 20 de junio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 21 de junio de 2011

En el expediente 121/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Heliográficos Suministros y Servicios Cad, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 16 de marzo de 2010, solicitando, al amparo, artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como

titulares de más del 5% del capital social de «Heliográficos Suministros y Servicios Cad, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su representante doña, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que conforme a lo dispuesto en el artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil la solicitud no se encuentra comprendida en ninguno de los supuestos contemplados para presentar sus cuentas anuales verificadas por un experto independiente. 2.º) Que la sociedad cuenta con escasos recursos económicos, por lo que es muy difícil que pueda afrontar los gastos de auditoría. 3.º) Que quién solicita la auditoría para el ejercicio 2009, ha olvidado que las cuentas pueden ser cerradas a 30 de junio de 2010. 4.º) Que el solicitante podrá conocer el estado de cuentas de dicho ejercicio el 9 de junio de 2010, fecha en la que se celebrará la correspondiente Junta general para su aprobación.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 13 de abril de 2010, tras señalar que el solicitante reúne las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas, acordó estimar la solicitud formulada, dado que, en cuanto a la alegación societaria referida a que la sociedad no está obligada a la verificación contable, es este el presupuesto de hecho que recoge el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para reconocer a los socios minoritarios el derecho a solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas. Los escasos recursos económicos que la sociedad alega con el fin de enervar el derecho del solicitante, no pueden ser tenidos en cuenta como causa de oposición, dado que el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone, con carácter taxativo, que los gastos de auditoría corren siempre de cuentas de la sociedad. No es preciso que las cuentas anuales estén formuladas para la procedencia del nombramiento de auditor de cuentas, dado que siempre podrá verificar la llevanza de la contabilidad social durante ese ejercicio. Por último, señaló que el derecho a la verificación contable y el derecho de información son derechos que, aunque relacionados, resultan diferentes por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. En este sentido el informe de auditoría está orientado a servir a los socios de referencia a la hora de aprobar o no las cuentas del ejercicio correspondiente.

IV

Contra dicha resolución don, como representante de doña, representante legal de la sociedad, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición y añadiendo: Que el solicitante, a la hora de adquirir sus participaciones sociales, no ha dado cumplimiento a los requisitos legales contenidos en la Ley de Sociedades Anónimas y Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, es decir, no ha dado cumplimiento a los derechos de tanteo y de retracto sobre las participaciones sociales, en la forma que establecen las citadas leyes. En base a lo anterior la Dirección General de los Registros y del Notariado debe requerir a la solicitante para que aporte todos los documentos dirigidos a la empresa que contengan las fechas concretas de notificación de cada uno de ellos; y certificado de los documentos relativos al

tanteo y retracto y, principalmente, los que contengan la negativa de los socios y de la sociedad a la compra de las participaciones que la intención última de los socios no es tener la opinión de un experto independiente sino la de crear un perjuicio económico a la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005 y 14 de febrero de 2006.

1.º Con carácter previo, como cuestión de carácter formal, se ha de señalar la falta de representación en este procedimiento de don para actuar en nombre y por cuenta de doña, administradora y representante de la entidad mercantil afectada por la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas, puesto que no aportó al escrito de interposición del recurso de alzada el poder general conferido ni por la entidad mercantil afectada por la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas, ni por su administradora única quién, como un acto más de buena administración, pudo contratar los servicios especializados de un letrado en ejercicio para la defensa de los intereses sociales. Dicho poder que debió aportarse al expediente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, supletoria en este procedimiento de nombramiento de auditor de cuentas, en todo lo no previsto en su regulación específica, contenida en el Reglamento del Registro Mercantil.

2.º Respecto a las cuestiones de fondo planteadas, la primera de ellas es la relativa a la forma de acreditar el solicitante de la auditoría su legitimación y, como contrapartida, la forma de enervación por parte de la sociedad.

Esta cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo entendiendo suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende.

En el caso que nos ocupa, el solicitante ha aportado un principio de prueba por escrito: la escritura de compraventa de participaciones sociales, autorizada por el Notario de, don, a la que se incorpora, como documentos privados, la notificación por correo certificado a la administración de la sociedad, por parte de la vendedora, doña, a efectos de permitir a los demás socios el ejercicio del derecho de adquisición preferente; la administración social acusó recibo de dicha notificación el 8 de octubre del mismo año, manifestando la intención de los socios de adquirirlas una vez recuperado el ciclo de mercado; nueva notificación por correo certificado a la sociedad por parte de la vendedora de 28 de octubre; y certificado del Libro Registro de socios, expedido por la administradora, doña

La representación recurrente, pretende desvirtuar dicha legitimación alegando la supuesta infracción del derecho de adquisición preferente que configuran a favor de los demás socios o de la propia sociedad las leyes de Sociedades Anónimas y de Sociedades de Responsabilidad Limitada (hoy Ley de Sociedades de Capital).

Pues bien, dichas alegaciones no pueden prosperar en este procedimiento de nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil, limitado a declarar la procedencia o no del nombramiento solicitado. Las cuestiones que pudiera suscitar el estricto cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 29 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada [actual art. 107.2.f) de la Ley de Sociedades de Capital] respecto a las transmisiones *inter vivos* de participaciones sociales y que pudieran afectar a la validez del contrato, deberán de ser planteadas y resueltas por el órgano competente de la jurisdicción civil ordinaria.

Sin perjuicio de lo anterior, como ya se indicó, la escritura pública de compraventa incorpora la notificación a la sociedad del propósito de la vendedora y anterior socia de transmitir sus participaciones sociales y de las condiciones de la misma, siendo así que el artículo 29.2.f) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada [hoy art. 107.2.f) de la Ley de Sociedades de Capital], autoriza al socio a transmitir las participaciones en las condiciones comunicadas a la sociedad si, transcurridos tres meses desde que hubiera puesto en su conocimiento el propósito de transmitir, la sociedad no hubiera comunicado la identidad del adquirente o adquirentes. En el caso presente, consta en el expediente que la comunicación a la sociedad se realizó el 1 de octubre de 2009 y la escritura de compraventa se autorizó por el Notario de, don, el 8 de enero de 2010.

3.º Tampoco pueden enervar el derecho del solicitante la alegación relativa a la inexpressión de la causa en el escrito de solicitud, puesto que como también ha mantenido esta Dirección general, en este tipo de peticiones fundadas en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas que establece un cauce legal para que los socios minoritarios de la sociedades mercantiles no obligadas por Ley a la verificación contable puedan solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento registral de auditor, es indiferente la inexpressión

de la causa de la petición o su expresión inadecuada, dado que ésta es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa.

4.º Por último, deben rechazarse las consideraciones que la sociedad realiza en torno a los costes de la auditoría, que entiende son innecesarios, puesto que el legislador ha dispuesto con carácter taxativo y sin que quepa margen interpretativo alguno, que los costes que la auditoría comporta corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar, en los términos que resultan de esta resolución, el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre de doña, administradora de «Heliográficos Suministros y Servicios Cad, S. L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de de 13 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 21 de junio de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 22 de junio de 2011 (1.ª)

En el expediente 140/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Nanocare, S. L.».

HECHOS

I

Don, administrador único de «Transtechics, S. L.» y don, administrador único de «Pharma Dreams, S. L.» presentaron sendos escritos en el Registro Mercantil de el 25 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 84 y 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares cada uno de ellos de más del 5% del capital social de «Nanocare, S. L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2009.

II

La sociedad, a través de don, en nombre y representación de «Pili Siglo XXI», Presidente del Consejo de Administración, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º Que, siendo los solicitantes titulares cada uno de ellos del 33,33% de capital social, pudieron contratar los servicios de un auditor de cuentas si lo consideraban conveniente pues, como consta en ese Registro, son miembros del Consejo de Administración sumando sus respectivas cuotas un total del 66%. 2.º Que la administración no ha formulado las cuentas correspondientes a 2008, por circunstancias ajenas a la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de, el 9 de abril de 2010, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que el presupuesto del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, es la dificultad que tienen los socios bien por su posición minoritaria, bien por la negativa de los órganos sociales a contratar una auditoría. En este caso, las empresas solicitantes ostentan los cargos de Secretario y Vicepresidente del Consejo de Administración, constituido por tres miembros, cuyos acuerdos se adoptarán por mayoría de Consejeros concurrentes a las sesiones, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley para casos especiales. Como se ha manifestado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, la concurrencia en el Consejo de Administración de miembros con mayoría absoluta, impide ejercitar el derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, dado que habrían podido contratar los servicios de un auditor de cuentas, sin necesidad de solicitarlo en el Registro Mercantil.

IV

Contra dicha resolución don, administrador único de «Transtechics, S. L.», solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis, que el Consejo de Administración carece de función real, dado que quien está administrando la sociedad es la empresa «Pili Siglo XXI, S. L.» que figura como presidente de un Consejo de Administración que no está siendo operativo. Finalizaba su escrito reiterando su petición de auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo, 8 de junio y 24 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 6 de junio, 7 de octubre, 13 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006 y, como más reciente la de 24 de marzo de 2009.

Se cuestiona en el presente expediente la legitimación del recurrente por ser miembro del Consejo de Administración de la sociedad, concurriendo la circunstancia de que otro socio minoritario, también miembro del Consejo, solicitó la auditoría de las cuentas correspondientes a ese mismo ejercicio 2009.

Sobre la posibilidad de solicitar la auditoría de cuentas por quien ostenta el cargo de administrador, esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador de la sociedad no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le atribuye por su condición de socio. Esta incompatibilidad solo se daría si hubiera administrado con carácter exclusivo los asuntos sociales o si fuera administrador solidario, pues en este caso habría podido contratar por sí mismo los servicios profesionales de un auditor de cuentas como un acto propio de la gestión social. Salvo estos dos supuestos, que son excepciones a la regla general, debe reconocerse el derecho de los socios a solicitar el nombramiento registral de auditor, puesto que el precitado artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (art. 265 de la Ley de Sociedades de Capital) solo condiciona su ejercicio a reunir, en el momento de la presentación de la solicitud, las circunstancias de capital y tiempo que indica.

En el caso presente, dos socios de la compañía solicitaron, individual y separadamente, el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil, acreditando, cada uno de ellos, reunir las condiciones legalmente exigidas. La circunstancia de que ambos formen parte del Consejo de Administración, no debe impedir que ejerciten su derecho, dado que, según resulta de la escritura de constitución de la sociedad, ninguno de sus miembros está facultado para actuar por sí solo, al regir el sistema de administración colegial. Y, a mayor abundamiento, siendo esta doctrina una excepción a la indicada regla general de reconocimiento del derecho a la verificación contable, nunca puede ser objeto de una interpretación extensiva.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de «Transtechics, S. L.» solicitante de la auditoría y anular, en los términos que resultan de esta resolución, la dictada por el Registrador Mercantil de de 9 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 22 de junio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 22 de junio de 2011 (2.^a)

En el expediente 155/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una sociedad de «Fincas y Representaciones, S. A.»

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 30 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Fincas y Representaciones, S. A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2009.

II

Don, en nombre y representación de la entidad mercantil «Fundación Amparo del Moral» administradora única de la sociedad afectada por la solicitud, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que en el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de se está tramitando el procedimiento 1160/2007, en el que se discute la condición de accionista del solicitante de la auditoría de cuentas, en el cual todavía no ha recaído sentencia. 2.º) Que en dicho procedimiento el solicitante fundó su condición de socio en el Acta notarial de la Junta General de accionistas de Finresa, celebrada el 25 de julio de 2006. Posteriormente, una vez que la sociedad discute su condición de accionista en el mencionado procedimiento, varió frontalmente su tesis, pretendiendo ser titular de dichas acciones por haberlas recibido como donación realizada a su favor por doña 3.º) Que, sea cual sea la verdad, conforme a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas, una vez impresos los títulos, el régimen de transmisiones se sujetará a lo dispuesto en el artículo 542 del Código de Comercio. 4.º) Que tanto el Registrador Mercantil de como la Dirección General de los Registros y del Notariado tuvieron ocasión de pronunciarse en el año 2008, respecto a la auditoría de cuentas del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2007.

III

El Registrador Mercantil núm. XV de, con fechas 21 de abril de 2010, acordó dejar en suspenso la tramitación del expediente hasta que se acredite de forma fehaciente la sentencia firme dictada en el proceso judicial correspondiente, procediendo al nombramiento de auditor si es rechazada la demanda interpuesta por la sociedad o siendo denegado si prospera dicha demanda, todo ello a instancia del interesado. Entiende que si bien el solicitante ha aportado un principio de prueba por escrito acreditativo de su legitimación, también resulta que con anterioridad a la entrada de la solicitud en el Registro existía litispendencia sobre la titularidad del capital social que el solicitante invoca en apoyo de su solicitud y, en tales circunstancias, es constante la posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado declarando que procede suspender la tramitación del expediente

hasta que la referida legitimación haya sido definitivamente aclarada mediante sentencia firme en el pleito civil correspondiente.

IV

Contra dicha resolución el socio minoritario solicitante del nombramiento interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis: 1.º) Que la decisión registral vulnera los derechos que como accionista ha ejercido durante más de 10 años, formando la voluntad de la mercantil que solo ahora se opone al nombramiento. No tiene suspendidos sus derechos como accionista ni sufre restricción alguna sobre las acciones de las que es propietario, derechos que tiene acreditados en el Registro con las inscripciones practicadas desde el año 1997, así como con el depósito de cuentas practicado anualmente conforme a la Ley. 2.º) Que con fecha de 19 de abril de 2010 el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de, dictó sentencia que puso fin al proceso y desestimó la pretensión de la entidad mercantil «Fincas y Representaciones, S. A.».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de febrero de 1994, 3 de octubre de 2006, 25 de agosto de 2009.

Reproduce este expediente en términos casi idénticos, el ya resuelto por este Centro Directivo mediante la Resolución de 25 de agosto de 2009. Y, nuevamente, procede confirmar la resolución dictada por el Registrador Mercantil de que, siendo ajustada a derecho, no llega a ser desvirtuada por la alegación esencial formulada por el recurrente, es decir, la sentencia de 19 de abril de 2010 recaída en el procedimiento ordinario 1160/2007 que motivó la suspensión procedimiento de nombramiento de auditor de cuentas para la verificación de las correspondientes al ejercicio 2009.

En efecto, siendo doctrina de este Centro Directivo la procedencia del acuerdo de suspensión del nombramiento solicitado por la minoría, en tanto no recaiga sentencia firme que aclare y resuelva las cuestiones suscitadas en vía judicial civil en torno a su condición de socio o a la participación que ostenta en el capital social de la entidad y que le legitiman para el ejercicio del derecho, solo acreditando en el expediente la firmeza de la sentencia que aclare la cuestión en sentido favorable al solicitante de la auditoría, puede dar lugar a que se reconozca su derecho para obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas.

En el caso presente, es cierto que el solicitante y recurrente ha aportado al expediente la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de de 19 de abril de 2010, declarando su condición de socio. Lo que todavía no

ha acreditado es la firmeza de dicha sentencia, dado que es susceptible de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid y, como bien indica en su escrito de interposición del recurso, la entidad mercantil afectada por su solicitud ha preparado la apelación. En consecuencia, en tanto que este dato no quede acreditado, resulta imposible atender su petición de auditoría por subsistir las mismas dudas en torno a su condición de socio y a su participación en el capital social con el porcentaje mínimo exigido por el artículo 205.2 para el ejercicio del derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don solicitante de la auditoría, contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. XV de el 20 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 22 de junio de 2011.-La Directora General de los Registros y del Notariado, María Angeles Alcalá Díaz.-Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 27 de junio de 2011 (1.ª)

En los expedientes 159/2010 y 160/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Alquileres de Maquiara Torrelavega, S. L.» y «Alquileres de Guriezo, S. L.».

HECHOS

I

Don, envió por correo ordinario el 31 de marzo de 2010 un escrito dirigido al Registro Mercantil de solicitando, como titular de más del 5% del capital social de «Alquileres de Maquiara Torrelavega, S. L.» y «Alquileres de Guriezo, S. L.» y al amparo de lo dispuesto en los artículos 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas sociales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La Registradora Mercantil de, con fecha 6 de abril de 2010, desestimó la solicitud de nombramiento registral de auditor por extemporánea, al entender que ya habían trans-

currido los tres meses establecidos en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para solicitar al Registrador Mercantil del domicilio social el nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio vencido, dado que consultados los Estatutos de la sociedad, el ejercicio económico finaliza el 31 de diciembre de cada anualidad, siendo así que los documentos recibidos fueron depositados en el Servicio de Correos para su envío el 9 de abril de 2010, única fecha cierta de los referidos envíos conforme a los matasellos (dos) que constan en los dos sobres remitidos a esta oficina, de modo que es obvio que ambos sobres fueron depositados en Correos para su envío en dicha fecha –9 de abril de 2010–, una vez transcurrido el tiempo límite para presentar las referidas solicitudes –es decir, 31 de marzo de 2010–, por lo que no se cumple el requisito relativo al tiempo que establecen los textos legales en cuanto a las referidas solicitudes de auditor.

III

Contra dicha resolución, don, solicitante del nombramiento registral de auditor, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que con fecha 31 de marzo de 2010 presentó en la Oficina de Correos y Telégrafos número 4800010 de Bilbao y remitió las solicitudes de auditoría al Registro Mercantil de a través de cartas certificadas en la misma fecha con CD núm. 00660408451 y CD núm. 00660408452, respectivamente. Se adjuntan como documentos justificativos los resguardos de la admisión de dichos certificados, en los que también se puede apreciar la fecha y hora de presentación. 2.º) Que el 7 de abril de 2010 fueron recepcionadas en el Registro Mercantil de junto con una serie de cartas certificadas, remitidas en su nombre por un despacho de abogados de Bilbao, en las que se solicitaba también el nombramiento de auditor de cuentas para otras cinco sociedades, con domicilio social en Vizcaya. Es decir, las solicitudes iban correctamente dirigidas, pero por un error se debieron incluir en los mismos sobres de las que iban dirigidas al Registro Mercantil de, también presentadas el mismo día 31 de marzo de 2010. 3.º) Que una vez advertido el error, se contactó con el Registro Mercantil de con el fin de que esas dos instancias las remitiera al Registro Mercantil de 4.º) Que, en contra de lo que entiende la Registradora Mercantil de, las dos cartas certificadas con todas las instancias fueron presentadas en la Oficina de Correos el 31 de marzo de 2010 y para acreditarlo, se adjunta un certificado expedido por el Servicio de Correos y Telégrafos el 10 de mayo de 2010

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 38 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo de 1993, 19 de julio de 1994 y, como más recientes, las de 4 de octubre y 30 de noviembre de 2005.

1.º La primera cuestión que plantea el presente recurso se centra en determinar si el solicitante de la auditoría de cuentas cumple el requisito de tiempo,

establecido en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil. Debe indicarse al respecto que este procedimiento registral de nombramiento de auditor se encuentra regulado en el Título III «Otras funciones del Registrador», artículos 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, en todo lo no previsto en él, es de aplicación supletoria la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 38.4 regula la presentación indirecta de escritos y documentos de los interesados en los oficinas de correos y registros públicos que cita, los cuales deberán ser cursados sin dilación a sus destinatarios y a las unidades administrativas correspondientes desde el registro en que hubieran sido recibidos.

En el caso presente, se han producido irregularidades en el envío y en la remisión de las instancias al Registro Mercantil competente, pero no en la presentación de ésta en la Oficina de Correos de, pues consta en el expediente que éstas, junto con otras dirigidas a diferentes Registros Mercantiles fueron presentadas en la Oficina de Correos el 31 de marzo de 2010 e indebidamente remitidas todas ellas al Registro Mercantil de que la recepción, el 7 de abril del mismo año. Así resulta de los dos certificados emitidos por la Oficina de Correos núm. 4800010 de Bilbao, de 10 de mayo de 2010, que confirman la recepción de dichas solicitudes, su presentación el 31 de marzo de 2010 y la realización por parte de dicho Registro de las gestiones oportunas para hacerlas llegar al Registro Mercantil competente.

2.º En coherencia con el anterior fundamento jurídico y dado que la Registradora Mercantil de, a la vista de lo que entendió una presentación extemporánea, no trasladó las solicitudes de auditoría a las sociedades afectadas para que pudieran alegar lo que estimaran conveniente en defensa de sus derechos sobre las posibles causas de enervación del derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor, procede retrotraer el procedimiento para que la Registradora Mercantil continúe su tramitación conforme a lo previsto en el artículo 353 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto retrotraer el expediente al momento previo al traslado de las solicitudes a las sociedades afectadas para continuar su tramitación y declarar la nulidad de la resolución dictada por la Registradora Mercantil de de 19 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 27 de junio de 2011.– La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 27 de junio de 2011 (2.^a)

En el expediente 166/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Promociones Fedó, S. A.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 30 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de un número de participaciones sociales representativas de más del 5% del capital social de «Promociones Fedó, S. A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la Junta General de la sociedad aprobó debidamente y con una mayoría del 81,56% las cuentas del ejercicio 2009, cuya auditoría se solicita.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 26 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que, aun siendo cierto que una de las finalidades del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es la de proporcionar al socio una información completa antes de la Junta General para que pueda pronunciarse sobre si aprobar o no las cuentas anuales, el informe de auditoría puede cumplir otras funciones y, desde luego, no esta recogida ni en la Ley ni en el reglamento del Registro Mercantil.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando la alegación aducida en su escrito de oposición y manteniendo que la solicitante de la auditoría ni siquiera ejerció el derecho de información en la fase previa a la celebración de la Junta general que aprobó las cuentas correspondientes al ejercicio 2009, ni solicitó en la misma la inclusión de esta cuestión como punto del orden del día.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Regla-

mento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 6 de mayo y 21 de octubre de 2003, 4 de octubre, 30 de noviembre de 2005 y 15 de junio de 2007.

1.º No pueden prosperar, frente al fundamento de la resolución recurrida, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, se ha de recordar que el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas –aplicable a este procedimiento por haberse iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio– y el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que reconocen y regulan el derecho de los socios que reúnan el requisito de capital social establecido y que presenten su solicitud a los tres meses siguientes del cierre del ejercicio económico cuya auditoría se pretende, no exigen el cumplimiento de ningún otro requisito o condición adicional y, aclara en su exposición de que su finalidad es la de permitir al socio minoritario un conocimiento veraz no solo de las cuentas anuales, sino también de la situación patrimonial y financiera de la empresa, así como si la llevanza de la contabilidad por los administradores sociales es o no ajustada a derecho. Obviamente, de entre las muchas finalidades que puede cumplir se encuentra la de proporcionar al socio información de las cuentas auditadas por un experto independiente antes de su aprobación por la Junta General, para que, con mayor conocimiento de causa, puedan adoptar la decisión que consideren conveniente. Sin embargo, aún siendo importante, ésta no es la única función que puede cumplir el informe de auditoría, sino que, también, puede servir para exigir, a la vista del mismo, responsabilidades a los administradores sociales por su gestión o, incluso, la de permitir al socio adoptar las decisiones que considere oportunas sobre su permanencia en la sociedad. En otras palabras, es un complemento del derecho de información del socio, al permitirle conocer la opinión de un auditor de cuentas, ajeno a la empresa, sobre la verdadera situación patrimonial de la empresa.

2.º El hecho de que –según el recurrente– la solicitante no haya hecho uso del derecho de información, solicitando a los administradores las cuentas formuladas, no puede ser óbice para el ejercicio del derecho a solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas pues, como se ha indicado en el fundamento anterior, sobre la base de la doctrina mantenida por este Centro Directivo, el derecho al examen de cuentas, o derecho de información, es un derecho que, aunque complementario del derecho de auditoría, resulta distinto por su finalidad y requisitos e independiente en su ejercicio, ya que éste último pretende un informe de las cuentas anuales realizado por un profesional independiente (*cfr.* arts. 112 y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de «Promociones

Fedo, S. A.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de el 26 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 27 de junio de 2011.— La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 28 de junio de 2011 (1.ª)

En el expediente 165/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una accionista de «Teleteca, S. L.».

HECHOS

I

Don, en nombre y representación de doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 30 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 13% del capital social de «Teleteca, S. L.», el nombramiento de un auditor con el fin de conocer si las cuentas anuales del ejercicio 2009 ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

II

La sociedad, a través de su administradora doña, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la sociedad no está obligada a la verificación de sus cuentas anuales por auditor. 2.º) Que la solicitante ha presentado su instancia con evidente ánimo de perjudicar a la sociedad, dado que es administradora mancomunada desde el año 1995, por lo que debe saber la verdadera situación de la empresa. 3.º) Que nunca comentó a la otra administradora la conveniencia de contratar los servicios de un auditor de cuentas. 4.º) Que la situación financiera de la sociedad no le permite afrontar los gastos que la auditoría comportan.

III

La Registradora Mercantil núm. VI de, con fecha 28 de abril de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad. Tras señalar que la solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos para solicitar la auditoría, rechazó las alegaciones vertidas por la sociedad manteniendo: 1.º) Que el hecho de que la solicitante haya ejercido el cargo de administradora mancomunada, no puede impedir que ejercite los derechos que como socia le corresponden, esto solo ocurriría si hubiera ejercido en exclusiva la administración de la empresa o si hubiera ostentado el cargo de administradora solidaria, pues en este caso habría podido contratar por sí misma los servicios de un auditor de cuentas.. 2.º) Respecto a la conducta antisocial y abusiva de la solicitante, no puede considerarse como causa de apreciación, ya que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado que resulta imposible examinar en este trámite, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido, las motivaciones que llevan a los socios a solicitar la auditoría, ya que si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados. 3.º) Tampoco puede enervar su derecho el posible perjuicio económico que la auditoría ocasione a la sociedad, dado que el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone de manera taxativa que los gastos de auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad.

IV

Contra dicha resolución don y doña, en representación de «Teleteca, S. L.», interpusieron en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando sus argumentos vertidos en el escrito de oposición y añadiendo que la solicitante no hizo constar en su instancia la causa de su solicitud de auditoría.

V

Con fecha 17 de diciembre de 2010, doña, solicitante de la auditoría de cuentas presentó en el Registro Mercantil de un escrito solicitando se deje sin efecto alguno su solicitud de nombramiento de auditor que, remitido por el Registrador Mercantil núm. III de el 20 de diciembre de 2010, tuvo entrada en el Registro Auxiliar J.B.3 de este Departamento el 22 de diciembre de dicho año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado por doña, solicitante de la auditoría de cuentas y declarar concluso el procedimiento sobre nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2009 de «Teleteca, S. L.».

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 28 de junio de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 28 de junio de 2011 (2.ª)

En el expediente 167/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inicia Green, S. L.».

HECHOS

I

Don, en nombre y representación de la entidad mercantil «Caelvi, S. L.» y don, en nombre y representación de la entidad mercantil «Sumyconst, S. L.» presentaron un escrito en el Registro Mercantil de el 4 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 84 y 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Inicia Green, S. L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2009. Adjuntaba a su escrito copias de las escrituras de fusión por absorción, cese y nombramiento de administradores, revocación de delegación de facultades de los consejeros delegados, aumento de capital con prima de emisión y modificación parcial de estatutos, otorgada en Madrid, ante el Notario don, bajo el número 1252 de su Protocolo notarial; y escritura de reelección de administrador y cambio de domicilio, otorgada en Sevilla ante el Notario don, bajo el número 2928 de su protocolo.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando que la sociedad ha procedido de forma voluntaria a contratar los servicios de

un auditor de cuentas. El encargo recayó en don, como auditor titular y en don, como auditor suplente. Con el fin de garantizar el nombramiento, la firma del administrador social fue legitimada el 31 de marzo de 2010, completada por otra de 30 de abril del mismo año. Dicho nombramiento fue aceptado por los auditores el 12 de enero de 2010, con firma debidamente legitimada el día 5 de abril del mismo año.

III

La Registradora Mercantil de, el 4 de mayo de 2010, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que si bien el solicitante cumple los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, la sociedad ha enervado su derecho mediante la contratación previa de un auditor voluntario, el cual cumple las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado que son: a) Que el nombramiento de auditor de cuentas sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. En el caso presente, se cumplen ambos presupuestos, habiendo procedido la sociedad, con anterioridad a la entrada de la solicitud a nombrar auditor de cuentas para la revisión de las correspondientes al ejercicio 2009.

IV

Contra dicha resolución don, en nombre y representación de la entidad mercantil «Sumyconst, S. L.» interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que el administrador social no tiene facultades para proceder a la contratación de un auditor de cuentas, dado que dicha facultad está reservada a la Junta General de la sociedad. 2.º) Que se ha conculcado el principio de prioridad registral contenido en el artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil, dado que la solicitud fue presentada en el Registro Mercantil el 24 de marzo, mientras que el escrito de oposición y la documentación adjunta con el nombramiento voluntario de auditor de cuentas con firma legitimada el 30 de marzo de 2010 tuvo entrada el 8 de abril de ese mismo año. 3.º) Que existe un posible abuso de derecho del administrador único de la entidad mercantil afectada por la solicitud, dado que mediante un artificio ha intentado burlar los derechos reconocidos en la Ley a los socios minoritarios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo, 8 de junio y 24 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 6 de junio, 7 de octubre, 13 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006 y 1 de septiembre de 2010.

1.º El presente recurso plantea diversas cuestiones que serán sucesivamente abordadas en esta resolución. La primera de ellas es la relativa a la competencia del órgano de administración social para contratar, con carácter voluntario, los servicios de un auditor de cuentas. Al respecto, cabe señalar que en las sociedades que pueden presentar en el Registro mercantil sus cuentas en forma abreviada, no rigen los artículos 203 y 204 de la Ley de Sociedades Anónimas, siendo así que los administradores puede contratar los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración, con el fin de conocer mediante el informe de auditoría si la contabilidad social refleja la imagen fiel de la situación financiera y patrimonial de la empresa.

2.º Plantea el recurrente las posibles intenciones maliciosas del administrador único de la sociedad. Al respecto, cabe recordar que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

3.º En cuanto a la cuestión de si la auditoría voluntaria contratada por la sociedad puede enervar el derecho de los minoritarios que han acreditado reunir las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el caso presente, procede acceder a lo solicitado por el recurrente y solicitante de la auditoría, puesto que si bien es cierto que la fecha que consta en la carta de aceptación del encargo de auditoría es anterior a la de presentación de la instancia en el Registro Mercantil, el 24 de marzo de 2010, también lo es que esta fecha solo hace prueba entre las partes contratantes, pero para probar frente a terceros que la contratación, efectivamente, se efectuó con anterioridad a la solicitud, es preciso –como indica el artículo 1.227 del Código Civil– que conste la fecha en la que se ha entregado a un funcionario público competente por razón de su oficio o en la que se ha depositado en un Registro público, siendo así que la carta de aceptación del auditor fue legitimada por Notario el 31 de marzo de 2010 y, por tanto, es posterior a la presentación de la solicitud formulada por la minoría el 24 de marzo de 2010.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de la entidad mercantil «Sumyconst, S. L.», solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil de «Inicia Green, S. L.», y anular, en los términos que resultan de esta resolución, la dictada por la Registradora Mercantil de de 4 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 28 de junio de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 30 de junio de 2011

En el expediente 158/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Inversiones del Poniente Granadino, S. L.».

HECHOS

I

Don, en nombre y representación de don, don y don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 17 de marzo de 2010, solicitando, al amparo, artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Inversiones del Poniente Granadino, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

Adjuntó a su escrito copia de la escritura de poder otorgada a su favor por don y don, autorizada por el Notario de, don, el 7 de enero de 2009, bajo el número 30 de su Protocolo.

II

La sociedad, a través, don, actuando en condición de administrador único de la sociedad, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, falta de legitimación del firmante de la instancia, en cuanto a las facultades conferidas al letrado en el poder general para pleitos, para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 13 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud formulada, sobre la base de que las dos escrituras de poder aportadas al expediente contienen facultades a favor de don para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, al estar facultados para intervenir ante toda clase de órganos de la Administración General, Autonómica y Local en los expedientes que en ellos se promueva o se siga, así como para seguir toda clase de procedimientos de jurisdicción voluntaria regulados en las leyes procesales o sustantivas. Uno de los principios rectores en los procedimientos de nombramiento de auditor a instancias de la minoría es su naturaleza contenciosa, al existir una oposición de intereses entre las partes, aplicándose los principios de audiencia, igualdad de oportunidades. Ello no debe confundirse con el hecho de que el legitimado para instar el nombramiento de auditor de cuentas es el socio o socios que reúna un porcentaje de participación en el capital social equivalente al menos al 5% de éste. Por lo que se refiere al poder general para pleitos para actuar en nombre y representación de don, éste según resulta de la copia de escritura de cesión de participaciones sociales, otorgada en Granada ante el Notario, don el 16 de febrero de 2007, bajo el número 551 de su protocolo, es titular tras la cesión de las participaciones sociales 1 a 11, inclusive, de las cien en que se divide el capital social, por lo que si bien no se admitiría la representación en cuanto a los otros dos firmantes de la instancia, sí se admite en cuanto a don

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición y añadiendo, respecto a lo mantenido por el Registrador Mercantil en la resolución recurrida, sobre la naturaleza de este procedimiento, esencialmente contenciosa, al existir una oposición de intereses entre partes, que, como también manifiesta reiteradamente la Dirección General del Registros y Notariado, este tipo de procedimientos deben de regirse por las reglas del procedimiento administrativo, eludiendo en todo lo posible consideraciones subjetivas que no se desprenden de los documentos contenidos en el expediente. Finalizó solicitando la declaración de improcedencia del nombramiento de auditor por no haberse expresado la causa de dicha solicitud (art. 351.3 del RRM).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005 y 31 de mayo de 2007.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar que la solicitud formulada por don en nombre y representación de tres socios de la compañía para que el Registrador Mercantil de nombre auditor de las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2009 para la entidad mercantil «Inversiones del Poniente Granadino, S. L.» solo puede ser admitida respecto a don, dado que de la escritura pública, autorizada por el Notario de, don, resulta que dicho señor confiere poder general a favor de don para representarle en todo tipo de procesos ante la jueces y tribunales, así como ante cualquier de autoridad u órgano de las Administraciones Públicas. Consecuentemente, debe rechazarse, precisamente por falta de representación, la capacidad don para solicitar el nombramiento registral de auditor en nombre y por cuenta de don, don, por no haberse aportado al expediente escritura pública de apoderamiento otorgado a su favor por dichos señores.

2.º Acreditada en el expediente por el Registrador Mercantil de la legitimación de don para solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, la cuestión de fondo que se ha de dilucidar en esta resolución es la planteada por el recurrente en esta instancia de alzada, relativa a la inexpressión en la solicitud de la causa de la petición. Al respecto, cabe señalar que este Centro Directivo ha mantenido, reiteradamente, con base en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que en las solicitudes fundadas en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas por el que se reconoce al/los socios que repre-

senten al menos el 5% de capital social de la compañía el derecho a solicitar el nombramiento de un auditor de cuentas por el Registrador Mercantil, la causa de la solicitud es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa, dado que estas sociedades no están obligadas por ley a auditar sus cuentas anuales, al poder presentarlas para su depósito en el Registro Mercantil en balance abreviado. Por tanto, su mención es irrelevante en el procedimiento, a diferencia de lo que ocurre en aquellas otras sociedades legalmente obligadas a nombrar auditor de cuentas por determinados periodos, puesto que, en éstos casos, la causa es determinante de la procedencia del nombramiento de auditor solicitado por alguna de las personas relacionadas en el artículo 205.1 de la misma Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por el Real Decreto legislativo 1/2010).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, representante de «Inversiones del Poniente Granadino, S. L.», y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de de 13 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 30 de junio de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 11 de julio de 2011 (1.^a)

En el expediente 128/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Ambulancias Conquenses, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 24 de marzo de 2010, solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 13% del capital social de «Ambulancias Conquenses, S. L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su apoderado, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la firma de la solicitud no está legitimada notarialmente, por lo que, ante los errores que contiene y la gran trascendencia económica que tendría para la sociedad, en caso de prosperar su pretensión, es exigible el máximo rigor.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 8 de abril de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad pues se da la circunstancia de que la instancia no ha sido presentada por el firmante del documento, sino por don, sin que pueda prosperar la alegación de que la firma no está legitimada notarialmente, pues la Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado reiteradamente que el Reglamento del Registro Mercantil no ha querido ser riguroso en exigencias formales y, desde luego, no ha previsto, que las partes hayan de acreditar su identidad mediante la legitimación de firmas.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Entiende que la resolución registral aplica de forma automática el artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil y más si se tiene en cuenta que el presentante y el firmante de la instancia son personas diferentes. Si bien es cierto que no hay motivos para dudar de la certeza de la firma, también es cierto que es exigible el máximo rigor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005 y 14 de febrero y 19 de diciembre de 2006 y 21 de mayo de 2007.

Acreditada en el expediente la legitimación del solicitante para instar el nombramiento registral de auditor de cuentas por la invocación que realiza en su instancia a los datos registrales que constan en la hoja abierta a la sociedad y, además, porque la sociedad no ha negado ni cuestionado en ningún momento la condición de socio de don ni la propiedad que ostenta sobre

un número de participaciones sociales equivalentes al 13% del capital social, procede dilucidar una cuestión íntimamente conectada a la anterior y es la referida a la falta de legitimación de la firma del solicitante.

Como ha mantenido este Centro Directivo en numerosas resoluciones, el Reglamento del Registro Mercantil, al regular este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, ha establecido un procedimiento eminentemente antiformalista y, por tanto, no ha previsto que las partes hayan de acreditar fehacientemente su identidad mediante la legitimación de firmas ante Notario o mediante comparecencia ante el Registrador Mercantil, siendo suficiente que en el escrito de solicitud conste claramente el nombre y apellidos y que haya sido firmado por el solicitante, como también fue suficiente que el escrito de oposición estuviera firmado por quien se identificó como su apoderado, sin que tuviera que acreditar su identidad o la vigencia de su representación.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, apoderado de «Ambulancias Conquenses, S. L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de el 8 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 11 de julio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 11 de julio de 2011 (2.^a)

En el expediente 184/2010 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Promociones Chornet, S. L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 31 de marzo de 2010, solicitando, al amparo del artículo 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como socio de «Promociones Chornet, S. L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de don, en su condición de administrador único, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que las participaciones sociales tienen carácter ganancial y, por tanto, hasta que no sea disuelta la sociedad de gananciales y realizadas las concretas adjudicaciones, la peticionaria carece de legitimación para solicitar la auditoría. 2.º) Que la documentación de la sociedad se encuentra en el domicilio social, siendo así que la solicitante en unión de otra persona ha retenido la documentación de la sociedad, haciendo imposible el acceso a la misma. 3.º) Que estos hechos han sido puestos en conocimiento del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Alzira, dado lugar a las diligencias previas núm. 1736/09.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 23 de abril de 2010, acordó estimar las solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado, al entender que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que, aunque la sociedad de gananciales permanezca indivisa cualquiera de los cónyuges está legitimado para solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, dado que con la solicitud se está ejercitando un acto de administración y gestión de los bienes comunes. No puede prosperar la interposición de una denuncia penal por los hechos indicados en el escrito de oposición, por no existir relación alguna entre las diligencias penales abiertas y este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas. Respecto a la mala fe de la solicitante, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf*: arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando, básicamente, los argumentos aducidos en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidos en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

El presente recurso plantea una cuestión previa de carácter procedimental cuya determinación hace ocioso el examen de las restantes. Dicha cuestión no es otra que la relativa al plazo de interposición del recurso.

Según consta en el expediente, la resolución del Registrador Mercantil de de 23 de abril de 2010 fue recepcionada por la sociedad el 4 de mayo de 2010 y el recurso de alzada contra la misma se presentó por la sociedad en la Oficina de Correos de Alzira el 24 de mayo del mismo año, siendo así que el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil establece que el plazo para recurrir en alzada antes esta Dirección General de los Registros y del Notariado es el de 15 días hábiles, contados a partir de la notificación de la resolución. Por tanto, se ha de concluir que el presente recurso es extemporáneo.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto inadmitir el recurso de alzada interpuesto don, en su condición de administrador solidario de «Promociones Chornet, S. L.», y confirmar las Resoluciones del Registrador Mercantil de el 23 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 11 de julio de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 15 de julio de 2011 (1.ª)

En el expediente 133/2010 de nombramiento de auditor a instancia de una sociedad socia de «Edificio Las Flores, S. L.».

HECHOS

I

«Bormuversitas, S. L.», a través de su administrador único, don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 24 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 84 y 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, como titular del 30% del capital social de «Edificio Las Flores, S. L.», el nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio terminado el 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de don, representante de «Sobrero, S. L.», que ostenta el cargo de administradora única de la sociedad, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad solicitante es la entidad que presta los servicios de contabilidad y revisión de cuentas de las sociedades vinculadas a «Sobrero, S. L.», entre ellas «Edificio Las Flores, S. L.», siendo dicha entidad mercantil solicitante de la auditoría la que ha de prestar información de la contabilidad social y de la revisión de cuentas; y 2.º) Que, en coherencia con lo anterior, la petición de nombramiento interesado no se ajusta a la exigencia de buena fe, puesto que lo único que pretende es causar un perjuicio económico con el fin de que el socio mayoritario acceda a las pretensiones de la solicitante para la adquisición de sus participaciones. 3.º) Que la sociedad no podrá hacer frente al coste económico que supone la retribución del auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil núm. III de, con fecha 13 de abril de 2010, declaró la procedencia del nombramiento de auditor solicitado por la minoría, al entender que, no constando en ese Registro la existencia de un auditor de cuentas nombrado voluntariamente por la sociedad y habiendo acreditado el solicitante los requisitos de capital y tiempo exigidos, procede acceder a lo solicitado, dado que, por una parte, los costes de la auditoría de cuentas corren siempre de cuenta de la sociedad, por expresa disposición del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y, por otra parte, la alegación de mala fe formulada por la sociedad nunca podrá enervar en este procedimiento el derecho del solicitante de la auditoría, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido, siendo ésta una cuestión que solo pueden apreciar los jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 27, 29, 34 y 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de septiembre de 1993, 4 de diciembre de 1996 y, como más reciente, la de 5 de diciembre de 2007, 19 de abril de 2010.

1.º Acreditada en el expediente la legitimación de la sociedad solicitante de la auditoría y habiendo instado el nombramiento registral de auditor en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social, procede dilucidar en esta resolu-

ción si la concurrencia en dicho solicitante de la condición de empresa prestadora de servicios profesionales de contabilidad y revisión de cuentas para la empresa afectada es causa que pueda enervar su derecho al nombramiento solicitado.

Dicha cuestión se ha de resolver partiendo de los principios que presiden la actividad auditora, regulados en la Ley 12/2010, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, así como en su Reglamento de ejecución y que no son otros que los de objetividad, imparcialidad e independencia del auditor respecto de la estructura empresarial de la sociedad a auditar.

Estas características de objetividad e independencia comportan que un profesional de la auditoría ajeno a la estructura empresarial pueda emitir una opinión técnica sobre si las cuentas formuladas por la administración social reflejan la verdadera situación patrimonial y financiera de la sociedad auditada y quedan garantizadas en la Ley y en su Reglamento de ejecución a través de un cuadro de incompatibilidades entre las que se encuentran, precisamente, «la llevanza material o preparación de los documentos contables o estados financieros de la entidad auditada» [*cf.* art. 8. d) de la Ley 19/1988 de Auditoría de Cuentas]. Abundando en dichas causas de incompatibilidad, el vigente Reglamento de ejecución de la Ley citada, aprobado por Real Decreto 1636/1990 establece, en su artículo 37, como causa de incompatibilidad del auditor de cuentas «la de ser accionistas y socios de las empresas o entidades en las que posean una participación superior al 0,5 por 100 del nominal del capital social o que aquélla represente más del 10 por 100 del patrimonio personal del accionista o socio». Lo que comporta que el solicitante no podría realizar la verificación de las cuentas del ejercicio 2009 como auditor de cuentas, al poder estar incurso en las incompatibilidades descritas. Sin embargo, nada obsta a que como socio pueda solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, en el ejercicio del derecho reconocido a los socios por el artículo 205.2 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas –vigente cuando se inició el procedimiento– actual artículo 265 de la vigente Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio.

Pero es que, además, este Centro Directivo ha mantenido, interpretando y aplicando el artículo 206.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, que las únicas causas de enervación del derecho del solicitante son las relativas a su legitimación como socio y propietario de un número de acciones o participaciones sociales superior al 5% de capital social, la de haber decaído su derecho por no haber solicitado en el plazo de tres meses el nombramiento registral de auditor de cuentas y, eventualmente, la previa existencia de una auditoría en curso contratada voluntariamente por la sociedad. En el caso presente, como indicó el Registrador Mercantil, la sociedad en ningún momento ha acreditado la contratación de una auditoría previa y, por tanto, debe ser reconocido el derecho del socio al nombramiento registral de auditor de cuentas.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación societaria relativa a la mala fe del solicitante, dado que, como indicó el Registrador Mercantil de

el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

3.º Por último, en cuanto al gasto que el nombramiento de auditor acarrea para la sociedad, el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone, de manera taxativa –sin dejar margen interpretativo alguno–, que los gastos de auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, representante de «Sobrero, S. L.» sociedad administradora única de «Edificio Las Flores, S. L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. III de el 13 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 15 de julio de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 15 de julio de 2011 (2.ª)

En el expediente 134/2010 de nombramiento de auditor a instancia de una sociedad socia de «Residencial Benyamina, S. L.».

HECHOS

I

«Bormuversitas, S. L.», a través de su administrador único, don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 24 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de

los artículos 84 y 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, como titular del 30% del capital social de «Residencial Benyamina, S. L.», el nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio terminado el 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de don, representante de «Sobrero, S. L.», que ostenta el cargo de administradora única de la sociedad, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad solicitante es la entidad que presta los servicios de contabilidad y revisión de cuentas de las sociedades vinculadas a «Sobrero, S. L.», entre ellas «Residencial Benyamina, S. L.», siendo dicha entidad mercantil solicitante de la auditoría la que ha de prestar información de la contabilidad social y de la revisión de cuentas; y 2.º) Que, en coherencia con lo anterior, la petición de nombramiento interesado no se ajusta a la exigencia de buena fe (art. 7.1 del Código Civil).

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 13 de abril de 2010, declaró la procedencia del nombramiento de auditor solicitado por la minoría, al entender que, no constando en ese Registro la existencia de un auditor de cuentas nombrado voluntariamente por la sociedad y habiendo acreditado el solicitante los requisitos de capital y tiempo exigidos, procede acceder a lo solicitado, dado que, por una parte, los costes de la auditoría de cuentas corren siempre a cargo de la sociedad, por expresa disposición del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y, por otra parte, la alegación de mala fe formulada por la sociedad nunca podrá enervar en este procedimiento el derecho del solicitante de la auditoría, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido, siendo ésta una cuestión que solo pueden apreciar los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional civil.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que en consecuencia se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración y añadiendo: 1.º) Que la sociedad, aun no estando obligada a la verificación contable, encomendó la labor de revisión contable a la entidad solicitante de la auditoría. Asimismo, dicha entidad ha venido prestando los servicios de contabilidad y auditoría a todas las empresas vinculadas a «Sobrero, S. L.» 2.º) Que el coste económico que la auditoría comporta perjudica económicamente a la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 27, 29, 34 y 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes

del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de septiembre de 1993, 4 de diciembre de 1996 y, como más recientes, la de 5 de diciembre de 2007 y la de 19 de abril de 2010.

1.º Acreditada en el expediente la legitimación de la sociedad solicitante de la auditoría y habiendo instado el nombramiento registral de auditor en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social, procede determinar en esta resolución si la concurrencia en dicho solicitante de la condición de empresa prestadora de servicios profesionales de contabilidad y revisión de cuentas para la empresa afectada por la solicitud es causa que pueda enervar su derecho al nombramiento solicitado.

Dicha cuestión se ha de resolver partiendo de los principios que presiden la actividad auditora, regulados en la Ley 12/2010, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas y su Reglamento de ejecución y que no son otros que los de objetividad, imparcialidad e independencia del auditor respecto de la estructura empresarial de la sociedad a auditar.

Estas características de objetividad e independencia comportan que un profesional de la auditoría ajeno a la empresa pueda emitir una opinión técnica sobre si las cuentas formuladas por la administración social reflejan la verdadera situación patrimonial y financiera de una sociedad y quedan garantizadas en la Ley y en su Reglamento a través de un cuadro de incompatibilidades entre las que se encuentran, precisamente, «la llevanza material o preparación de los documentos contables o estados financieros de la entidad auditada» [*cfr.* art. 8. d) de la Ley 19/1988 de Auditoría de Cuentas]. Abundando en dichas causas de incompatibilidad, el vigente Reglamento de ejecución de la Ley citada, aprobado por Real Decreto 1636/1990 establece, en su artículo 37, como causa de incompatibilidad la de «ser accionistas y socios de las empresas o entidades en las que posean una participación superior al 0,5 por 100 del nominal del capital social o que aquélla represente más del 10 por 100 del patrimonio personal del accionista o socio.» Lo que comporta que el solicitante no podría realizar la verificación de las cuentas del ejercicio 2009 como auditor de cuentas, al poder estar incurso en las incompatibilidades descritas. Sin embargo, nada obsta a que como socio pueda solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, en el ejercicio del derecho reconocido a los socios por el artículo 205.2 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas –vigente cuando se inició el procedimiento– actual artículo 265 de la vigente Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio.

Pero es que, además, este Centro Directivo ha mantenido, interpretando y aplicando el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, que las únicas causas de enervación del derecho del solicitante son las relativas a su legitimación como socio y propietario de un número de acciones o participaciones sociales superior al 5% de capital social, la de haber decaído su derecho por

no haber solicitado en el plazo de tres meses el nombramiento registral de auditor de cuentas y, eventualmente, la previa existencia de una auditoría en curso contratada voluntariamente por la sociedad. En el caso presente, como indicó el Registrador Mercantil, la sociedad en ningún momento ha acreditado la contratación de una auditoría previa y, por tanto, debe ser reconocido el derecho del socio al nombramiento registral de auditor de cuentas.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación societaria que cuestiona la buena fe del solicitante, dado que, como indicó el Registrador Mercantil de, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

3.º Por último, en cuanto al gasto que el nombramiento de auditor acarrea para la sociedad, el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone, de manera taxativa –sin dejar margen interpretativo alguno–, que los gastos de auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, representante de «Sobrero, S. L.» sociedad administradora única de «Residencial Benyamina, S. L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de el 13 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 15 de julio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 15 de julio de 2011 (3.^a)

En el expediente 135/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una sociedad socia de «Sociedad General de Cambio Total Change, S. L.».

HECHOS

I

«Bormuniversitas, S. L.», a través de su administrador único, don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 24 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 84 y 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, como titular del 49% del capital social de «Sociedad General de Cambio Total Change, S. L.», el nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio terminado el 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad solicitante carece de legitimación activa al no ostentar la cualidad de ser socia titular del 5% del capital social, puesto que «Bormuniversitas, S. L.» debería haber cumplido los requisitos establecidos en los artículos 7 y 8 de los estatutos de la mercantil. En la escritura fundacional de «Sociedad General de Cambio Total Change, S. L.», las participaciones sociales fueron adquiridas por don y éste, con posterioridad, aportó dichas participaciones para suscribir y desembolsar la ampliación de capital social de «Bormuniversitas, S. L.» sin comunicarlo a «Sociedad General de Cambio Total Change, S. L.». 2.º) Que la sociedad solicitante es, precisamente, la entidad que presta los servicios de contabilidad y revisión de cuentas de las sociedades vinculadas a «Sobrero, S. L.», siendo dicha entidad mercantil la que ha de prestar información de la contabilidad social y de la revisión de cuentas. 3.º) Que por las razones expuestas dicha solicitud es abusiva y contraria a la buena fe. 4.º) Que la sociedad se encuentra prácticamente sin actividad.

III

El Registrador Mercantil núm. III de, con fecha 13 de abril de 2010, resolvió desestimar la oposición de la sociedad, al entender que el solicitante de la auditoría había acreditado con documentos públicos, mercantiles y fehacientes que la sociedad afectada por la solicitud tenía pleno conocimiento de que el socio es la entidad mercantil «Bormuniversitas, S. L.» y no el aportante, don Asimismo, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de mayo de 2009, respecto del mismo solicitante y la misma sociedad mantuvo la legitimación de la empresa solicitante, en base a que don, como administrador único de «Sociedad General de Cambio Total Change, S. L.», conoció la aportación de participaciones y, por tanto, el solicitante está legitimado para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas. Respecto a la validez de las transmisiones, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento, impide al Registrador Mercantil

pronunciarse sobre esta cuestión. Tampoco a lugar suspender el procedimiento, dado que no se ha acreditado la existencia de litigio anterior a la presentación de la instancia solicitando el nombramiento.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que la sociedad no está obligada a la verificación contable, por lo que encomendó la labor contabilidad y revisión de cuentas a «Bormuversitas, S. L.», solicitante de la auditoría. 2.º) Que la resolución recurrida mantiene que procede el nombramiento de auditor, conforme al artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas pero dicho precepto ha de ser interpretado conforma a la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado la finalidad del nombramiento de auditor es la de facilitar a los socios un informe de auditoría. Dicha finalidad aparece cumplida con creces en el caso presente, dada la condición de economista y auditor del administrador único de la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 27, 29, 34 y 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de septiembre de 1993 y, como más reciente, la de 5 de diciembre de 2007 y la de 29 de abril de 2009.

1.º La primera cuestión planteada en el presente expediente se centra en determinar si ha quedado o no acreditada la legitimación del solicitante de la auditoría. Como ya indicó este Centro Directivo en la Resolución de 29 de abril de 2009 la legitimación de «Bormuversitas, S. L.», solicitante de la auditoría de cuentas, quedó acreditada en el expediente al haber aportado copia de la escritura de 31 de diciembre de 2003 de la que resulta la adquisición de participaciones de «Bormuversitas, S. L.» por don y su esposa mediante aumento de capital, con aportación no dineraria, firmada por el propio don como administrador único, así como que el otro socio no suscriptor del aumento, es decir, el propio don, renunció en el mismo acto al derecho de suscripción preferente. Por lo tanto se ha de reconocer su derecho a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas.

2.º La concurrencia en dicho solicitante de la condición de empresa prestadora de servicios profesionales de contabilidad y revisión de cuentas para la empresa afectada por la solicitud tampoco es causa que pueda enervar su derecho al nombramiento solicitado, dados los principios que presiden la actividad auditora, regulados en la Ley 12/2010, de 30 de junio, por la que se

modifica la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, así como en su Reglamento de ejecución y que no son otros que los de objetividad, imparcialidad e independencia del auditor respecto de la estructura empresarial de la sociedad a auditar.

Estas características de objetividad e independencia comportan que un profesional de la auditoría ajeno a la estructura empresarial pueda emitir una opinión técnica sobre si las cuentas formuladas por la administración social reflejan la verdadera situación patrimonial y financiera de la sociedad auditada y quedan garantizadas en la Ley y en su Reglamento de ejecución a través de un cuadro de incompatibilidades entre las que se encuentran, precisamente, «la llevanza material o preparación de los documentos contables o estados financieros de la entidad auditada» [cfr. art. 8. d) de la Ley 19/1988 de Auditoría de Cuentas]. Abundando en dichas causas de incompatibilidad, el vigente Reglamento de ejecución de la Ley citada, aprobado por Real Decreto 1636/1990 establece, en su artículo 37, como causa de incompatibilidad del auditor de cuentas «la de ser accionistas y socios de las empresas o entidades en las que posean una participación superior al 0,5 por 100 del nominal del capital social o que aquélla represente más del 10 por 100 del patrimonio personal del accionista o socio». Lo que comporta que el solicitante no podría realizar la verificación de las cuentas del ejercicio 2009 como auditor de la sociedad, al poder estar incurso en las incompatibilidades descritas. Sin embargo, nada obsta a que como socio pueda solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, en el ejercicio del derecho reconocido a los socios por el artículo 205.2 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas –vigente cuando se inició el procedimiento– actual artículo 265 de la vigente Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio.

Pero es que, además, este Centro Directivo ha mantenido, interpretando y aplicando el artículo 206.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, que las únicas causas de enervación del derecho del solicitante son las relativas a su legitimación como socio y propietario de un número de acciones o participaciones sociales superior al 5% de capital social, la de haber decaído su derecho por no haber solicitado en el plazo de tres meses el nombramiento registral de auditor de cuentas y, eventualmente, la previa existencia de una auditoría en curso contratada voluntariamente por la sociedad. En el caso presente, como indicó el Registrador Mercantil, la sociedad en ningún momento ha acreditado la contratación de una auditoría previa y, por tanto, debe ser reconocido el derecho del socio al nombramiento registral de auditor de cuentas.

3.º Tampoco puede prosperar la alegación societaria que cuestiona la buena fe del solicitante, dado que, como indicó el Registrador Mercantil de, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio

antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

4.º Por último, en cuanto al gasto que el nombramiento de auditor acarrea para la sociedad, el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone, de manera taxativa –sin dejar margen interpretativo alguno–, que los gastos de auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de «Sociedad General de Cambio Total Change, S. L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. III de el 13 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 15 de julio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 20 de julio de 2011

En el expediente 185/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Autocares Ríos Alicante, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 31 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Autocares Ríos Alicante, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la Junta general de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas para verificar las correspondientes al ejercicio 2009.

III

El Registrador Mercantil núm. I de, con fecha 17 de abril de 2010, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, pues aun cuando el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, la sociedad ha acreditado el nombramiento voluntario de auditor de cuentas en fecha anterior a la de presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario, dado que la inscripción de dicho nombramiento se practicó el 27 de octubre de 2009, tal como resulta de la inscripción núm. 12.^a de la hoja abierta a la sociedad.

IV

Contra dicha resolución el solicitante de la auditoría de cuentas, don, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, resumidamente: 1.º) Que en el presente caso no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado para que quede garantizado el derecho del solicitante. Dichas condiciones son: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. 2.º) Que ni la Ley ni el Reglamento del Registro Mercantil prevén que el nombramiento de auditor se realice por el órgano de administración, siendo así que solo contempla que sea nombrado por la Junta general o, en su defecto, por el Registrador mercantil o por el juez. 3.º) Que, consecuentemente, no es indiferente el origen del nombramiento, al tener que verificar las cuentas formuladas por los administradores que son, en definitiva, la rendición de sus cuentas ante el resto de los socios. 4.º) Que el derecho reconocido a la minoría social por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es, como ha mantenido la Dirección General en la resolución de 1 de diciembre de 2003, un derecho indisponible y, por tanto, no se explica como, en este caso, puede enervar el derecho de la minoría el contrato realizado por la administración de la sociedad en el año 2007 y que mantuvo oculto hasta la fecha de la inscripción en octubre de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas.

Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad profesional conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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.

En el supuesto analizado, la sociedad ha acreditado la concurrencia de estas dos condiciones, puesto que, como indicó el Registrador Mercantil núm. II de, procedió a la inscripción del contrato voluntario con el auditor de cuentas el 27 de octubre de 2009, fecha muy anterior a la de presentación en ese Registro de la instancia del socio minoritario, el 31 de marzo de 2010. Mediante la inscripción queda también garantizado el derecho del socio solicitante al informe de auditoría, toda vez que la sociedad cuando presente sus cuentas anuales para su depósito en el Registro Mercantil, el Registrador no lo tendrá por efectuado si no acompaña el informe de auditoría de las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2009. La publicidad que otorga el Registro Mercantil a las cuentas anuales depositadas garantiza el conocimiento de dicho informe por los socios de la compañía.

2.º Alega el recurrente que la contratación del auditor de cuentas por el órgano de la administración social no está prevista ni en la Ley de Sociedades Anónimas ni en el Reglamento, cuya regulación pretende salvaguardar los derechos de la minoría. Dicha alegación no puede prosperar, puesto que, como ha mantenido este Centro Directivo, en las sociedades que pueden presentar en el Registro Mercantil sus cuentas en forma abreviada, la facultad de contratar auditores no está reservada a la Junta general, pudiendo los administradores que crean conveniente contar con un informe de auditoría, contratar los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración, sin que ello suponga merma de los derechos de la minoría social.

3.º En cuanto a las motivaciones que el solicitante atribuye al administrador solidario que, en su opinión, contrató al auditor de cuentas para evitar que lo nombrara el Registrador Mercantil, previa solicitud del recurrente, se ha de señalar que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil de «Autocares Ríos Alicante, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. II de el 17 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 20 de julio de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 21 de julio de 2011

En el expediente 101/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Clínica Dental Santa Clara, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 4 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital

social de «Clínica Dental Santa Clara, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que: 1.º) Que la única finalidad de la solicitud de auditoría presentada por el solicitante es la de constituir un medio de prueba en los procedimientos judiciales abiertos como consecuencia del nombramiento de la administradora única. 2.º) Que a día de hoy se han abierto por don las diligencias previas 5987/2008, ante el Juzgado de Instrucción de y, asimismo, ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de está abierto el procedimiento núm. 580/2009 de impugnación de acuerdos sociales. Por tanto, mientras estos procedimientos permanezcan abiertos existe prejudicialidad que impide la resolución de la presente solicitud.

III

El Registrador Mercantil núm. II de, con fecha 25 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que los procedimientos judiciales abiertos por el solicitante solo afectarían a este procedimiento especial de nombramiento de auditor de cuentas si se estuviese discutiendo judicialmente la titularidad que el solicitante ostenta sobre el número de participaciones sociales que alegó y que sirvieron de base para acreditar su legitimación para instar el nombramiento registral de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil. En el caso presente, ninguno de los procedimientos abiertos cuestionan dicha legitimación. En cuanto a la falta de liquidez de la sociedad para afrontar los gastos de auditoría, el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone, de manera taxativa, que los gastos de auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo que las participaciones sociales que legitiman al solicitante para el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas se encuentran embargadas, como consecuencia del impago de las pensiones alimenticias de sus hijas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión del Registrador Mercantil de, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, este Centro Directivo ha mantenido en reiteradas ocasiones que los posibles procedimientos judiciales entablados por el socio o la sociedad no han de tener incidencia en este procedimiento especial de nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil a instancia del socio minoritario. Esto solo ocurriría si se estuviese discutiendo en vía judicial o bien la condición de socio del peticionario o bien la propiedad que ostenta sobre un número de acciones o participaciones sociales equivalentes al 5% del capital social de la compañía.

Esta circunstancia no concurre en el caso presente, dado que, como se desprende de fotocopia del Auto judicial de 10 de junio de 2009, adjunta al escrito de oposición, el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de admite a trámite la demanda de impugnación de acuerdos sociales interpuesta por don, solicitante de la auditoría.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación vertida en el escrito de interposición del recurso, relativa al embargo de participaciones sociales, propiedad del solicitante, puesto que, como ha declarado este Centro Directivo, con base en los artículos 72 y 73 de la Ley de Sociedades Anónimas y 38 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (actuales arts. 132 y 133 de la vigente Ley de Sociedades de Capital), el embargo de las acciones o participaciones sociales no implica la pérdida de su propiedad, ni tampoco impide el ejercicio de los derechos sociales y económicos del socio, sino que cumple la función de garantizar el resultado de un procedimiento ejecutivo seguido contra el titular de las participaciones o acciones embargadas.

3.º Por último, se ha de señalar que, por expresa disposición del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital) los gastos de auditoría de cuentas corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, en nombre y representación de «Clínica Dental Santa Clara, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 25 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 21 de julio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 26 de julio de 2011 (1.ª)

En el expediente 127/2010 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Seguridad Industrial, Medioambiente y Calidad, S. L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 26 de marzo de 2010, solicitando, al amparo del artículo 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como socio de «Seguridad Industrial, Medioambiente y Calidad, S. L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de don don, en su condición de administradores mancomunados, se opuso a dicha pretensión negando la legitimación a la solicitante de la auditoría, en base a los siguientes argumentos: 1.º) Que las participaciones que la solicitante cita fueron vendidas a don por escritura pública autorizada por el Notario de, don el 1 de octubre de 2002, bajo el número 3425 de su Protocolo Notarial, no figurando la solicitante en el Libro Registro de socios. 2.º) Que la sociedad ha venido auditando sus cuentas desde que inició su actividad, estando encargado de la verificación contable de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009, la empresa «DNA Auditores».

III

Doña, el 14 de abril de 2010, presentó un escrito de alegaciones en el que mantuvo que, ciertamente, vendió sus participaciones sociales el 1 de octubre de 2010, pero lo hizo a la persona que entonces era su cónyuge, estando vigente el régimen de gananciales. Adjuntó a su escrito copia de la inscripción de matrimonio del Registro Civil de; fotocopia del Libro de familia y copia de la escritura de compraventa, de 1 de octubre de 2002.

IV

La Registradora Mercantil de, con fecha 16 de abril de 2010, acordó estimar las solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado, al entender que, en cuanto a la falta de legitimación de la solicitante, las normas generales que contenidas en el artículo 1.375 del Código Civil autorizan a cualquiera de los cónyuges a realizar actos de administración y gestión sobre los bienes comunes y siendo el derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, un derecho que debe encuadrarse dentro de los actos de administración porque su finalidad es la de ofrecer una imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la empresa, se ha de concluir que ha quedado acreditada la legitimación de la solicitante, dado que de la propia escritura

de compraventa resulta el carácter ganancial de las participaciones sociales transmitidas. Debe rechazarse la interpretación realizada por los administradores de la sociedad, puesto que, en régimen de gananciales cualquiera de los cónyuges puede realizar actos de administración y gestión sobre los bienes comunes. En cuanto a la auditoría voluntaria contratada por la sociedad, conforme a la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, para que dicha auditoría pueda enervar el derecho del socio debe reunir dos condiciones: a saber: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. En el caso presente, si bien es cierto que la sociedad ha acreditado la primera condición, no lo es menos que no ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría por ninguna de las vías anteriormente citadas.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso, en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando, básicamente, los argumentos aducidos en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidos en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que en virtud de la venta de sus participaciones sociales a su ex cónyuge, la solicitante de la auditoría perdió la propiedad de éstas, así como sus derechos anexos. En cualquier caso, la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica, por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, los derechos que corresponden al socio deben ejercerse por la persona a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren las participaciones sociales. 2.º) Por último señaló que la sociedad, al tratarse de un Organismo de control, está obligada a auditar sus cuentas por imperativo de la norma UNE-EN ISO/IEC 17020/1998.

VI

Con fecha de 18 de mayo de 2010 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de al que adjuntaba otro presentado por doña en ese mismo Registro Mercantil el 11 de mayo de 2010 desistiendo de su solicitud de nombramiento de auditor de cuentas para la sociedad «Seguridad Industrial, Medioambiente y Calidad, S. L.».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 91.2 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado y declarar concluso el procedimiento sobre nombramiento de auditor,

iniciado por doña para verificar las cuentas del 2009 para la sociedad «Seguridad Industrial, Medioambiente y Calidad, S. L.».

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 26 de julio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 26 de julio de 2011 (2.ª)

En el expediente 147/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Eternal Beauty Bussiness, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 25 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Eternal Beauty Bussiness, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de sus administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante de la auditoría de cuentas recibió toda la información social, por lo que, evidentemente, pudo ser ésta verificada, tanto por él mismo como por un tercero. 2.º) Que la sociedad atraviesa una difícil situación económica, por lo que le resulta imposible hacer frente a los gastos de la auditoría de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 16 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor y mantuvo que, conforme a la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, los gastos que la auditoría ocasiona, por disposición expresa del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General aduciendo las mismas alegaciones formuladas en el escrito de oposición y que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 24 de septiembre de 1993, las de 6 de junio, 4 de octubre, 23 y 26 de noviembre de 2005, 19 de junio de 2007, y, como más reciente la de 22 de octubre de 2010.

1.º No pueden prosperar en el presente recurso ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de recurso. Como ha mantenido este Centro Directivo en numerosas resoluciones los derechos de información y auditoría, aunque son derechos complementarios, resultan distintos, tanto por su finalidad y efectos como por las condiciones requeridas para su ejercicio. De tal manera que el derecho de información lo ostentan todos los socios, con independencia del porcentaje de participación en el capital social, mientras que el de auditoría solo pueden ejercitarlo quienes tengan un porcentaje equivalente, al menos, al 5%. En cuanto al momento en que procede su ejercicio, el derecho de información puede ejercitarse en cualquier momento, mientras que el derecho a solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas solo pueden ejercitarse a los tres meses siguientes desde el cierre del ejercicio social cuya auditoría se solicita.

2.º Tampoco puede enervar la petición del socio minoritario, las consideraciones que la sociedad realiza en torno a los costes de la auditoría que entiende son innecesarios, puesto que el legislador ha dispuesto con carácter taxativo y sin que quepa margen interpretativo alguno, que los costes que la auditoría comporta corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, don, administrador único de «Eternal Beauty Bussiness, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 16 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación adminis-

trativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 26 de julio de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 28 de julio de 2011 (1.ª)

En el expediente 169/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Servipol Mantenimiento, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 29 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Servipol Mantenimiento, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que ante la renuncia al cargo de Presidente del Consejo de Administración, efectuada por el solicitante de la auditoría, a pesar del requerimiento para que procediera a convocar al Consejo de Administración y a la Junta general, los demás administradores procedieron a convocar al Consejo. 2.º) Que en la reunión del Consejo de Administración, celebrada el 29 de diciembre de 2009, se acordó el nombramiento de auditor de cuentas para verificar las correspondientes a los ejercicios 2004, 2005, 2006 y 2008, estando convocada Junta general Ordinaria y Extraordinaria, conforme a los requisitos establecidos en el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas.

III

La Registradora Mercantil núm. IV de con fecha 20 de abril de 2010 acordó, como diligencia para mejor proveer, requerir a la sociedad para que en el plazo de diez días acreditara, fehacientemente, haber puesto el informe de auditoría a disposición del socio o bien lo aportara al expediente. A dicho requerimiento respondió don mediante escrito de 3 de mayo de 2010 alegando no poder acreditar la puesta a disposición del socio del informe de auditoría de cuentas ni tampoco aportarlo al expediente, al no haber emitido el auditor de cuentas el referido informe.

IV

Con fecha de 6 de mayo de 2010, la Registrador Mercantil núm. IV de acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. En el caso presente, la sociedad ha aportado un certificado del Consejo de Administración de 29 de diciembre de 2009 del que resulta el acuerdo de auditar las cuentas correspondientes a los ejercicios 2009, 2010 y 2011, contratando para ello a «don» estando legitimada la firma el 30 de diciembre de 2009, por lo que ha acreditado la anterioridad del acuerdo. Sin embargo, no ha garantizado el derecho del socio por ninguno de los medios establecidos en la doctrina de la Dirección General.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que se ha probado documentalmente que la sociedad no pudo presentar en el año 2007 las cuentas anuales de los ejercicios 2003, 2004, 2005 y 2006 por existir defectos que debieron ser subsanados y, sin embargo, no lo fueron por la renuncia del anterior Presidente, Consejero Delegado, don 2.º) Que también se ha probado que la sociedad, a través del órgano de administración, contrató los servicios de un auditor de cuentas. Concretamente, el Consejo de Administración en su reunión de 29 de diciembre de 2009, acordó nombrar a «Domínguez Bernaldo de Quirós, Centro Europeo de Auditoría».

VI

Finalmente, el 30 de septiembre de 2010 la indicada representación social presentó un escrito en el Registro Mercantil de alegando, en esencia, que el solicitante transmitió en plena propiedad todas las participaciones que poseía en la sociedad, en virtud del contrato de compraventa otorgado el 23 de junio de 2010 y autorizado por la Notaría de, doña, bajo el número 1311 de su protocolo notarial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Regla-

mento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión del Registrador Mercantil núm. IV de, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios, 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, es decir, acordado por la administración de la sociedad –en los casos en que ésta pueda presentar balance abreviado– 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor, se estaría impidiendo, en contra de la voluntad del legislador, la aplicación de una norma declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2009, dado que no lo ha aportado al expediente, tampoco lo ha puesto a disposición del socio solicitante y, por último, no ha podido inscribir el nombramiento voluntario de auditor de cuentas en el Registro Mercantil, al estar cerrada la hoja abierta a la sociedad por falta de depósito de las cuentas correspondientes a ejercicios anteriores.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación formulada por el recurrente en su escrito de 30 de septiembre de 2010, conforme a la cual el solicitante habría perdido su legitimación como consecuencia de la venta de sus participaciones sociales. Como este Centro Directivo ha mantenido, existe un momento procedimental concreto para apreciar si concurren en el solicitante las condiciones de legitimación y tiempo, exigidas por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 265 de la Ley de Sociedades de Capital) para ejercer el derecho al nombramiento registral de auditor que es el de presentación de la solicitud en el Registro Mercantil. En el caso que nos ocupa, ha quedado acreditado por el Registrador Mercantil que resolvió la solicitud, que don, solicitante de la auditoría reunía de sobra, en el momento de presentar su instancia y, posteriormente, en el momento de su resolución de 6 de abril de 2010, las condiciones exigidas para obtener el nombramiento que solicitó.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de «Servipol Mantenimiento, S. L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil núm. IV de el 6 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 28 de julio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 28 de julio de 2011 (2.ª)

En el expediente 170/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Madrid Torrejón Jai Alai, S. A., en liquidación».

HECHOS

I

Don, en nombre y representación de don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 30 de marzo de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular de más del 5% del capital social de «Madrid

Torrejón Jai Alai, S. A., en liquidación», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su liquidador judicial don, se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que el 1 de agosto de 2008 la Junta General de la sociedad acordó la disolución de la sociedad, siendo así que en aquel momento el único activo que había pendiente de liquidar lo integraba un crédito de la sociedad frente a la sociedad Grupo Lar, cuyo importe dependía de la valoración que realizara la Junta de Compensación. 2.º) Que, con posterioridad Grupo Lar presentó una reclamación sobre parte de los metros vendidos por la sociedad a dicha empresa, razón por la cual no se ha cobrado ni se ha podido determinar el importe de este crédito. 3.º) Que el 5 de noviembre de 2009, en cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 273.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, el liquidador único publicó en el BORME el estado de cuentas de la disolución. Asimismo, el 30 de diciembre de 2009 se informó a los accionistas sobre las actuaciones realizadas. 4.º) Que conforme a lo previsto en el artículo 272 de la Ley de Sociedades Anónimas la sociedad en liquidación no tiene obligación de formular cuentas anuales, por ello el liquidador procedió a realizar un estado de cuentas que permitiera apreciar la situación de la sociedad y la marcha de la liquidación. 5.º) Que, por último, el poder general aportado por el firmante de la instancia, no tiene cobertura para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, en base al artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

III

La Registradora Mercantil núm. VIII de, con fecha 28 de abril de 2010, resolvió no acceder a la oposición formulada por la sociedad. Entendió que, de conformidad con la doctrina sentada al respecto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, el que la sociedad se halle en periodo de liquidación no es obstáculo para que cualquier socio, con al menos un 5% del capital, pueda solicitar, como en el presente caso, el nombramiento de auditor, estableciendo la compatibilidad del derecho de auditoría con el hecho de una sociedad en liquidación, ya que su personalidad jurídica subsiste, sin perjuicio además de la naturaleza esencialmente reversible del proceso hasta que tenga lugar el reparto del patrimonio neto resultante entre los socios, lo que no resulta acreditado que haya acontecido en el caso que nos ocupa. Mantuvo que si en algún momento adquiere relevancia este derecho del socio es, precisamente, en este momento previo a la posible extinción de la sociedad. En cuanto a la obligación del liquidador, impuesta por el artículo 273 de la Ley de Sociedades Anónimas, de publicación en el BORME del balance cerrado a 31 de diciembre de 2008, dicha exigencia ampara el derecho de información del socio que es diferente del derecho a la verificación contable. El hecho de que los costes de la auditoría aumenten los que, ya de por sí, tiene la sociedad, no puede enervar el derecho del solicitante. En cuanto a la falta de validez del poder otorgado por el socio minoritario a favor de su representante, la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado sobre esta cuestión manteniendo que el derecho conferido al socio minoritario por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas puede ejercitarse mediante apoderamiento que no es preciso sea específico.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en esencia, las alegaciones vertidas en su escrito de oposición y que en consecuencia se dan por reproducidas en la presente instancia, sin necesidad de reiteración. Finaliza diciendo que un auditor no puede verificar algo (cuentas anuales) que no se ha confeccionado por imperativo legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 1994, 16 de noviembre de 1995 y, como más recientes, las de 9 de diciembre de 2005, 14 de octubre de 2006, 20 de febrero de 2008 y 30 de junio de 2010.

1.º Con carácter previo, se ha de rechazar la alegación del recurrente que cuestiona el alcance del poder general para pleitos, aportado por el firmante de la instancia que inició este expediente, para actuar en nombre y por cuenta del socio minoritario, puesto que dicho poder le ampara para actuar en su nombre ante cualquier instancia de la organización judicial y de las Administraciones Públicas como, en este procedimiento, lo es el Registrador Mercantil del domicilio social de la compañía, dado que es la autoridad pública competente designada en la Ley de Sociedades Anónimas y en el Reglamento del Registro Mercantil para declarar si es o no procedente el nombramiento de auditor solicitado.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación que la sociedad formula sobre la obligación del liquidador de presentar un estado anual de cuentas de la liquidación, en vez de formular cuentas anuales y ello porque ambas obligaciones no son, en ningún caso, incompatibles y, además, porque no puede aceptarse una limitación al derecho de auditoría reconocido a los socios no establecida por ley. Mucho menos puede prosperar como causa de enervación, el hecho de que el liquidador único haya cumplido con su obligación legal de publicar en el BORME el balance de la sociedad, cerrado a 31 de diciembre de 2008 (art. 263 en relación con el art. 273.1 de la Ley de Sociedades Anónimas), puesto que su razón de ser es la de garantizar el derecho de información de todos los socios, mientras que el derecho a la verificación contable va dirigido a garantizar al socio minoritario, mediante un informe de auditoría realizado por un auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil, el conocimiento de que las cuentas anuales reflejan con claridad la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa.

Por último, se ha de señalar que, aunque la sociedad se encuentre en situación de liquidación, es doctrina de este Centro Directivo –que nuevamente se reitera– que es posible ejercitar el derecho que reconoce el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas durante la fase liquidatoria de la sociedad, sobre la base en la naturaleza reversible de la sociedad en liquidación, cuya personalidad jurídica subsiste –tal y como ocurre en el presente caso– en tanto no se haya procedido al reparto del activo sobrante entre los socios y cancelado en el Registro los asientos referentes a la sociedad extinguida. La sociedad en el caso que nos ocupa, no ha sido cancelada en el Registro y subsiste, aunque sea por vía judicial, la posibilidad de su reactivación.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, liquidador judicial de «Madrid Torrejón Jai Alai, S. A., en liquidación», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil núm. VIII de..... el 28 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 28 de julio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 28 de julio de 2011 (3.ª)

En el expediente 109/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Chapacar, S. A.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 30 de marzo de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular de más del 5% del capital social de «Chapacar, S. A.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión negando la legitimación del solicitante por haber transmitido sus acciones el 28 de marzo de 2008 según contrato privado de compraventa que adjuntó a su escrito de oposición.

III

El Registrador Mercantil núm. II de, con fecha 21 de abril de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad por reunir el solicitante las circunstancias de capital y tiempo que la Ley exige, sin que pueda prosperar la alegación de falta de legitimación formulada por la sociedad, ya que, según ha declarado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, el Reglamento del Registro Mercantil no ha querido ser riguroso con el socio a la hora de exigirle la acreditación formal de su condición, siendo suficiente con que aporte un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre un número de acciones equivalentes, como mínimo, al 5% del capital social de la compañía y que, una vez aportado, para desvirtuar la presunción de titularidad es preciso que la sociedad pruebe, a su vez, que dicha titularidad nunca existió o se ha perdido. Se respeta así el principio de igualdad en las posiciones jurídicas de las partes en este procedimiento. En el presente caso, existe un principio de prueba de la legitimación del solicitante, al resultar de los archivos del Registro que en la constitución de la sociedad don suscribió 240 acciones y que de la ampliación de capital el solicitante suscribió 160 acciones, de lo que resulta un porcentaje superior al 5% del capital social, además de manifestar, bajo su responsabilidad, que sigue siendo titular de las acciones que alegó. La sola existencia de un contrato de compraventa no implica por sí misma que la transmisión se haya efectuado y, asimismo, la sociedad no aportó certificado del Libro Registro de acciones, sino una mera fotocopia.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Insistió en que el documento privado de compraventa tiene plena eficacia entra las partes contratantes. La elevación a público de dicho contrato no es más que un pacto de formalización de lo acordado, sin que tenga efectos constitutivos. Finalizó su escrito manteniendo que la liquidación del impuesto citado en el acuerdo recurrido no se precisa para que el contrato surta efectos entre las partes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes,

las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero de 2006, 18 de agosto y 4 de noviembre de 2010.

La única cuestión que plantea el presente expediente es la relativa a la forma de acreditar el socio su legitimación y, como contrapartida, la de la enervación, en su caso, por parte de la sociedad. Dicha cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo entendiéndose suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por si sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende.

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba: las escrituras de constitución y posterior ampliación de capital inscritas (arts. 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil), sin que la sociedad, por su parte, haya aportado prueba alguna demostrativa de que hubiera perdido su condición de socio. Las alegaciones de la recurrente intentan trasladar al petionario de la auditoría la carga de una prueba adicional no exigida ni legal ni reglamentariamente, olvidando que éste ya ha demostrado, al menos, que fue socio y, bajo su responsabilidad, que sigue siéndolo en la actualidad. Corresponde ahora, por tanto, a la sociedad probar –y no lo ha hecho– que el accionista ha dejado de serlo, por lo que no cabe sino reconocer que esta legitimado para solicitar la auditoría.

Es cierto que el contrato privado de compraventa tiene efectos entre las partes que pueden compelerse a su elevación a documento público, si así se hubiera convenido, pero no tiene efectos frente a terceros, salvo lo dispuesto en el artículo 1.227 del Código Civil respecto de la fecha y, por ello, la fotocopia del contrato privado presentado por el recurrente, no puede desvirtuar el principio de prueba que ofrecen las escrituras de constitución y ampliación de capital, inscritas en el Registro Mercantil, donde consta que el solicitante participa en el capital de la sociedad en una proporción superior al 5% legalmente exigido.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por administrador único, don, presidente de «Chapacar, S. A.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. II de el 21 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que

esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 28 de julio de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 28 de julio de 2011 (4.ª)

En el expediente 157/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Palomax Vallés, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 25 de marzo de 2010, solicitando, al amparo, artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Palomax Vallés, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009. Alegó que el 26 de septiembre de 2009 fue separado del órgano de administración, por lo que desea someter a auditoría las cuentas correspondientes a dicho ejercicio.

II

La sociedad, a través de don, actuando en calidad de administrador ordinario, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que no ha aportado documentación que acredite su legitimación, incumpliendo lo previsto en el artículo 351.2 del reglamento del Registro Mercantil. 2.º) Que el solicitante conoce perfectamente la situación económica y financiera de la sociedad por haber tenido a su disposición la contabilidad social. 3.º) Que, por esta razón, ha actuado con evidente mala fe solicitando la auditoría, motivo por el cual debe costear los gastos del auditor, en el supuesto en que sea designado.

III

El Registrador Mercantil núm. IX de con fecha 14 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud formulada, en base a que según reiterada doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado, es suficiente para acreditar la legitimación de socio la presenta-

ción de un principio de prueba y, por otra parte, según el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil la sociedad que la niega debe aportar, a su vez, una prueba suficiente que demuestre que el solicitante no reúne tal condición. El solicitante, mediante la invocación a los datos registrales de la sociedad y, en concreto, a la escritura de constitución, ha aportado dicho medio de prueba, pues de la hoja abierta a la sociedad resulta que en la escritura de constitución asumió un número de participaciones sociales representativas de más del 5% de capital. La sociedad se ha limitado a negar dicha legitimación sobre la base de que no ha adjuntado a su instancia documentos acreditativos de ésta, pero no acredita que el socio haya perdido tal condición o el porcentaje de capital social que alegó en su instancia. Respecto a la mala fe que la sociedad atribuye al solicitante, conforme a la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento registral de auditor de cuentas, impide al Registrador conocer las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría. Quien se sienta perjudicado por la supuesta actuación maliciosa siempre tendrá expedita la vía judicial civil para obtener la reparación de los perjuicios ocasionados. En cuanto al conocimiento que tuvo de las cuentas sociales, los derechos de información y auditoría resultan distintos por su contenido y efectos y por las condiciones requeridas para su ejercicio (*cf.*: art. 112 y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas) Por último, los gastos que la auditoría comporta corren siempre de cuenta de la sociedad, por disponerlo así el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación de la sociedad interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición y añadiendo que el solicitante ha sido administrador de la compañía, tomando decisiones conjuntamente con los demás administradores de la sociedad.

V

El 8 de julio de 2010 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de al que adjuntaba un escrito firmado por don desistiendo de su solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado por don, solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil de «Palomax Vallés, S. L.», y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 28 de julio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 29 de julio de 2011 (1.ª)

En el expediente 172/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Recambios Tamarit, S. L.».

HECHOS

I

Doña y doña presentaron un escrito en el Registro Mercantil el 30 de marzo 2010, solicitando, al amparo, del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Recambios Tamarit, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009. Aportaban a su instancia copia del testamento de don, autorizado por el Notario de Valencia don, bajo el número 752 de su protocolo.

II

La sociedad, a través de doña, administradora única, se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia, falta de legitimación de las solicitantes, puesto que no ostentan participación alguna en la empresa que fueron suscritas por el causante y su esposa en régimen de gananciales. Dicha sociedad de gananciales no ha sido liquidada. Entiende que antes de la partición y adjudicación de la herencia los herederos no tienen ninguna propiedad sobre los bienes relictos.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 22 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud formulada, sobre la base de que, según reiterada doctrina de la Dirección General de

los Registros y del Notariado, los dos únicos requisitos que se exigen para ejercer el derecho de obtener el nombramiento de auditor en las sociedades no obligadas a verificación contable son ser titular de al menos el 5% del capital social y que no hayan transcurrido tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social en el momento de la solicitud, cumpliendo la solicitante ambos requisitos. La sociedad se limitó a mantener la falta de legitimación de las solicitantes al no haber acreditado la partición de los bienes de la herencia, sin embargo no es preciso que los instituidos herederos tengan que esperar a la partición de la herencia para ejercitar el derecho reconocido en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, dado que se trata de un acto de administración que no implica disposición alguna de los bienes.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia, sin necesidad de repetición y añadiendo que el cónyuge supérstite de don interpuso una acción judicial sobre determinados bienes integrantes de la herencia entre los cuales se encuentran las citadas participaciones sociales. Por tanto, existe una cuestión prejudicial, cuyo resultado determinará quién o quiénes son propietarios de las participaciones sociales invocadas por las peticionarias para instar el nombramiento de auditor de cuentas. Mantuvo que la solicitud que inició este expediente tiene la oposición del resto de los miembros de la comunidad. En apoyo de su pretensión citó la Sentencia de la Audiencia Provincial de de 17 de abril de 2008

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 25 de marzo de 1994, 3 de abril y 18 de mayo de 1995 y, como más recientes, las de 10 de febrero de 2003 y 19 de febrero, 24 de mayo y 12 de junio de 2005 y 30 de mayo de 2007.

Procede confirmar por ajustada a derecho el fundamento de la resolución adoptada por el Registrador Mercantil de En efecto, las solicitantes de la auditoría de cuentas han aportado un principio de prueba por escrito de su legitimación mediante los documentos adjuntos a su solicitud, de los que resulta que, junto con el cónyuge viudo, son miembros de una comunidad hereditaria en la que, entre otros bienes se encuentran las citadas participaciones sociales y que constituyen más del 5% del capital social. La sociedad, por su parte, no ha aportado prueba alguna que desvirtúe dicho principio de prueba, puesto que, en contra de lo que entiende, no es necesario que los herederos tengan que esperar a la partición y adjudicación de la herencia para estar legitimados para solicitar la auditoría, sino que, como ocurre en el caso

que nos ocupa, basta con que acrediten su condición de herederos –como lo han hecho– para que, como miembro de dicha comunidad, pueda solicitar la auditoría.

La iniciación de acciones civiles sobre la herencia y la liquidación de la comunidad conyugal no constituye una cuestión prejudicial de la que dependa la resolución de este expediente, puesto que en la fecha en la que solicitaron la auditoría existía la comunidad hereditaria a la que pertenecen los solicitantes, siendo así que como miembros de ésta pueden ejercitar cualquier acto de gestión cuyo resultado, objetivamente considerado, sea beneficioso para toda la comunidad. El nombramiento registral de auditor de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009 es un acto de gestión –que no de disposición ni de administración extraordinaria– dirigido a conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, administradora única de «Recambios Tamarit, S. L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de de 22 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 29 de julio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 29 de julio de 2011 (2.^a)

En el expediente 148/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Suite Invest, S. L.».

HECHOS

I

Doña, doña y doña, presentaron un escrito en el Registro Mercantil de, el 4 de enero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más

del 5% del capital social de «Suite Invest, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su Consejero delegado, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la sociedad tenía nombrado auditor de cuentas, nombramiento que recayó en la empresa auditora «Legal Audit., S. L.». Dicha empresa aceptó el encargo de auditoría el 22 de diciembre de 2008, es decir, con anterioridad a la solicitud de las socias minoritarias.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 19 de abril de 2010, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad concurren las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, si bien es cierto que el nombramiento de auditor de cuentas no figura inscrito, se cumplen los demás requisitos exigidos por la doctrina del Centro Directivo. Incluso el informe de auditoría ha sido puesto a disposición de las socias minoritarias.

IV

Contra dicha resolución las solicitantes de la auditoría de cuentas interpusieron, en tiempo y forma, recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis: 1.º) Que no se ha acreditado fehacientemente la fecha del nombramiento del auditor de cuentas, ni tampoco la fecha de aceptación por parte de la empresa auditora. 2.º) Que en el momento de presentar la solicitud, el informe de auditoría no obraba en poder de las solicitantes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuándo y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante dispondrá, próximamente, el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, procede estimar la pretensión de las recurrentes, pues como ha mantenido este Centro Directivo, para que la auditoría contratada por la sociedad puede enervar el derecho de la solicitante, la fecha que consta en los documentos presentados ha de probar, no solo entre las partes contratantes, sino también frente a terceros, que el contrato se realizó con anterioridad a la fecha en que las socias minoritarias presentaron su instancia en el registro (art. 1.227 del Código Civil) La única fecha que consta en los documentos aportados por la sociedad que puede hacer frente a terceros es la de presentación en el Registro Mercantil, el 18 de enero de 2010, la cual es posterior a la fecha en la que las socias minoritarias presentaron su instancia solicitando el nombramiento por el Registrador Mercantil, el 4 de enero del mismo año. De todo lo anterior, se ha de concluir que, si bien es cierto que consta en el expediente el informe de auditoría, no concurre el requisito de anterioridad, exigido rigurosamente por la doctrina de esta Dirección General.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por doña, doña y doña, solicitantes de la auditoría de cuentas para de «Suite Invest, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 19 de abril de 2010 y declarar la procedencia del nombramiento solicitado.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 29 de julio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 29 de julio de 2011 (3.ª)

En el expediente 171/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Unión Hostelería Esba, S. L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 31 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Unión Hostelería Esba, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la Junta general de la sociedad, celebrada el 25 de junio de 2009, procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo para la verificación de las correspondientes al 2009 a la empresa «J. Duran & Marinas Auditores Asociados». El citado acuerdo consta en Acta Notarial de dicha Junta extendida por la Notaria de, doña, Tanto el Acta como el informe de auditoría están depositados en el Registro Mercantil de

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 22 de abril de 2010, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad concurren las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. En el caso presente, la sociedad inscribió el Acta Notarial de la Junta general de 25 de junio de 2009 en el Registro Mercantil, con fecha de 22 de abril de 2010, causando la inscripción 20.^a en la hoja abierta a la sociedad.

IV

Contra dicha resolución la solicitante de la auditoría, doña, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando su solicitud de nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil y alegando: 1.º) Que el artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil prevé la posibilidad de varios auditores en una misma empresa. 2.º) Que la respuesta a determinadas cuestiones contables planteadas por ella lleva a pensar que existe poca transparencia en la actuación de la sociedad y, sobre todo, del socio mayoritario con el minoritario. 3.º) Que la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil tuvo lugar con posterioridad a la presentación de su instancia el 31 de marzo de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto

independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

En el supuesto analizado, la sociedad ha acreditado las dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, mediante el Acta Notarial de la Junta celebrada el 25 de junio de 2009, queda acreditado frente a todas las partes interesadas el acuerdo social de nombramiento de auditor, siendo así que el acta se realizó el mismo día de la celebración de la Junta general. De otra parte mediante la presentación de dicha documentación en el Registro Mercantil y su posterior inscripción ha garantizado el derecho de la solicitante al informe de auditoría, puesto que la sociedad no podrá depositar las cuentas correspondientes al ejercicio 2009 si no las acompaña del informe realizado por el auditor que nombró y que consta inscrito en dicho Registro.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil «Unión Hostelería Esba, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 22 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 29 de julio de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 22 de agosto de 2011

En el expediente 176/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Construcciones Metálicas Fonher, S. L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 18 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Construcciones Metálicas Fonher, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la Junta general autorizó al órgano de administración a contratar auditores de cuentas para los ejercicios 2008 y 2009. Con fecha 12 de enero de 2010 se procedió a la aceptación del presupuesto presentado por el auditor don para estos dos ejercicios, quedando pendiente la extensión de la auditoría para los ejercicios siguientes. Adjuntaba a su escrito copia del Acta de la Junta general celebrada el 10 de julio de 2009, en la que se proponía el nombramiento de auditor de cuentas para los ejercicios 2008 y anteriores.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 19 de abril de 2010 acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad, no precisa la extensión de los trabajos encomendados al auditor de cuentas concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, de la documentación aportada por la sociedad resultan dudas sobre la extensión de la auditoría a realizar por el auditor designado, ya que, de una parte, se aporta copia de un acta notarial de Junta de 10 de julio de 2009 en la que, como punto del Orden del día, figura el acuerdo de «nombramiento de auditor, en su caso, para auditoría contable, y/o revisión y examen de la contabilidad», proponiéndose a la Junta «que se nombre un auditor que audite las cuentas del año 2008 y los ejercicios anteriores, así como que se revise la contabilidad», produciéndose a continuación una discusión en la que alguno de

los intervinientes propone que la auditoría «deba de ser para todos los ejercicios», otro discute la posibilidad de hacer una auditoría íntegra de la sociedad a cargo de la misma, y finalmente el Presidente somete a votación el acuerdo de que «se nombre un auditor para auditoría contable y/o revisión de la contabilidad», aprobándose el acuerdo por mayoría, y manifestando la socia que ahora presenta la solicitud de nombramiento de auditor que «la auditoría debe de hacerse en todo lo que sea necesario». Y a continuación se aporta un escrito firmado por el auditor don el 8 de enero de 2010 en el que aporta una propuesta para la realización de la auditoría de las cuentas de la sociedad cerradas el 31 de diciembre de 2008»; otro posterior de la sociedad (12 de enero de 2010) en el que le confirman al auditor «la aceptación de su presupuesto de honorarios para la realización de las auditorías correspondientes a los ejercicios 2008 y 2009», otro del auditor de 18 de enero de 2010 en el que acusa recibo del escrito anterior, solicita documentación y concluye diciendo que «en fechas próximas les remitiré el correspondiente contrato de auditoría para cada uno de los ejercicios 2008 y 2009», y un último escrito del auditor de fecha 27 de enero de 2010 en el que dice que remite a la sociedad «el acuerdo alcanzado con ustedes para realizar la auditoría de las cuentas anuales de esa empresa del ejercicio 2008». Es decir, que no consta con carácter fehaciente un acuerdo de ningún órgano de la sociedad de designar auditor para la verificación de las cuentas del ejercicio 2009 con determinación de la identidad del auditor, que sólo se puede constatar la existencia de una voluntad social de someter a verificación la contabilidad de la sociedad sin precisar el alcance de esa verificación, y que por último, de la correspondencia cruzada entre la administración social y el auditor se revela que el acuerdo finalmente alcanzado lo es sólo para las cuentas del ejercicio 2008. A lo cual hay que añadir que esta documentación, consistente en un cruce de cartas entre la sociedad y el auditor, carece de fehacencia en cuanto a la fecha, lo cual impide tomarla en consideración para denegar al socio minoritario el ejercicio de su derecho.

IV

Contra dicha resolución don, en nombre y representación de la sociedad, según resulta de la escritura pública de apoderamiento de 16 de mayo de 2010, autorizada por el Notario del País Vasco don, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: 1.º) Que en el caso de administrador único es obvio que sus acuerdos y decisiones resultan de los contratos suscritos y de sus actuaciones. En el caso presente, el contrato con el auditor de cuentas se suscribió el 27 de enero de 2010 y, por tanto, de conformidad con los artículos 1.254 y 1.255 del Código Civil, desde esa fecha existe un contrato válido y eficaz. 2.º) Que es una práctica habitual de la empresa la de contratar a los auditores por varios ejercicios económicos, con el fin de garantizar su independencia. 3.º) Que la sociedad está pasando por una difícil situación económica y supondría un verdadero quebranto económico el hacerse cargo de una segunda auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Regla-

mento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, el contrato del auditor con la empresa no especifica con claridad los ejercicios económicos que constituyen su objeto, siendo así que, en contra de lo que la sociedad entiende, para enervar el derecho de la solicitante ha de quedar acreditado –y para ello no basta la mera alegación– además de que se acordó con anterioridad, que el encargo de auditoría comprende las cuentas del ejercicio cuya verificación solicitó la socia minoritaria, en este caso el ejercicio 2009. Al mismo tiempo, la sociedad no ha garantizado a la peticionaria su derecho al informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2009, puesto que no procedió a la inscripción del contrato de auditoría, ni lo ha hecho llegar a la solicitante ni tampoco lo ha aportado al expediente.

Consecuentemente, debe ser reconocido su derecho al nombramiento registral de auditor que solicitó.

2.º Alega la sociedad que, de llevarse a cabo una segunda auditoría, se originaría un notable perjuicio económico para la empresa, dada la difícil situación económica por la que atraviesa. Pues bien, dicha alegación tampoco puede prosperar, dado que el artículo 205.2 de la ley de Sociedades anónimas dispone taxativamente –sin dejar margen interpretativo alguno– que los gastos que la auditoría comporta corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de «Construcciones Metálicas Fonher, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 19 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 22 de agosto de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 23 de agosto de 2011

En el expediente 177/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Rolanca, S. A.».

HECHOS

I

Don presentó el 16 de marzo de 2010 un escrito en el Registro Mercantil de solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular de un número de participaciones sociales superior al 5% del capital social de «Rolanca, S. A.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

A la vista de la anterior instancia, la Registradora Mercantil de, con fecha 17 de marzo de 2010, acordó conceder al solicitante el plazo de diez días para que aportara los documentos en los que fundaba su legitimación, dado que ésta no resultaba del contenido del Registro.

III

Transcurrido en exceso el plazo señalado, la Registradora Mercantil de acordó, el 7 de mayo de 2010, desestimar la solicitud por no quedar acreditada la legitimación del solicitante, incumpliendo el requisito exigido por el artículo 351.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Contra dicha resolución don interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º Que es socio de la empresa «Rolanca, S. A.», desde que en 2000 adquirió por herencia de su padre un número de 3.333 acciones, tal como resulta de la escritura de protocolización de operaciones particionales, autorizada ante el Notario, don, con fecha de 12 de mayo de 2000. 2.º Que su condición de accionista de la compañía resulta de diversos asientos practicados en el Registro Mercantil, pues fue vocal del Consejo de Administración, por lo que su condición de accionista consta plenamente acreditada. 3.º Que, dado que en la actualidad se encuentra apartado de la gestión social, solicita el nombramiento de auditor de cuentas para conocer cual es la actuación de los administradores sociales. Adjuntaba a su escrito fotocopia de copia simple de la escritura de protocolización del cuaderno particional; así como copia de algunos asientos inscritos y anotados en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 71 y 79 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 144, 152 y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Plantea el presente expediente como una única cuestión la de determinar si una vez transcurrido el plazo concedido por la Registradora Mercantil para la subsanación de la solicitud, sin que el interesado y solicitante de la auditoría de cuentas aportara contestación alguna a dicho requerimiento (*cf.* art. 71 de la ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común) puede admitirse en trámite de recurso de alzada los documentos y las copias en las que el interesado funda su derecho.

La respuesta debe ser negativa, pues el Reglamento del Registro Mercantil dispone en su artículo 351.2 que los solicitantes de la auditoría de cuentas, habrán de acompañar a su instancia, en su caso, de los documentos acreditativos de la legitimación del solicitante. Es cierto que este precepto ha sido interpretado de manera flexible por este Centro Directivo manteniendo que basta con que el solicitante aporte un principio de prueba de su legitimación para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas. Ahora bien, la competencia para apreciar si los datos facilitados por el firmante de la instancia son o no suficientes para entender que, en principio, está legitimado para el ejercicio de este derecho, reside en el Registrador Mercantil, siendo así que, como ya se ha indicado, tras haber concedido un plazo prudencial para la subsanación de posibles omisiones, sin obtener la colaboración propia de quien pretende ejercitar un derecho, denegó su solicitud.

En atención a lo expuesto, este Centro Directivo no tiene competencia para atribuir a este recurso de alzada la virtualidad de un acto de iniciación cuando el procedimiento ha sido correctamente actuado, sin que se aprecie ninguna omisión o defecto en su tramitación. Una solución diferente implicaría retrotraer el procedimiento al momento de la presentación de la instancia en el Registro Mercantil para su traslado a la sociedad a efectos de que planteara su oposición a la misma y una nueva resolución de la Registradora Mercantil. En definitiva, supondría reabrir unos plazos que quedaron cerrados a los tres meses del cierre del ejercicio social cuya auditoría se solicitó.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, solicitante de la auditoría de cuentas para «Rolanca, S. A.» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de el 7 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 23 de agosto de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 24 de agosto de 2011 (1.ª)

En el expediente 175/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sociedad de Desarrollos Empresariales Arganda, S. L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 26 de marzo de 2009 solicitando, al amparo de los artículos 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, como titular de más del 5% del capital social de «Sociedad de Desarrollos Empresariales Arganda, S. L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitante conoce perfectamente la situación contable y financiera de la empresa, puesto que ella y su cónyuge fueron asesores contables y fiscales de la compañía, y, por tanto, no existe causa legítima para solicitar la auditoría de cuentas. 2.º) Que, entre los documentos adjuntos a la instancia, se encuentra un certificado en el que, aparentemente, está la firma del administrador único, sin embargo esa firma rúbrica no ha sido realizada por el S. S.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 20 de abril de 2010, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que la solicitante reúne las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas, mantuvo que el tener acceso a la información contable y financiera no limita el derecho del solicitante a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas. La mala fe del peticionario no puede examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido. La sociedad podrá ejercer las acciones legales que estime pertinentes ante los Tribunales de Justicia para reclamar la indemnización de los perjuicios ocasionados por la supuesta actuación maliciosa.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, básicamente, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo, 8 de junio y 24 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 6 de junio, 4 de octubre, 23 y 26 de noviembre de 2005 y 19 de junio de 2007.

1.º No pueden prosperar en el presente expediente ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de recurso. En efecto, frente a la alegación que cuestiona la buena fe del solicitante, este Centro Directivo ha mantenido que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

2.º Tampoco puede prosperar su alegación relativa al conocimiento que tuvo la socia minoritaria de la contabilidad social pues, como ha mantenido reiteradamente este Centro Directivo, los derechos de información y auditoría son derechos que, aunque relacionados, resultan diferentes por su finalidad y requisitos, así como por las condiciones para su ejercicio. (*cf.* arts. 112 en relación con el artículo 205.2 de la ley de Sociedades Anónimas)

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en representación de «Sociedad de Desarrollo Empresariales Arganda, S. L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. II de el 20 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 24 de agosto de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 24 de agosto de 2011 (2.^a)

En el expediente 173/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Servicios de Jardinería y Topografía Jaralmar, S. L.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 29 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 84 y 86.3 de la ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 50% del capital social de «Servicios de Jardinería y Topografía Jaralmar, S. L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º Que la socia peticionaria no representa el 30% del capital social de la entidad mercantil, sino solo el 23%. 2.º Que la sociedad puede verse seriamente perjudicada si se publicara el informe de auditoría, al poder implicar un recorte del crédito, con la consiguiente paralización de la actividad. 3.º Que los gastos de auditoría agravarían también la situación económica de la sociedad. 4.º Que el derecho de información que tienen los socios minoritarios puede, en este caso, provocar más perjuicios que beneficios.

III

El Registrador Mercantil de, el 30 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que la sociedad no había formulado ninguna objeción que pudiera enervar el derecho del solicitante. En cuanto al porcentaje de participación de la solicitante en el capital social, entendió que el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas solo exige ostentar la propiedad del 5% del capital social, requisito que la solicitante cumple de manera suficiente. En cuanto a los perjuicios que el informe de auditoría pudiera causar a la sociedad, en el supuesto de ser no conforme, mantuvo que el artículo 205.2 de la Ley y el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil cuando reconocen y regulan el derecho de los socios minoritarios a la verificación contable, no contemplan excepción alguna motivada por la crisis económica de la empresa. En cuanto a los gastos de auditoría, por expresa disposición del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación en que se encuentre. Por último, los derechos de información y verificación contable son derechos que, aunque relacionados, son diferentes por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a su ejercicio.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en esencia, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Añadió que la única intención de la solicitante es constreñir a la sociedad haciéndola incurrir en gastos innecesarios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo, 8 de junio y 24 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 6 de junio, 7 de octubre, 13 de diciembre de 2005 y 30 de marzo de 2006.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil que, siendo ajustada a derecho, no es desvirtuada por ninguna de las alegaciones aducidas en el escrito de interposición del recurso. En primer lugar, la solicitante reúne el requisito de legitimación al ostentar más del 5% del capital social de la compañía exigido por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para ejercitar el derecho, luego es indiferente en este procedimiento que el conjunto de participaciones sociales sea del 30% –como ella alegó en su instancia– o del 23% como indicó la sociedad.

2.º En cuanto al posible perjuicio económico que un informe de auditoría desfavorable pudiera acarrear a la compañía –apreciación que no se comparte– se ha de señalar que la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es la de dar a conocer a socios y acreedores si la contabilidad social se ha llevado de manera ajustada a derecho y si refleja la verdadera situación patrimonial de la empresa para que, en caso de no ser así, los socios puedan ejercer la acción de responsabilidad de administradores. En otras palabras, tratar de impedir la realización del informe de auditoría para evitar una opinión desfavorable por parte del auditor de cuentas, es contrario al espíritu de la norma.

3.º En cuanto a los gastos que la auditoría, el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone –sin dejar margen interpretativo alguno– que éstos corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

4.º Por último, en cuanto a las motivaciones que han llevado a la solicitante a solicitar la auditoría, este Centro Directivo ha mantenido que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar

dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en representación de «Servicios de Jardinería y Topografía Jaralmar, S. L.», y confirmar la resolución dictada por el Registrador Mercantil de el 30 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 24 de agosto de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 24 de agosto de 2011 (3.ª)

En el expediente 183/2010 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Confort Glass, S. L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 31 de marzo de 2010, solicitando, al amparo del artículo 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como socio de «Confort Glass, S. L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de don, en su condición de administrador único, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que las participaciones sociales tienen carácter ganancial y, por tanto, hasta que no sea disuelta la sociedad de gananciales y realizadas las concretas adjudicaciones, la peticionaria carece de legitimación para solicitar la auditoría. 2.º) Que la documentación de la sociedad se encuentra en el domicilio social, siendo así que la solicitante en unión de otra persona ha retenido la documentación de la sociedad, haciendo imposible el acceso a la misma. 3.º) Que estos hechos han sido puestos en conocimiento del Juzgado de Instrucción núm. 6 de, dado lugar a las diligencias previas núm. 1736/09.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 23 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado, al entender que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que, aunque la sociedad de gananciales permanezca indivisa cualquiera de los cónyuges está legitimado para solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, dado que con la solicitud se está ejercitando un acto de administración y gestión de los bienes comunes. No puede prosperar la interposición de una denuncia penal por los hechos indicados en el escrito de oposición, por no existir relación alguna entre las diligencias penales abiertas y este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas. Respecto a la mala fe de la solicitante, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando, básicamente, los argumentos aducidos en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidos en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

El presente recurso plantea una cuestión previa de carácter procedimental cuya determinación hace ocioso el examen de las restantes. Dicha cuestión no es otra que la relativa al plazo de interposición del recurso.

Según consta en el expediente, la resolución del Registrador Mercantil de fue recepcionada por la sociedad el 4 de mayo de 2010 y el recurso de alzada contra la misma se presentó por la sociedad en la Oficina de Correos de Alzira el 24 de mayo del mismo año, siendo así que el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil establece que el plazo para recurrir en alzada antes esta Dirección General de los Registros y del Notariado es el de 15 días hábiles, contados a partir de la notificación de la resolución. Por tanto, se ha de concluir que el presente recurso es extemporáneo.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto inadmitir el recurso de alzada interpuesto don, en su condición de administrador solidario de «Confort Glass, S. L.», y confirmar las Resoluciones del Registrador Mercantil de el 23 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 24 de agosto de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 24 de agosto de 2011 (4.^a)

En el expediente 179/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Sanatorio de Santa María, S. A.».

HECHOS

I

Don, en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de doña, don, doña y doña, como miembros de la comunidad hereditaria en la que constan 200 participaciones sociales de la entidad «Sanatorio de Santa María, S. A.» presentó un escrito en el Registro Mercantil el 30 de marzo de 2010, solicitando, al amparo, del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 11,11% del capital social de dicha sociedad,

el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009. Adjuntaba a su instancia escritura de constitución de la sociedad, autorizada por el Notario de, don, el 28 de agosto de 1974, de la que resulta que don, casado con doña suscribió 200 participaciones sociales equivalentes al 11,11 del capital social; Acta de notoriedad de declaración de heredero, de 25 de septiembre de 1997, autorizada por el Notario de don; escritura de aceptación y adjudicación parcial de herencia de 9 de abril de 2001, autorizada por el Notario de, don

II

La sociedad, a través de don, en nombre y representación de la sociedad, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Falta de legitimación del solicitante, ya que no acredita la representación con la que actúa en nombre de la comunidad de bienes de la herencia sin dividir; 2.º) Inexpresión en la instancia de los datos registrales de la sociedad y de la causa de la solicitud; 3.º) Carencia de *afectio societatis* y abuso de derecho.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 21 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud formulada, en base a que según reiterada doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado, el reglamento del Registro Mercantil no ha pretendido ser riguroso con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición e incluso no siempre resulta exigible dicha justificación documental —«en su caso»— dice el precepto. El firmante de la instancia ha acreditado su legitimación mediante los documentos adjuntos a ésta, de los que se desprende que es miembro de una comunidad de bienes y que como tal puede ejercitar actos de administración y gestión, como lo es el derecho a solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas. En cuanto a la negación de ésta legitimación por parte de la sociedad, no basta por sí sola para justificar la oposición y es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que acredite que el solicitante perdió su condición de socio o el porcentaje de participación en el capital social necesario para ejercitar el derecho. Por lo que se refiere a la omisión de los datos registrales, esta no tiene trascendencia en el procedimiento, dado que su indicación tiene la finalidad de facilitar al Registrador Mercantil la búsqueda de la sociedad. Tampoco la inexpresión de la causa es relevante en este procedimiento de nombramiento de auditor de cuentas, fundado en el artículo 205.2 de la ley de Sociedades Anónimas, ya que en este tipo de sociedades, no obligadas por ley a la verificación contable, la causa de la petición es siempre u típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición.

V

Finalmente, el 5 de abril de 2011 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio de la Registradora Mercantil de, al que adjuntaba un

escrito firmado por el solicitante de la auditoría, actuando en su propio nombre y en el de su hermana doña, así como por doña, don, doña en el que desistían de su solicitud de nombramiento de auditor de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado por don, en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de doña y por doña, don, doña, solicitantes de la auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009 y declarar concluso el procedimiento.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 24 de agosto de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 25 de agosto de 2011 (1.^a)

En el expediente 182/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Unidad de Estancia Diurna para Personas Mayores La Alfaguara, S. L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 29 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 5% del capital social de «Unidad de Estancia Diurna para Personas Mayores La Alfaguara, S. L.», el

nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que se convocó a la solicitante de la auditoría a la Junta general de la sociedad el 22 de marzo de 2010, en cuyo orden del día figuraba la aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009. En dicha convocatoria se ponía a disposición de la solicitante todos los documentos contables y sociales que estimara conveniente examinar. 2.º) Que poco después de que el solicitante ejercitase su derecho, se aprobaron las cuentas anuales el 16 de abril de 2010 con el 87,50% del capital a favor y con el porcentaje que a él le corresponde en contra. 3.º) Que entendemos que la solicitante ha vulnerado todos los deberes esenciales del socio para con la sociedad, entre ellos, el de la buena fe y el de fidelidad al ente social.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha de 3 de mayo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Mantuvo que los derechos de información y auditoría, aunque relacionados, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independiente en cuanto a las condiciones para su ejercicio. En cuanto a la alegación sobre la mala fe de la peticionaria, resulta imposible examinar las razones que han llevado a la solicitante a solicitar la auditoría de cuentas, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial, también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados (*cf.* art. 1.902 del Código Civil). Por último, señaló que en cuanto a la vulneración del interés social, es la propia Ley de Sociedades Anónimas la que reconoce este derecho del socio minoritario, sin que pueda ser privado del mismo en atención al interés social.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General aduciendo las mismas alegaciones formuladas en el escrito de oposición y que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que la solicitante no ha acreditado la titularidad de sus participaciones sociales con lo que es la única acreditación posible: la certificación del Libro Registro de socios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Regla-

mento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 24 de septiembre de 1993, las de 6 de junio, 4 de octubre, 23 y 26 de noviembre de 2005, 19 de junio de 2007, y, como más reciente la de 22 de octubre de 2010.

1.º No pueden prosperar en el presente recurso ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de recurso. En cuanto a la acreditación de su legitimación para instar el nombramiento registral de auditor de cuentas, este Centro Directivo ha mantenido que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del art. 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por si sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende.

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por la solicitante el requerido principio de prueba: la escritura de fundación de la sociedad, autorizada por el Notario de, don, inscrita en el Registro Mercantil (arts. 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil), sin que la sociedad, por su parte, haya aportado prueba alguna demostrativa de que hubiera perdido su condición de socio. Las alegaciones de la recurrente intentan trasladar al peticionario de la auditoría la carga de una prueba adicional no exigida ni legal ni reglamentariamente, olvidando que éste ya ha demostrado, al menos, que fue socio y, bajo su responsabilidad, que sigue siéndolo en la actualidad. Corresponde ahora, por tanto, a la sociedad probar –y no lo ha hecho– que el accionista ha dejado de serlo, por lo que no cabe sino reconocer que esta legitimado para solicitar la auditoría.

Además de lo señalado en el párrafo precedente esta Dirección General ha rechazado, y lo hace nuevamente, porque significaría dejar al arbitrio de una de las partes –la sociedad– el ejercicio de un derecho que la Ley reconoce a la otra –el socio–, que la única forma de acreditar la condición de socios sea la que resulta del Libro Registro a que se refiere el antiguo artículo 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada o, la exhibición de los títulos o el Libro Registro de acciones nominativas a que se refiere el antiguo artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas (actuales arts. 104 y 116 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la buena fe de la solicitante, por el hecho de entender que el ejercicio de este derecho vulnera el interés de la sociedad, dado que este Centro Directivo ha mantenido que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán

siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cfr.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados (*cfr.* art. 1.902 del Código Civil).

3.º En cuanto al derecho de información que ejerció la socia minoritaria, como indicó el Registrador Mercantil de, este derecho y el de auditoría aunque se encuentran relacionados, resultan diferentes tanto por su finalidad y requisitos como por las condiciones para su ejercicio, siendo así que el derecho de información asiste a todos los socios, con independencia de su participación en el capital social de la entidad, mientras que el derecho de auditoría solo asiste a quienes ostentan al menos el 5% del capital social de la compañía.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, don, administrador único de «Unidad de Estancia Diurna para Personas Mayores La Alfaguara, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 3 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 25 de agosto de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 25 de agosto de 2011 (2.ª)

En el expediente 174/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Agroganadera San Gabriel, S. L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 18 de febrero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y

siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Agroganadera San Gabriel, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su Consejero Delegado, don, cuya representación acreditada por escritura de poder general, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la sociedad, a través del Consejo de Administración procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas para efectuar la verificación contable de los ejercicios cerrados a 31 de diciembre de 2009 y a 31 de diciembre de 2010. Consecuentemente, no procede el nombramiento solicitado por la socia minoritaria, ya que la sociedad había ya nombrado auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 26 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, indicó que el 19 de febrero de 2010 la sociedad presentó para su inscripción la certificación del acta de la sesión del Consejo, expedida en el 18 de diciembre de 2009, por don, en su calidad de Secretario del Consejo de Administración, con el visto bueno de su Presidenta y de su Vicepresidente, y don, respectivamente. La calificación de dicho documento se suspendió en tanto no quede resuelto, en uno u otro sentido, el presente expediente, e incluso, si llegare el caso, hasta la resolución definitiva de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Continuó manteniendo que en el nombramiento voluntario de auditor no concurren las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado a saber: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. En el caso presente, resulta evidente que no se ha garantizado el derecho de la socia por ninguno de los medios anteriormente descritos y, consecuentemente, no se cumple la garantía ineludible del derecho del socio minoritario al informe de la auditoría de las cuentas del ejercicio 2009.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en esencia, las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración y añadiendo: 1.º) Que no considera ajustado a derecho que el auditor sea nombrado por el Registro Mercantil a instancias del socio minoritario, cuando ya los propios órganos sociales han adoptado el acuerdo de nombramiento y han obtenido la aceptación del auditor. Mantener esta posibilidad sería pervertir la finalidad de las normas legales que regulan la auditoría de cuentas. 2.º) Que la solicitud del socio minoritario lo único que hace es iniciar un expediente y el correspondiente procedimiento para el nombramiento de auditor sin que exista nombramiento ni se pueda inscribir, hasta

que un auditor acepte. En cambio, el acuerdo del consejo de administración –órgano social competente en este caso por no ser una sociedad obligada a verificación contable– ya es un acuerdo ejecutivo con arreglo a lo que disponen los artículos 54.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSL) y 99.2 del Reglamento del Registro Mercantil, produciendo el acta de la reunión efectos frente al socio minoritario con arreglo a lo dispuesto en el artículo 70.1, inciso segundo, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada al no haber sido impugnado el referido acuerdo. Por tanto, no existen títulos contradictorios o, mas precisamente, los pretendidos títulos que se dicen contradictorios no lo son. 3.º) Que, en el caso presente, las fechas de adopción del acuerdo por el órgano de administración y la de aceptación del nombramiento fueron previas a la solicitud del socio minoritario, lo que queda acreditado mediante la legitimación notarial de las firmas de la Presidenta y del Secretario del Consejo de Administración las cuales, según consta en la propia certificación, fueron legitimadas los días 9 y 16 de febrero de 2010, respectivamente. 4.º) Que dichos documentos se presentaron a inscripción en el Registro Mercantil, la cual fue denegada por estar pendiente de resolución la solicitud presentada por el socio minoritario, siendo así que la actuación del Registro Mercantil debió limitarse a practicar la inscripción del auditor nombrado por la sociedad, no siendo de aplicación en este supuesto el principio de prioridad, invocando la aplicación por analogía de las resoluciones de la DGRN de fecha 16 y 22 de febrero de 1996, 7 de mayo del mismo año, 20 de marzo de 2001, 16 de mayo de 2001 y 21 de abril de 2010. 5.º) Que si el auditor de cuentas ya ha sido nombrado por la sociedad y ha aceptado su cargo, no se puede dudar de que no se garantizan los derechos del socio minoritario, como expone el Registrador Mercantil como fundamento de su negativa a la inscripción pues, en caso contrario, podría dar a entender que el nombramiento que hace el Registro Mercantil garantiza los derechos del socio, mientras que el auditor designado por el órgano de administración actuará interesadamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar que este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, regulado en el Título III del Reglamento del Registro Mercantil –«Otras Funciones del Registro Mercantil»– artículos 350 y siguientes, es independiente de la calificación que el Registrador Mercantil pueda realizar sobre otros títulos presentados a inscripción, aún cuando el presentante sea la misma sociedad afectada por la solicitud del socio minoritario y aún cuando el título pretenda la inscripción de un auditor de cuentas voluntariamente contratado por la sociedad. Y es independiente porque se trata de procedimientos distintos que responden a finalidades diferentes, siendo así que el primero de ellos, iniciado con la presentación de un título para su inscripción, culmina con la propia inscripción o bien con

una calificación suspensiva o denegatoria, contra la cual el presentante puede interponer un recurso gubernativo ante este Centro Directivo, en los plazos regulados en el artículo 66 del Reglamento del Registro Mercantil. Y, en caso de no recurrirla o de que el recurso interpuesto sea desestimado, puede volver a presentarlo con el propósito de causar la pretendida inscripción o anotación.

En cambio, este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, instado por la minoría, es un procedimiento eminentemente contradictorio y culmina con una resolución estimando o desestimando la solicitud, la cual puede ser recurrida por el socio o la sociedad ante este Centro Directivo.

2.º La cuestión de fondo planteada no es otra que la de determinar cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría por ninguno de los medios indicados, ya que la inscripción del nombramiento voluntario de auditor que solicitó no llegó a practicarse, ni tampoco se puso a disposición de la solicitante el informe de auditoría de cuentas ni se incorporó al expediente, a pesar de haber transcurrido más de un año desde que la sociedad procedió a la contratación. Por tanto, debe reconocerse la procedencia del nombramiento de auditor solicitado por la minoría.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, Consejero Delegado de «Agroganadera San Gabriel, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de de 26 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 25 de agosto de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 25 de agosto de 2011 (3.ª)

En el expediente 178/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Instituto Quirúrgico Siurto, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 10 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 33,33% del capital social de «Instituto Quirúrgico Siurto, S. L.», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que el solicitante de la auditoría ha solicitado la convocatoria de la Junta general para tratar sobre diversos asuntos de contenido económico y dicha Junta se celebrará incluyendo en el orden del día todos propuestos por el socio. 2.º) Que dada la situación económica de la empresa, en dicho orden del día se incluirá la solicitud de declaración de concurso voluntario para la liquidación de la sociedad. 3.º) Que en el procedimiento concursal el nombramiento de auditor será inútil, puesto que será el administrador nombrado por el Juez de lo mercantil el que realizará la revisión de las cuentas sociales.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 26 de abril de 2010, resolvió no acceder a la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que, ninguno de los motivos alegados por la sociedad podían enervar el derecho del socio, dado que la solicitud de Junta General, así como la posterior convocatoria y celebración de la misma no es incompatible con el ejercicio del derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor de cuentas, tanto más cuando no se ha aportado documentación que acredite que en dicha Junta se ha procedido al nombramiento de auditor de cuentas. Respecto al perjuicio económico que la auditoría ocasionará para la sociedad, el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone, de manera taxativa, que los gastos de la auditoría de cuentas corren siempre a cargo de la sociedad. En cuanto a la solicitud de declaración de concurso, mantuvo que ni consta en el Registro Mercantil, ni resulta acreditada que dicha declaración haya sido solicitada.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones aducidas en el escrito de oposición que y, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 1994, 16 de noviembre de 1995 y, como más recientes, las de 9 de diciembre de 2005, 14 de octubre de 2006 y 20 de febrero de 2008.

1.º Procede confirmar la resolución dictada por el Registrador Mercantil de que, siendo ajustada a derecho no ha sido desvirtuada por ninguna de las alegaciones aducidas por la sociedad en su escrito de interposición del recurso. En primer lugar, la solicitud de convocatoria de la Junta general es un derecho de orden social que asiste al socio en los términos previstos en la antigua Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (actual art. 168 de la Ley de Sociedades de Capital) que no interfiere ni, mucho menos, condiciona el ejercicio que pueda realizar el socio de otros derechos, como es el de solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas.

2.º La situación económica por la que atraviesa la sociedad y sus dificultades para hacer frente al pago de los honorarios del auditor, no pude impedir que el socio minoritario ejercite su derecho, dado que el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone de manera taxativa –sin que quepa

margen interpretativo alguno— que los gastos de la auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad.

3.º Por último, resulta evidente que tampoco puede prosperar la alegación social sobre una futura solicitud de declaración judicial de concurso voluntario que formulará la sociedad ante el Juzgado de lo Mercantil competente. Como ha mantenido este Centro Directivo en numerosas resoluciones, tanto las condiciones del socio legalmente exigidas para solicitar la auditoría de cuentas, como las posibles causas de enervación por parte de la sociedad, deben apreciarse en un momento concreto del procedimiento que es el de la presentación de la instancia en el Registro Mercantil solicitando el nombramiento de auditor de cuentas y, por tanto, no existiendo ni en ese momento de presentación de la instancia por el socio minoritario, el 10 de marzo de 2010, ni posteriormente, cuando el Registrador Mercantil adoptó su decisión el 26 de abril de 2010 tal declaración judicial de concurso, procede sea reconocido el derecho del solicitante al nombramiento registral de auditor de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de «Instituto Quirúrgico Siurto, S. L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de de 26 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 25 de agosto de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 26 de agosto de 2011 (1.ª)

En el expediente 107/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de unos socios de «Antón-Hotel, S. L.».

HECHOS

I

Doña, don y doña, presentaron un escrito en el Registro Mercantil de el 8 de marzo de 2010, solicitando, al amparo, del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades

Anónimas y del artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 23,33% del capital social de «Antón-Hotel, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que doña no ostenta un porcentaje de capital social del 5% de éste, por lo que carece de legitimación para instar el nombramiento registral de auditor y respecto a don y a doña no consta ni al administrador ni a la sociedad que sean socios de la misma.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 26 de marzo de 2010, acordó conceder a la sociedad el plazo de diez días para que justificara documentalmente la titularidad de 350 participaciones sociales, núm. 351 a 700, ambas inclusive, mediante el certificado del Libro Registro. A dicho requerimiento la indicada representación social contestó aportando una certificación del Libro Registro de socios, de la que resulta que las participaciones sociales números 351 a 665, ambas inclusive, pertenecen a don, el fallecido padre de los hermanos y las participaciones números 666 a 700 a doña

IV

Por resolución de 12 de abril de 2010 la Registradora Mercantil de resolvió desestimar la oposición de la sociedad al entender que, resultando del Libro Registro de socios que don fue titular de las participaciones 351 a 665, ambas inclusive, no puede, por parte de ese Registro, desconocerse la legitimación que ostenta doña, de don y de doña, Mantuvo que, conforme al artículo 34 de la Compilación de Derecho Civil Aragonés la aceptación de la herencia puede ser expresa o tácita, siendo esta última la que tiene lugar mediante actos del llamado que suponen necesariamente su voluntad de aceptar la herencia. A la vista del artículo 26 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, resulta que el adquirente podrá ejercer los derechos del socio frente a la sociedad desde el día en que ésta tenga conocimiento de la transmisión o constitución del gravamen.

V

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición y añadiendo: 1.º) Que conforme al artículo 8 de los Estatutos Sociales «fallecido alguno de los socios el heredero o legatario deberá comunicar a la sociedad la adquisición hereditaria en el plazo de dos meses a contar desde el fallecimiento del socio». Es decir, los estatutos establecen que la adquisición de participaciones sociales conste en documento público. 2.º) Que es preciso reiterar que doña posee un porcentaje de capital social del 2,33%, por lo cual no alcanza al mínimo exigido en la Ley para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 25 de marzo de 1994, 3 de abril y 18 de mayo de 1995 y, como más recientes, las de 10 de febrero de 2003 y 19 de febrero, 24 de mayo y 12 de junio de 2005 y 30 de mayo de 2007.

Procede confirmar por ajustado a derecho el fundamento de la resolución adoptada por el Registradora Mercantil de En efecto, los solicitantes han aportado un principio de prueba por escrito de su legitimación mediante la invocación a la escritura de constitución de la sociedad y, asimismo, aportando al expediente de nombramiento registral de auditor de cuentas para conocer el valor aproximado de sus participaciones sociales, iniciado el 30 de noviembre de 2009, el certificado de defunción de don y la declaración de herederos abintestato –todos ellos documentos públicos– de los que resulta que han adquirido la titularidad de más del 5% del capital social legalmente exigido para ejercitar el derecho a la verificación contable (*cf.* art. 317 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La sociedad, por su parte, no ha aportado prueba alguna que desvirtúe dicho principio, puesto que, en contra de lo que entiende, la condición de socio no solo puede ser acreditada mediante una certificación expedida por el órgano de administración social ni mediante la inscripción en el Libro Registro, ya que, de ser así, se dejaría al arbitrio de una de las partes de este procedimiento –la sociedad– el ejercicio de un derecho que la ley le atribuye a la otra –el socio minoritario.

En cuanto a la falta de comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria por parte de los solicitantes de la auditoría, hay constancia en este expediente que la Registradora Mercantil de trasladó la instancia que inició el expediente a la sociedad para que ejerciera su derecho a oponerse, notificación que hace las veces de la comunicación requerida por el antiguo artículo 26.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada para ejercitar los derechos del socio ante la sociedad. Por si ello fuera poco, consta también el recurso interpuesto por esa misma representación social contra la resolución de la Registradora Mercantil de, de 2 de diciembre de 2009, nombrando auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales, instado por los mismos socios, de lo que resulta que la sociedad conoció suficientemente la adquisición hereditaria producida a su favor.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de «Antón-Hotel, S. L.» y confirmar la Resolución de la Registradora Mercantil de de 12 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 26 de agosto de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 26 de agosto de 2011 (2.^a)

En el expediente 164/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Uix Casals, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 18 de febrero de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 84 y 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Uix Casals, S. L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2009.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad el 22 de febrero de 2010, ésta no presentó escrito de oposición a la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas dentro del plazo estipulado en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil núm. IV de, el 29 de marzo de 2010, tras comprobar que en la hoja abierta a la sociedad no consta inscrito el nombramiento voluntario de auditor de cuentas y que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, acordó no estimar la solicitud, dado que a la vista de la escritura de constitución de la sociedad y de los asientos que constan en el Registro, el solicitante es administrador solidario de la compañía, por lo que, conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y

del Notariado, no procede reconocer el derecho al nombramiento registral de auditor, dado que durante el ejercicio 2009 pudo contratar por sí mismo y sin impedimento alguno los servicios de un auditor de la contabilidad cerrada a 31 de diciembre de 2009.

IV

Contra dicha resolución don, actuando en representación del solicitante de la auditoría, don, según resulta de la escritura de poder general para pleitos, autorizada por el Notario de, don, bajo el número seiscientos cuarenta y tres de su Protocolo, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que si bien es cierto que es administrador solidario, «*de facto*» no llegó a ejercer la administración social en el año 2009, debido a la mala relación con los demás administradores solidarios que se desencadenó tras la muerte de don, padre del solicitante, dado que, a su muerte, instituyó como única heredera a doña que ostenta el 86% del capital social. Como consecuencia de dichos enfrentamientos el peticionario no pudo desarrollar su trabajo como administrador social, siendo de destacar que la empresa ni formuló las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2008, ni las presentó en el Registro Mercantil para su depósito. Es, por tanto, evidente que, en contra de lo que mantiene la resolución recurrida, el solicitante de la auditoría no pudo contratar los servicios de un auditor de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de diciembre de 2005, 16 de junio de 2006 y 24 de marzo de 2009.

La única cuestión que plantea el presente recurso se centra en determinar si el solicitante que fue nombrado administrador solidario por acuerdo de la Junta General adoptado en la reunión celebrada el 8 de febrero de 1999 y ha continuado siéndolo durante el ejercicio cuya auditoría solicita, según resulta del contenido del Registro Mercantil, puede solicitar y obtener el nombramiento registral de auditor.

Sobre esta cuestión este Centro Directivo se ha pronunciado reiteradamente manteniendo la doctrina de que la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador no debe impedir que éste ejercite un derecho que la Ley le atribuye por su condición de socio. Dicha incompatibilidad solo se daría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales por ser administrador único o bien si se tratara de un administrador solidario, puesto que en estas circunstancias, pudo por sí mismo contratar los servicios profesionales de un auditor para que verificara las cuentas de determinado ejercicio social, lo que no habría podido hacer si se tratara de un administrador mancomunado

pues, en este último supuesto, habría tenido que contar con la concurrencia de los demás administradores (*cf.* art. 1.692 del Código Civil).

Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que el solicitante, desde la Junta general celebrada el 8 de febrero de 1999 hasta el momento presente, ha ostentado el cargo de administrador solidario, pudiendo por sí mismo contratar la auditoría de cuentas del ejercicio 2009 y, con mayor razón, si durante el último periodo tuvo dudas fundadas sobre la eficacia de la gestión social y sobre la llevanza de la contabilidad por los restantes administradores solidarios.

Por tanto, procede confirmar la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. IV de, dado que no se estima conforme a derecho desencadenar una actividad registral, administrativa, o judicial con el fin de obtener lo que está en la capacidad de quien lo solicita y dentro de su esfera de actuación personal.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador solidario de «Uix Casals, S. L.», y confirmar en los términos que resultan de esta resolución, la dictada por el Registrador Mercantil de núm. IV el 29 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 26 de agosto de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 29 de agosto de 2011 (1.^a)

En el expediente 190/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ambiansys, S. L.».

HECHOS

I

Don, en su propio nombre y derecho y en nombre y representación la entidad «Tecnologías Aplicadas al Desarrollo Sostenible, S. L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil

de, el 29 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Ambiensys, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, cuya representación acredita por escritura de poder general, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad no está sujeta a la obligación de verificar sus cuentas anuales. 2.º) Que, a pesar de lo anterior, el solicitante del actual nombramiento de auditor y anterior representante de la compañía procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas a «Silchris Auditores, S. L.» para que verificara las correspondientes al ejercicio 2006. Dicho contrato fue renovado por cinco años, sin que llegara a formalizarse el nombramiento ni a inscribirse en el Registro mercantil porque la sociedad seguía sin estar obligada a la verificación contable. 3.º) Que con fecha de 8 de abril de 2010 la sociedad auditora realizó el informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009, siendo así que la administración de la sociedad convocó a la Junta general con el fin de poner en conocimiento de los socios dicho informe de auditoría. 4.º) Que el solicitante actúa de mala fe, dado que es plenamente consciente de la situación descrita y de que las cuentas vienen siendo auditadas por la citada firma auditora.

III

El Registrador Mercantil núm. VIII de, con fecha 21 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que los solicitantes reunían los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad no concurren la primera de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, para que el nombramiento de auditor de cuentas pueda enervar el derecho del socio minoritario que son: a) Que el nombramiento de auditor sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice, ineludiblemente, 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. En el caso presente, la sociedad no ha acreditado que el contrato con la firma auditora fuera anterior a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil, puesto que la fecha de los documentos aportados no pueden hacer prueba frente a terceros, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.227 del Código Civil que dispone que la fecha del documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que se entregue a un funcionario público competente por razón de su oficio o desde el día en que fuera depositado en un registro público, siendo así que la sociedad mantiene en su escrito de oposición que ni se formalizó el nombramiento ni se inscribió en el Registro. Respecto a la mala fe del solicitante, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió: 1.º) Que el 31 de diciembre de 2007, fecha en la que se renovó el contrato de auditoría por cinco años, el solicitante era Presidente y Consejero Delegado del Consejo de Administración de la sociedad. 2.º) Que en el Acta notarial levantada por el Notario don de la Junta Extraordinaria celebrada el 29 de junio de 2009, consta que en dicha reunión estaba presente el Sr. en calidad de auditor de la sociedad (auditor empleado de la firma «Silchris Auditores, S. L.»).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha llegado a acreditar la existencia previa del contrato de auditoría con la empresa auditora «Silchris Auditores, S. L.», puesto que si bien es cierto que en el Acta Notarial de la Junta Extraordinaria celebrada el 29 de junio de 2009, se hace referencia a la presencia del auditor Sr., nada se dice sobre la relación contractual de la sociedad con la firma auditora que dice haber contratado, ni tampoco sobre la obligación de verificar las cuentas anuales correspondientes al 2009. Por tanto, siendo éste el único dato que puede llevar a pensar que existió una contratación voluntaria de auditor, se estima que es insuficiente para enervar el derecho del solicitante a la auditoría de cuentas del ejercicio 2009.

2.º Cuestiona la sociedad la buena fe del solicitante de la auditoría por las razones que alegó en sus escritos de oposición y de interposición del recurso. Pues bien, también en esta cuestión procede confirmar la resolución dictada por el Registrador Mercantil de, dado que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, representante de «Ambiensys, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. VIII de el 21 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 29 de agosto de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 29 de agosto de 2011 (2.^a)

En el expediente 196/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «La Panza es Primero, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 26 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «La Panza es Primero, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión, alegando en síntesis, que la sociedad había contratado voluntariamente los servicios de un auditor de cuentas para el ejercicio 2009. Concretamente ha contratado a la firma auditora «Muñoz Vázquez Asociados, S. A.».

III

El Registrador Mercantil núm. XVI de, el 21 de abril de 2010, como diligencia para mejor proveer, requirió a la sociedad para que aportara en el plazo máximo de diez días, documentos acreditativos de la fecha fehaciente en la que se produjo la contratación del auditor, debiendo, asimismo, proceder a la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil o a la puesta a disposición del socio del informe de auditoría o bien incorporándolo al expediente. A dicho requerimiento respondió la indicada representación social el 4 de mayo de 2010.

IV

Por acuerdo de 11 de mayo de 2010 el Registrador Mercantil núm. XVI de resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos mantuvo que en el nombramiento voluntario alegado por la sociedad no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, la sociedad adjuntó al escrito de oposición un escrito firmado por la representante de la firma

auditora «Muñoz Vázquez Asociados, S. A.» en la que aparecen los sellos de cinco sociedades, entre ellas la sociedad afectada, no figurando firma alguna de los representantes de dichas sociedades. Si bien la firma de la propuesta es la de 22 de febrero de 2010, conforme al artículo 1.227 del Código Civil la fecha de un documento privado no contara respecto de terceros sino desde el día en que se entregara a un funcionario competente por razón de su cargo o se inscriba o deposite en un registro público, siendo así que la única fecha que puede considerarse fehaciente es la del burofax que la sociedad dirigió al solicitante el 23 de marzo de 2010, en la que, en cambio, no consta la designación de la sociedad auditora. No cumpliéndose el primero de los requisitos es irrelevante la concurrencia del segundo.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

VI

El 27 de diciembre de 2010 tuvo entrada en el Registro general de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil núm. XV de, al que adjuntaba un escrito presentado en ese Registro Mercantil por el solicitante de la auditoría de cuentas, don, renunciaba a su solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el artículo 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano la renuncia a la auditoría de cuentas presentada y declarar concluso el procedimiento sobre nombramiento de auditor instado por don para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2009 de la entidad mercantil «La Panza es Primero, S. L.».

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 29 de agosto de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 29 de agosto de 2011 (3.ª)

En el expediente 194/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Flopes 95, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 9 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Flopes 95, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

Tras varios intentos infructuosos de notificación, finalmente, el 22 de abril de 2010, la administradora única de la sociedad se opuso a dicha pretensión, alegando en síntesis: 1.º) Que, de acuerdo con los Estatutos sociales, había convocado Junta General Extraordinaria el 17 de marzo de 2010 para celebrar el 6 de abril del mismo año, con el fin de adoptar, entre otros acuerdos el de nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2009. La designación recayó en la empresa «Grupo Auditor Andrés González». 2.º) Que hallándose presente en dicha Junta el representante de la firma auditora, don, éste aceptó el encargo de auditoría. El citado acuerdo de nombramiento fue presentado en el Registro Mercantil para su inscripción el 15 de abril de 2010. 3.º) Que la sociedad está pasando por una situación de mucha inestabilidad y sería perjudicial para sus intereses el nombramiento de otro auditor por el Registrador Mercantil. 4.º) Que, sobre la base de lo expuesto, solicita sea nombrado por el Registrador mercantil a la empresa contratada por la sociedad.

III

El Registrador Mercantil núm. XII de, con fecha 28 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. A propósito del primer requisito señalado, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que la sociedad debe acreditar la anterioridad del nombramiento voluntario de auditor por alguno de los medios previstos en el artículo 1.227 del Código Civil, pues, en otro caso, el nombramiento no puede tenerse por previo. En el supuesto que nos ocupa, el nombramiento

de auditor efectuado por la sociedad no puede tenerse por previo, por cuanto que la propia convocatoria de la Junta general Extraordinaria es posterior a la fecha de presentación de la instancia en el Registro Mercantil. Respecto a la inestable situación financiera alegada por la sociedad, tan sólo se ha de señalar que el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone, sin dejar margen interpretativo alguno que los gastos de auditoría corren siempre de cuentas de la sociedad, sin que a ello obste la situación más o menos precaria de la misma. Finalizó su resolución señalando que no puede asumirse que el nombramiento de auditor que realice el Registrador Mercantil recaiga en la empresa designada por la sociedad, dado que el nombramiento de auditor está sujeto al sistema reglado previsto en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Contra dicha resolución, doña, administradora única de la sociedad, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que: 1.º) La sociedad hizo todos los trámites para efectuar el nombramiento con anterioridad a la fecha en que tuvo conocimiento de la solicitud formulada por el socio minoritario. 2.º) El socio minoritario está utilizando un medio legal para extorsionar a la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, de la documentación aportada al expediente, consistente en la fotocopia de la convocatoria de la Junta General, publicada en el BORME el 17 de marzo de 2010 para su celebración el 6 abril del mismo año, se desprende que la sociedad –en contra de lo que alega– no contrató al auditor de cuentas voluntario con anterioridad a que el peticionario presentara su instancia solicitando el nombramiento registral de auditor el 9 de marzo de 2010, por lo que debe ser reconocido su derecho a la auditoría de cuentas que solicitó.

2.º Alega la sociedad que, de llevarse a cabo la auditoría solicitada, se originaría un notable perjuicio económico para la empresa. Pues bien, dicha alegación tampoco puede prosperar, dado que el artículo 205.2 de la ley de Sociedades anónimas dispone taxativamente –sin dejar margen interpretativo alguno– que los gastos que la auditoría comporta corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

3.º También alega en esta instancia de alzada ante esta Dirección general que el socio minoritario está utilizando un mecanismo legal para extorsionar a la sociedad. Pues bien, sobre la cuestión de las supuestas intenciones espúreas que hayan llevado al solicitante a instar la auditoría de cuentas, este Centro Directivo ha mantenido que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a

la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, administradora única de, en nombre y representación de «Flopes» 95, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. XII de el 28 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 29 de agosto de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 29 de agosto de 2011 (4.^a)

En el expediente 195/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «La Mera Mera, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 26 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «La Mera Mera, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión, alegando en síntesis, que la sociedad había contratado voluntariamente los servicios de un auditor de cuentas para el ejercicio 2009. Concretamente ha contratado a la firma auditora «Muñoz Vázquez Asociados».

III

El Registrador Mercantil núm. XVI de, el 21 de abril de 2010, como diligencia para mejor proveer, requirió a la sociedad para que aportara en el plazo máximo de diez días, documentos acreditativos de la fecha fehaciente en la que se produjo la contratación del auditor, debiendo, asimismo, proceder a la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil o a la puesta a disposición del socio del informe de auditoría o bien incorporándolo al expediente. A dicho requerimiento respondió la indicada representación social el 4 de mayo de 2010.

IV

Por acuerdo de 11 de mayo de 2010 el Registrador Mercantil núm. XVI de resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario alegado por la sociedad no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. En el caso presente, la sociedad adjuntó al escrito de oposición un escrito firmado por la representante de la firma auditora «Muñoz Vázquez Asociados, S. A.» en la que aparecen los sellos de cinco sociedades, entre ellas la sociedad afectada, no figurando firma alguna de los representantes de dichas sociedades. Si bien la firma de la propuesta es la de 22 de febrero de 2010, conforme al artículo 1.227 del Código Civil, la fecha de un documento privado no contara respecto de terceros sino desde el día en que se entregara a un funcionario competente por razón de su cargo o se inscriba o deposite en un registro público, siendo así que la única fecha que puede considerarse fehaciente es la del burofax que la sociedad dirigió al solicitante el 23 de marzo de 2010, en la que, en cambio, no consta la designación de la sociedad auditora. No cumpliéndose el primero de los requisitos es irrelevante la concurrencia del segundo.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

VI

El 27 de diciembre de 2010 tuvo entrada en el Registro general de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil núm. XV de, al que adjuntaba un escrito presentado en ese Registro Mercantil por el solicitante de la auditoría de cuentas, don, renunciando a su solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

Vistos los artículos 90 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, el artículo 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano la renuncia a la auditoría de cuentas presentada y declarar concluso el procedimiento sobre nombramiento de auditor instado por don para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2009 de la entidad mercantil «La Mera Mera, S. L.».

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 29 de agosto de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 29 de agosto de 2011 (5.ª)

En el expediente 168/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Servicios de Vigilancia Urbana, S. A.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 30 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y

siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Servicios de Vigilancia Urbana, S. A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: Que en la reunión del Consejo de Administración, celebrada el 16 de diciembre de 2008, se acordó el nombramiento de auditor de cuentas para verificar las correspondientes a los ejercicios 2009, 2010 y 2011.

III

El Registrador Mercantil núm. XV de, con fecha 20 de abril de 2010, acordó, como diligencia para mejor proveer, requerir a la sociedad para que acreditara la fecha fehaciente del nombramiento de auditor y la aceptación por parte de éste. A dicho requerimiento don respondió mediante escrito de 3 de mayo de 2010 alegando no poder acreditar la puesta a disposición del socio del informe de auditoría de cuentas ni tampoco aportarlo al expediente, al no haber emitido el auditor de cuentas el referido informe.

IV

Con fecha de 6 de mayo de 2010, el Registrador Mercantil núm. XV de acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. En el caso presente, la sociedad ha aportado un certificado del Consejo de Administración de 29 de diciembre de 2009 del que resulta el acuerdo de auditar las cuentas correspondientes a los ejercicios 2009, 2010 y 2011, contratando para ello a «don» estando legitimada la firma el 30 de diciembre de 2009, por lo que ha acreditado la anterioridad del acuerdo. Sin embargo, no ha garantizado el derecho del socio por ninguno de los medios establecidos en la doctrina de la Dirección General.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que se ha probado documentalmente que la sociedad no pudo presentar en el año 2007 las cuentas anuales de los ejercicios 2003, 2004, 2005 y 2006 por existir defectos que debieron ser subsanados y, sin embargo, no lo fueron por la renuncia del anterior Presidente, Consejero Delegado, don 2.º) Que también se ha probado que la sociedad, a través del órgano de administración, contrató los servicios de

un auditor de cuentas. Concretamente, el Consejo de Administración en su reunión de 29 de diciembre de 2009, acordó nombrar a «Domínguez Bernaldo de Quirós, Centro Europeo de Auditoría».

VI

Finalmente, el 30 de septiembre de 2010 la indicada representación social presentó un escrito en el Registro Mercantil de alegando, en esencia, que el solicitante transmitió en plena propiedad todas las participaciones que poseía en la sociedad, en virtud del contrato de compraventa otorgado el 23 de junio de 2010 y autorizado por la Notaría de Madrid, doña, bajo el número 1311 de su protocolo notarial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 31 de octubre de 2009.

1.º No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión del Registrador Mercantil núm. XVI de, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios, 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, es decir, acordado por la administración de la sociedad –en los casos en que ésta pueda presentar balance abreviado– 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil

de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor, se estaría impidiendo, en contra de la voluntad del legislador, la aplicación de una norma declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2009, dado que no lo ha aportado al expediente, tampoco lo ha puesto a disposición del socio solicitante y, por último, no ha podido inscribir el nombramiento voluntario de auditor de cuentas en el Registro Mercantil, al estar cerrada la hoja abierta a la sociedad por falta de depósito de las cuentas correspondientes a ejercicios anteriores.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación formulada por el recurrente en su escrito de 30 de septiembre de 2010, conforme a la cual el solicitante habría perdido la legitimación como consecuencia de la venta de sus participaciones sociales. Como este Centro Directivo ha mantenido, existe un momento procedimental concreto para apreciar si concurren en el solicitante las condiciones de legitimación y tiempo, exigidas por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor que es el de presentación de la solicitud en el Registro Mercantil. En el caso que nos ocupa, ha quedado acreditado por el Registrador Mercantil que resolvió la solicitud, que don, solicitante de la auditoría reunía, en el momento de presentar su instancia, el 30 de marzo de 2010, las condiciones exigidas para obtener el nombramiento que solicitó.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, Consejero Delegado y Secretario del Consejo de Administración de «Servicios de Vigilancia Urbana, S. A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. XVI de el 6 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 29 de agosto de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 29 de agosto de 2011 (6.^a)

En el expediente 197/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «La Barriga Llena, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 26 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «La Barriga Llena, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión, alegando en síntesis, que la sociedad había contratado voluntariamente los servicios de un auditor de cuentas para el ejercicio 2009. Concretamente ha contratado a la firma auditora «Muñoz Vázquez Asociados, S. A.».

III

El Registrador Mercantil núm. XVI de, el 21 de abril de 2010, como diligencia para mejor proveer, requirió a la sociedad para que aportara en el plazo máximo de diez días, documentos acreditativos de la fecha fehaciente en la que se produjo la contratación del auditor, debiendo, asimismo, proceder a la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil o a la puesta a disposición del socio del informe de auditoría o bien incorporándolo al expediente. A dicho requerimiento respondió la indicada representación social el 4 de mayo de 2010.

IV

Por acuerdo de 11 de mayo de 2010 el Registrador Mercantil núm. XIII de resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario alegado por la sociedad no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, la sociedad adjuntó al escrito de oposición un escrito firmado por la representante de la firma auditora «Muñoz Vázquez Asociados, S. A.» en la que aparecen los sellos de cinco socie-

dades, entre ellas la sociedad afectada, no figurando firma alguna de los representantes de dichas sociedades. Si bien la firma de la propuesta es la de 22 de febrero de 2010, conforme al artículo 1.227 del Código Civil, la fecha de un documento privado no contara respecto de terceros sino desde el día en que se entregara a un funcionario competente por razón de su cargo o se inscriba o deposite en un registro público, siendo así que la única fecha que puede considerarse fehaciente es la del burofax que la sociedad dirigió al solicitante el 23 de marzo de 2010, en la que, en cambio, no consta la designación de la sociedad auditora. No cumpliéndose el primero de los requisitos es irrelevante la concurrencia del segundo.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

VI

El 27 de diciembre de 2010 tuvo entrada en el Registro general de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil núm. XV de, al que adjuntaba un escrito presentado en ese Registro Mercantil el 23 de diciembre del mismo año por el solicitante de la auditoría de cuentas, don, en el que renunciaba a su solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el artículo 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano la renuncia a la auditoría de cuentas presentada y declarar concluso el procedimiento sobre nombramiento de auditor instado por don para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2009 de la entidad mercantil «La Barriga Llena, S. L.».

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 29 de agosto de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 29 de agosto de 2011 (7.^a)

En el expediente 189/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Hostelera Montañesa, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó el 29 de marzo de 2010 un escrito en el Registro Mercantil de solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular de un número de participaciones sociales superior al 5% del capital social de «Hostelera Montañesa, S. L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

A la vista de la anterior instancia, el Registrador Mercantil de, con fecha 5 de mayo de 2010, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, acordó conceder al solicitante el plazo de diez días para que aportara los documentos en los que fundaba su legitimación, dado que ésta no resultaba del contenido del Registro.

III

Transcurrido el plazo señalado, el Registrador Mercantil de acordó, el 5 de mayo de 2010, desestimar la solicitud por no quedar acreditada la legitimación del solicitante, incumpliendo el requisito exigido por el artículo 351.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Contra dicha resolución don interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante de la auditoría, tras el requerimiento realizado por el Registrador Mercantil con la finalidad de que aportara los documentos en los que fundaba su legitimación, realizó todo tipo de gestiones para aportar al registro la documentación solicitada, gestiones que resultaron infructuosas. 2.º) Que el 16 de abril de 2010 solicitó por burofax a la administración de la sociedad una certificación acreditativa del número de participaciones sociales que ostenta en el capital de la compañía, el cual fue expedido el 29 de abril del mismo año. 3.º) Que dicho certificado se remitió al Registro Mercantil el 6 de mayo de 2010, junto con el título del que trae causa sus participaciones sociales. 4.º) Que la denegación de su solicitud infringe claramente lo establecido en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil, puesto que ni esta norma ni la Ley de Sociedades Anónimas imponen al solicitante la obligación de acreditar su condición de socio, siendo esta una cuestión que el Registrador ha solicitado *motu proprio*, al no com-

prenderse en la inscripción 12.^a de la que deriva su título, la reasignación de participaciones a los socios, cuestión que en modo alguno es imputable al solicitante. 5.º) Que en todo caso ya ha acreditado su condición de socio de la compañía.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 71 y 79 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 144, 152 y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Plantea el presente expediente como una única cuestión la de determinar si una vez transcurrido el plazo concedido por el Registrador Mercantil para la subsanación de la solicitud, sin que el interesado y solicitante de la auditoría de cuentas aportara contestación satisfactoria a dicho requerimiento (*cf.* art. 71 de la ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común) puede admitirse en trámite de recurso de alzada el documento en las que el interesado funda su derecho.

La respuesta debe ser negativa, pues el Reglamento del Registro Mercantil dispone en su artículo 351.2, dictado en ejecución del artículo 205 de la Ley de Sociedades Anónimas y que debe ser interpretado en relación con el artículo 359 del mismo cuerpo reglamentario, que los solicitantes de la auditoría de cuentas, habrán de acompañar a su instancia, en su caso, de los documentos acreditativos de la legitimación del solicitante. Es cierto que este precepto ha sido interpretado de manera flexible por este Centro Directivo manteniendo que basta con que el solicitante aporte un principio de prueba de su legitimación para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas.

Ahora bien, la competencia para apreciar si los datos facilitados por el firmante de la instancia son o no suficientes para entender que, en principio, está legitimado para el ejercicio de este derecho, reside en el Registrador Mercantil, siendo así que, como ya se ha indicado, tras haber concedido un plazo prudencial para la subsanación de posibles omisiones, sin que el interesado aportara la documentación requerida, el Registrador Mercantil puede dictar resolución declarando la improcedencia del nombramiento de auditor solicitado por no aportar medio de prueba alguno acreditativo de que el solicitante reúne al menos el 5% de capital social exigido en la Ley de Sociedades Anónimas para ejercitar el derecho a la verificación contable.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, solicitante de la auditoría de cuentas para «Hostelera Montañesa, S. L.» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de el 5 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 29 de agosto de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 30 de agosto de 2011 (1.ª)

En el expediente 192/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Fremar Patrimonial, S. A.»

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 31 de marzo de 2010, solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Fremar Patrimonial, S. A.», y no encontrarse la sociedad incluida en los supuestos legalmente establecidos de revisión obligatoria de las cuentas anuales e informe de gestión y no tener designado auditor de cuentas, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de doña en calidad de apoderada de dicha sociedad, se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia, que la solicitante de la auditoría es administradora de la sociedad y ostenta la representación legal de ésta de forma mancomunada. Por tanto, la solicitud de revisión de las cuentas anuales no es más que una violación del principio que prohíbe ir contra los propios actos, dado que ella misma es la persona obligada a formularlas.

III

El Registrador Mercantil núm. VIII de, con fecha 28 de abril de 2010, tras comprobar que la solicitante de la auditoría reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, acordó desestimar la oposición al entender que la solicitante ejerce un derecho que le corres-

ponde por su condición de socia, sin que el hecho de que ejerza la administración mancomunada pueda enervarlo, al tratarse de un acto propio de gestión y buena administración. Esto solo ocurriría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales, pues en este caso habría podido contratar por sí misma los servicios de un auditor de cuentas. Alega la sociedad que la solicitud de auditoría es un acto que viola el principio jurídico de que nadie puede ir contra sus propios actos, puesto que ella es la obligada a la formulación de cuentas, incurriendo, así, en la prohibición de abuso de derecho. Dichas alegaciones no constituyen causa de oposición pues, como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y, no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados. Por último, en cuanto a los gastos que la auditoría de cuentas ocasionará a la sociedad, éstos, por expresa disposición del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 1996 y 7 de octubre y 13 de diciembre de 2005 y 1 de septiembre de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de En efecto, el hecho de que la solicitante de la auditoría ostente el cargo de administradora no puede ser obstáculo para que ejercite un derecho que la Ley le reconoce por su condición de socia, dado que ha quedado acreditado por las comprobaciones realizadas por el Registrador que dicha administración la ejerce con carácter mancomunado y, por tanto, tendría que concurrir con los demás administradores para realizar voluntariamente la contratación de un auditor de cuentas. La incompatibilidad alegada por la sociedad solo se daría si la solicitante fuera administradora única de la compañía o si ejerciera la administración con carácter solidario (*cf.* art. 1.692 del Código Civil).

2.º Tampoco el hecho de que como administradora mancomunada esté obligada por ley a la formulación de las cuentas anuales supone una vulneración del principio que prohíbe ir contra los propios actos, puesto que, en primer lugar, la solicitud de auditoría es un acto dirigido a conocer si dichas cuentas han sido formuladas con arreglo a lo dispuesto en la Ley y en el Plan general de Contabilidad a fin de conocer si ofrecen una imagen veraz de la situación patrimonial y financiera de la empresa, siendo así que, como ha mantenido este Centro Directivo, es un acto de gestión y buena administración al permitir conocer a los demás socios que no forman parte de la administración, si las cuentas formuladas por los administradores cumplen esta finalidad. Además de lo anterior, es evidente que la formulación de cuentas es un acto diferente al de la revisión de éstas por un auditor de cuentas, tanto por las distintas personas que la realizan como por su contenido y finalidad.

3.º Respecto a la alegación de abuso de derecho por la solicitante, este centro Directivo ha mantenido que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones que llevan al socio a formular su petición de auditoría, ya que si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

4.º Por último, en cuanto a los costes que la realización de la auditoría comportan para la sociedad, se ha de señalar que el artículo 205.2 de la ley de Sociedades Anónimas es suficientemente explícito cuando indica que estos han de correr siempre a cargo de la sociedad, sin perjuicio de la situación jurídica en que se encuentre.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, representantes de «Fremar Patrimonial, S. A.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil núm. VIII de de 28 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 30 de agosto de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 30 de agosto de 2011 (2.^a)

En el expediente 199/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Clínica Doctor Torne de Dermatología, S. L.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 12 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Clínica Doctor Torne de Dermatología, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la sociedad ya había nombrado auditor de cuentas para las correspondientes al ejercicio 2009.

III

El Registrador Mercantil núm. III de, con fecha de 20 de marzo de 2010, concedió a la sociedad el plazo de diez días para que acreditara ante el Registro Mercantil el nombramiento y la aceptación del auditor nombrado, con firmas legitimadas notarialmente, o bien presentara en el Registro la documentación pertinente para la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas. A dicho requerimiento la sociedad contestó el 29 de abril de 2010, aportando un escrito con la aceptación del auditor de cuentas don, con firma legitimada notarialmente el 12 de abril de ese mismo año.

IV

Por resolución de 4 de mayo de 2010 El Registrador Mercantil núm. III de, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, la única fecha que puede tenerse en cuenta para enervar el derecho de la solicitante es la de la legitimación notarial de la firma del auditor (*cf.* art. 1.227 del Código Civil), siendo así que

ésta es posterior a la fecha de la solicitud, presentada en el Registro por la socia minoritaria el 12 de marzo de 2010. Además de lo anterior tampoco se ha garantizado el derecho del socio al informe de la auditoría de cuentas.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que el Registrador Mercantil no tuvo en cuenta otros medios de prueba.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá, próximamente, el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, sin presentar otros medios de prueba relativos a la anterioridad del nombramiento, pretende hacer valer para enervar el derecho del solicitante el documento privado en el que consta la aceptación del auditor, con firma legitimada el 12 de abril de 2010, siendo así que, conforme a lo establecido en el artículo 1.227 del Código Civil, respecto de terceros solo puede contar la fecha en la que fue entregado a un funcionario público por razón de su oficio. Por tanto, se ha de concluir que la sociedad no ha acreditado la anterioridad del nombramiento voluntario de auditor de cuentas respecto de la solicitud de la socia minoritaria, presentada en el Registro mercantil de el 12 de marzo de 2010. Tampoco ha garantizado el derecho de la solicitante al informe de verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009, puesto que no procedió ni a la inscripción del nombramiento, ni a su entrega a la solicitante de la auditoría, ni a su incorporación al expediente y, consecuentemente, debe ser reconocido su derecho al nombramiento registral que solicitó.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de «Clínica Doctor Torne de Dermatología, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. III de el 4 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 30 de agosto de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 30 de agosto de 2011 (3.^a)

En el expediente 193/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Comelones, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 29 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Comelones, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, cuya representación acredita por escritura de poder general, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la sociedad procedió a contratar voluntariamente los servicios de la compañía «Muñoz Vázquez Asociados, S. A.» para la revisión contable del ejercicio 2009.

III

El Registrador Mercantil núm. XV de, con fecha 21 de abril de 2010, acordó, como diligencia para mejor proveer, conceder a la sociedad el plazo de diez días para que acreditara fehacientemente la fecha del contrato de auditoría. A dicho requerimiento, la sociedad contestó mediante escrito con entrada en el Registro Mercantil el 4 de mayo de 2010 manifestando una serie de alegaciones sobre el requerimiento efectuado por el Registrador.

IV

Por acuerdo de 11 de mayo de 2010 el Registrador Mercantil de acordó estimar la solicitud. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos mantuvo que en el nombramiento voluntario alegado por la sociedad no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, la sociedad adjuntó al escrito de oposición un escrito firmado por la representante de la firma auditora «Muñoz Vázquez Asociados, S. A.» en la que aparecen los sellos de cinco sociedades, entre ellas la sociedad afectada, no figurando firma alguna de los representantes de dichas sociedades. Si bien la firma de la propuesta

es la de 22 de febrero de 2010, conforme al artículo 1.227 del Código Civil, la fecha de un documento privado no contara respecto de terceros sino desde el día en que se entregara a un funcionario competente por razón de su cargo o se inscriba o deposite en un registro público, siendo así que la única fecha que puede considerarse fehaciente es la del burofax que la sociedad dirigió al solicitante el 23 de marzo de 2010, en la que, en cambio, no consta la designación de la sociedad auditora. No cumpliéndose el primero de los requisitos es irrelevante la concurrencia del segundo.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

VI

El 27 de diciembre de 2010 tuvo entrada en el Registro general de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil núm. XV de, al que adjuntaba un escrito presentado en el registro por el solicitante de la auditoría de cuentas, don, en el que renunciando a su solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, el artículo 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado y declarar concluso el procedimiento sobre nombramiento de auditor instado por don para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2009 de la entidad mercantil «Comelones, S. L.».

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 30 de agosto de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 30 de agosto de 2011 (4.^a)

En el expediente 198/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Adeia, S. A.».

HECHOS

I

Don, don y don presentaron un escrito dirigido al Registro Mercantil de por correo certificado el 25 de marzo de 2009, solicitando, de conformidad con el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 359 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 5% del capital social de «Adeia, S. A.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2008.

II

La sociedad, a través, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la sociedad acordó en la Junta General ordinaria de 29 de junio de 2009, nombrar un auditor de cuentas para la verificación de las correspondientes al ejercicio 2009 a la firma «Capital Auditors & Consultans».

III

El Registrador Mercantil núm. X de, el 26 de abril de 2010, acordó conceder a la sociedad el plazo de diez días para que procediera a la inscripción del contrato con el auditor de cuentas o bien para que pusiese el informe de auditoría a disposición de los solicitantes o lo aportara al expediente. A dicho requerimiento la indicada representación social respondió el 11 de mayo del mismo año, alegando no poder inscribir el nombramiento por estar cerrado el Registro Mercantil por falta de depósito de cuentas y por no disponer, en ese momento, del informe de auditoría.

IV

Por resolución de 17 de mayo de 2010 el Registrador Mercantil núm. X de, acordó estimar la solicitud presentada, ya que la petición se formuló dentro del plazo hábil para ello, ostentando los solicitantes más del 5% del capital social. En cuanto a lo alegado por la sociedad en relación con el nombramiento voluntario de auditor, como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, para que pueda enervar el derecho del/los socios minoritarios ha de reunirse dos condiciones, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, si bien ha quedado probado que la contratación de auditor fue anterior a la presentación de la solicitud del socio minoritario, la sociedad no ha garantizado el

derecho del socio al informe de la auditoría de las cuentas del ejercicio 2009 por ninguno de los medios anteriormente indicados.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, básicamente, sus alegaciones aducidas en el escrito de oposición, las cuales se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que según la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de mayo de 1991, procede la puesta a disposición del socio del informe de auditoría cuando este se haya concluido, lo cual no ocurrió en la fecha en la que se dictó el acuerdo impugnado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el caso que nos ocupa, la sociedad ha acreditado la primera de las dos condiciones exigidas por este Centro Directivo, sin embargo no concurre la segunda condición puesto que no procedió ni en el momento de la interposición de este recurso de alzada, ni posteriormente a poner dicho informe a disposición de los solicitante, así como tampoco procedió a aportarlo al expediente, por lo cual no ha garantizado el derecho de los interesados al informe de auditoría de las cuentas correspondientes al 2009.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, representante de la entidad mercantil «Adeia, S. A.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. X de el 17 de mayo de 2010

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 30 de agosto de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 31 de agosto de 2011 (1.^a)

En el expediente 201/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una sociedad accionista de «Tecnolux, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó el 31 de marzo de 2010 un escrito en el Registro Mercantil de solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y

siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Tecnolux, S. L.», el nombramiento de auditor con el fin de conocer si las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009 ofrecen la imagen fiel de patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la sociedad todavía no ha procedido a la aprobación de cuentas del ejercicio 2009, puesto que todavía no se ha celebrado la Junta General. Una vez convocada ésta el solicitante podrá revisar y examinar por sí o en unión de un experto contable los documentos que sirvieron para la formulación de cuentas. 2.º) Que, sin haber aprobado las cuentas anuales y sin estar la sociedad obligada a la verificación contable, resulta ocioso sumir a la empresa en unos gastos innecesarios.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 20 de abril de 2010, resolvió no acceder al escrito de oposición formulado por la sociedad. Tras señalar que la solicitante cumple los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos para presentar la petición de auditoría, señaló: 1.º) Que el solicitante solo dispone del plazo de tres meses para presentar su solicitud en el Registro Mercantil ejercitando el derecho que a los socios minoritarios les reconoce el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuya finalidad es la de verificar por un auditor de cuentas si la contabilidad social es o no ajustada a derecho y solo está condicionado a que el peticionario reúna los requisitos de capital y tiempo, sin que haya de esperarse a que las cuentas hayan sido formuladas por los administradores o a que hayan sido aprobadas por la Junta General. 2.º) Que la información y conocimiento de los datos contables no impide el ejercicio del derecho de auditoría, puesto que información y auditoría son derechos distintos, aunque complementarios. 3.º) Que la sociedad no esté obligada a la verificación contable, tampoco puede impedir el ejercicio de este derecho, puesto que precisamente el artículo que lo reconoce y regula parte del supuesto de hecho de que la sociedad no esté obligada a presentar sus cuentas anuales verificadas por un auditor de cuentas.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando las alegaciones vertidas en su escrito de oposición y añadiendo que el 12 de mayo de 2010 se remitió al solicitante la convocatoria de la Junta General que se celebrará el 25 de junio de 2010. Una vez recibida tal comunicación el solicitante podrá revisar las cuentas anuales, por sí o en unión de un experto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resolu-

ciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de enero, 28 de mayo y 8 de junio de 1993, 15 de febrero y 4 de julio de 1994 y, como más reciente, las de 12 de enero, 13 de febrero y 27 de marzo de 2009.

1.º Procede confirmar, por sus propios fundamentos, la resolución dictada por la Registradora Mercantil de que no es desvirtuada por ninguna de las alegaciones vertidas en el escrito de interposición del recurso.

El hecho de que la Junta General Ordinaria no haya aprobado las cuentas correspondientes al ejercicio 2009 no puede enervar el derecho del peticionario al nombramiento registral de auditor, dado que su finalidad es la de verificar la llevanza ajustada o no a derecho de la contabilidad por parte de expertos independientes y solo está condicionado a que los solicitantes reúnan las circunstancias de capital y tiempo que se mencionan en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 265 de la Ley de Sociedades de Capital) sin que haya de esperarse a la previa celebración de la Junta.

Muy por el contrario, lo que la Ley ha pretendido con este derecho, aunque puede cumplir otras finalidades, es, precisamente, que los socios puedan disponer de dicho informe antes de la celebración de dicha Junta general con el fin de proceder –con mayor conocimiento de causa– a la aprobación o no de las cuentas anuales que les presentan los órganos sociales.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación relativa al ejercicio por parte del solicitante del derecho de información puesto que, como ha mantenido este Centro Directivo, los derechos de información y auditoría son derechos que, aunque complementarios, resultan diferentes por su finalidad y requisitos, así como independientes en cuanto a su ejercicio.

3.º Por último, se ha de señalar que es, precisamente, a las sociedades no obligadas por ley a presentar sus cuentas en el Registro Mercantil verificadas por un auditor de cuentas, a las que va dirigido el reconocimiento de este derecho de las minorías a que, con cargo a la sociedad, se nombre por el Registrador Mercantil del domicilio social de la sociedad un auditor de cuentas para verificar si la contabilidad social del último ejercicio vencido ofrece una imagen fiel del patrimonio social y de la situación financiera de la empresa.

En su virtud esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de «Tecnolux, S. L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de el 20 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación adminis-

trativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 31 de agosto de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 31 de agosto de 2011 (2.ª)

En el expediente 150/2010 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «J.J.J. Consil-Miñambres, S. L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 31 de marzo de 2010, solicitando, al amparo del artículo 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular de un número de participaciones sociales equivalente al 50% del capital social de «J.J.J. Consil-Miñambres, S. L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de don, en su condición de administrador solidario, se opuso a dicha pretensión negando la legitimación a la solicitante de la auditoría, en base a los siguientes argumentos: 1.º) Que la peticionaria no acompañó a su instancia los documentos en los que funda su legitimación, contraviniendo así lo dispuesto en el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil; 2.º) Que en dicha petición no se expresa la causa de la misma, en contra de lo dispuesto en el artículo anteriormente citado. 3.º) Que los honorarios de la auditoría resultarían gravosos para la sociedad, poniendo en grave riesgo la continuidad de la misma.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 21 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado, al entender que en las sociedades no obligadas a la verificación contable no es necesaria la expresión de la causa, ya que ésta es siempre y típicamente la misma. Respecto a los gastos que la auditoría ocasionará a la sociedad, el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone

que éstos corran siempre de cuenta de la sociedad. Respecto a la legitimación de la solicitante, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que el Reglamento del Registro Mercantil no ha pretendido ser especialmente riguroso con el socio a la hora de exigirle la acreditación de su legitimación para instar el nombramiento de auditor de cuentas, siendo suficiente la aportación de un principio de prueba. En el caso presente, la solicitante aportó un principio de prueba, al invocar su condición de esposa del socio don, y su matrimonio en régimen de gananciales y ello, unido al historial de la sociedad que publica el Registro, en el que se refleja la constitución de la sociedad, de la que resulta su condición de esposa del referido socio y su participación en el capital social en cuantía suficiente para el ejercicio del derecho, permite llegar a la conclusión de que está legitimada para solicitar y obtener el nombramiento de auditor de cuentas, pues su prerrogativa se enmarca en el párrafo segundo del artículo 1.385 del Código Civil que proclama que cualquiera de los cónyuges podrá realizar la defensa de los bienes comunes por vía de acción o excepción.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso, en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando, básicamente, los argumentos aducidos en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidos en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 15 de noviembre de 1993, 3 de abril de 1995 y, como más recientes, las de 20 de enero y 4 de febrero de 2004, 30 de septiembre y 8 de noviembre de 2005, 17 de mayo de 2007 y 27 de abril de 2010.

1. La primera cuestión que plantea el presente recurso no es otra que la de determinar si el solicitante de la auditoría ha acreditado o no su legitimación para el ejercicio del derecho a la verificación contable de la sociedad «J.J.J. Consil-Miñambres, S. L.».

Sobre la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente este Centro Directivo, manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues entiende que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Es a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que la solicitante no

ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

En el supuesto analizado, acreditada en el expediente por la información facilitada por el Registrador Mercantil de (*cfr.* HECHOS III) la condición de socio de don y su titularidad sobre un número de participaciones sociales, equivalente al 5% del capital social, ha quedado acreditada la legitimación de la peticionaria para ejercer el derecho al nombramiento registral de auditor, toda vez que la separación de hecho de los cónyuges –alegada por la sociedad– no incide en absoluto en el régimen establecido en el Código Civil para la sociedad de gananciales, en la que cada uno de los cónyuges puede realizar actos de gestión y administración de los bienes comunes, como lo es el acto de solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, por ser su finalidad la de obtener, mediante el informe de auditoría, un conocimiento veraz de la situación patrimonial y financiera de la sociedad.

2.º Tampoco pueden prosperar en esta resolución las restantes alegaciones formuladas por la sociedad: 1.º En cuanto a la causa de la solicitud, como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, en las solicitudes fundadas en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, la causa es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa, por eso es irrelevante en el procedimiento su inexpressión o expresión inadecuada. 2.º) Por lo que se refiere a los gastos que la auditoría comporta, por indicación expresa del precitado artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto don, en su condición de administrador solidario de «J.J.J. Consil-Miñambres, S. L.», y confirmar las Resoluciones del Registrador Mercantil de de 21 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 31 de agosto de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 31 de agosto de 2011 (3.^a)

En el expediente 200/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Consulting Tres Más Uno, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 30 de marzo de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Consulting Tres Más Uno, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que los extremos alegados por el solicitante en su instancia no son ciertos, puesto que no han existido impugnaciones de acuerdos adoptados por la Junta General. En definitiva, el solicitante solo trata de coaccionar a la sociedad. 2.º) Que además de lo anterior, el solicitante se ha desvinculado de la compañía, dado que manifestó su propósito de transmitir sus participaciones sociales. 3.º) Que el peticionario ha tenido un puntual conocimiento de las cuentas anuales y de la forma de llevar la contabilidad. 4.º) Que en el caso de realizarse el nombramiento, la sociedad no podría afrontar los gastos de la auditoría.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 23 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud formulada, en base a que según reiterada doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados. Respecto a la información que ha tenido el socio de la contabilidad social, como también ha mantenido la Dirección General, los derechos de información y auditoría, aunque relacionados, resultan diferentes por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a su ejercicio. En cuanto a los gastos que la realización de la auditoría de cuentas suponen para la sociedad, el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone, de manera taxativa, que los costes de la auditoría de cuentas corren siempre de

cuenta de la sociedad. Por último, respecto a la alegación social que señala la inconveniencia de solicitar la auditoría de cuentas, porque la sociedad puede presentar sus cuentas en el Registro Mercantil en forma abreviada, debe señalarse que aunque *a priori* no esté obligada a auditar sus cuentas anuales, dicha obligación surge con posterioridad cuando lo solicita un socio que reúne las condiciones de capital y tiempo exigidas por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición y añadiendo que la intención última del socio no es tener la opinión de un experto independiente, sino la de crear un perjuicio económico a la sociedad.

V

El 12 de enero de 2011 tuvo entrada en el Registro general de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de al que adjuntaba un escrito del solicitante de la auditoría de cuentas, don, presentado en ese mismo Registro Mercantil el 24 de diciembre de 2010, por el que desistía de su solicitud de auditoría de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento a la solicitud de nombramiento registral de auditor de las cuentas del ejercicio 2009, presentada por don para la sociedad «Consulting Tres Más Uno, S. L.» y declarar concluso el procedimiento.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 31 de agosto de 2011.—La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 1 de septiembre de 2011 (1.^a)

En el expediente 203/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ingenia-Cat, S. L.».

HECHOS

I

Don remitió al Registro Mercantil de un escrito por correo certificado el 30 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 84 y 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Ingenia-Cat, S. L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2009.

II

La sociedad, a través del Presidente y del Secretario del Consejo de Administración, don y don, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º Que no se expresa la causa de la solicitud. 2.º Que la sociedad está obligada a auditar sus cuentas anuales, en virtud de contrato de préstamo suscrito con la entidad mercantil «Societat Catalana D'Inversió en Empreses de Base Tecnològica, S. A.». 3.º Que la aprobación de otra auditoría significaría un gasto superfluo e incluso perjudicial.

III

La Registradora Mercantil núm. IX de, el 28 de abril de 2010, acordó denegar la solicitud de nombramiento de auditor. Entendió que, si bien no pueden prosperar las alegaciones societarias como causas de oposición, puesto que la auditoría voluntaria que alega no puede impedir que el socio minoritario ejercite su derecho puesto que no acreditó la anterioridad del nombramiento de auditor de cuentas, ni garantizó el derecho del socio al informe de auditoría, no obstante la manifestación realizada por la sociedad de que el solicitante ostenta el cargo de administrador solidario debe ser analizada a la luz de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, conforme a la cual la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador no le impide ejercer un derecho que la ley le atribuye por su condición de socio, salvo que gestionara en exclusiva los asuntos sociales como administrador único o fuera administrador solidario pues, en este último supuesto, habría podido contratar por sí solo los servicios profesionales de un auditor de cuentas, como un acto más de gestión y buena administración.

IV

Contra dicha resolución el solicitante de la auditoría de cuentas, don, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: 1.º) Que el hecho de ostentar el cargo de Consejero delegado solidario no debe ser motivo

para la denegación de su solicitud, puesto que reúne todos los requisitos exigidos por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para ejercitar el derecho. Lo contrario, sería entrar en valoraciones e interpretaciones fuera del sentido literal de la norma. 2.º) Que, además de lo anterior, la facultad de nombrar auditor de cuentas no corresponde a los administradores sociales sino a la Junta General de socios o al Registrador Mercantil. 3.º) Que el recurrente presentó su dimisión al cargo de administrador solidario el 10 de julio de 2009, dada su voluntad de transmitir sus participaciones sociales, lo que se acredita mediante copia del burofax enviado al Presidente del Consejo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo, 8 de junio y 24 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 6 de junio, 9 y 10 de junio de 2006 y 3 de diciembre de 2008.

La única cuestión que plantea el presente recurso se centra en determinar si la concurrencia en el solicitante de la auditoría de cuentas de la condición de Consejero Delegado solidario de la compañía, puede impedir que ejercite el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas.

Sobre esta cuestión esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido la posibilidad de ejercitar el derecho reconocido a los socios por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, aún siendo administradores de la compañía pues, en realidad, se trata de ejercitar un derecho que la ley reconoce a los solicitantes por su condición de socios, sin que la concurrencia con el cargo de administrador social genere, en principio, incompatibilidad. Esta incompatibilidad solo existirá si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales como administrador único o como administrador solidario, pues en este último caso habría podido contratar por sí mismo, los servicios profesionales de un auditor de las cuentas de determinado o determinados ejercicios económicos, si lo hubiera creído necesario, al tratarse de un acto de gestión que está dentro de su ámbito de actuación. Esta disponibilidad de la que gozan los administradores únicos y los solidarios no la tienen los administradores mancomunados, dado que, en su actuación ordinaria, deben contar con la concurrencia de los demás (*cfr.* art. 1.692 del Código Civil).

Por ello, en el caso presente, no puede prosperar la pretensión del recurrente, dado que, según acreditó la Registradora Mercantil en la resolución recurrida, en la inscripción núm. 3.ª, practicada en la hoja abierta a la sociedad, consta que el solicitante es Consejero Delegado solidario y, además, por tiempo indefinido. De tal manera, la copia de la carta –adjunta al escrito de interposición del recurso– enviada al Presidente del Consejo de Administración dimitiendo de su cargo, no solo no puede desvirtuar el contenido del

Registro Mercantil (art. 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil), sino que, además, para que surta efectos debe ser aceptada por la sociedad, extremo éste que no consta en el expediente.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, solicitante de la auditoría de cuentas para «Ingenia-Cat, S. L.», y confirmar la resolución dictada por la Registradora Mercantil núm. IX de el 28 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 1 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 1 de septiembre de 2011 (2.^a)

En el expediente 204/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Alte Transportation, S. L.».

HECHOS

I

Don y don, en nombre y representación de la entidad «Redhawck Group, S. L.» presentaron un escrito en el Registro Mercantil de, el 24 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, alegando la propiedad de su representada sobre más del 5% del capital social de «Alte Transportation, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través del Presidente y del Secretario del Consejo de Administración, don y don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad ha estado administrada, entre otros Consejeros, por don y don –a su vez, administradores mancomunados de la entidad mercantil solicitante– habiendo sido cesados en

sus cargos, como consecuencia de la acción de responsabilidad social interpuesta por la sociedad por su negativa a certificar y a elevar a públicos determinados acuerdos sociales. 2.º) Que en la Junta General de 18 de diciembre de 2008, a propuesta del Consejo de Administración, acordó nombrar auditor de la sociedad a la empresa «KPMG Auditores, S. L.» sin que dicha designación conste inscrita en el Registro Mercantil por la desidia e inactividad de don 3.º) Que a la sociedad le es exigible nombrar auditor de cuentas, pero no se ha de olvidar que don es el Consejero y Secretario que no quiso inscribir el acuerdo y, amparándose en su propia negligencia o en el dolo, pretende ahora, se nombre auditor de cuentas por el Registrador Mercantil, lo que supondrá una duplicidad de gastos.

III

El Registrador Mercantil núm. XVI de, con fecha 29 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la entidad mercantil solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. En el caso presente, por un lado, el nombramiento efectuado por la sociedad no puede considerarse previo a la solicitud, ya que si bien se alega un nombramiento por la Junta general de socios el 18 de diciembre de 2008, lo cierto es que dicho nombramiento no se acredita en la forma que dispone el artículo 1.227 del Código Civil y consta en el expediente que la certificación ha sido expedida el 23 de abril de 2010 por doña quien dice actuar en calidad de Secretaria del Consejo de Administración –con el visto bueno del Presidente, cuyas firmas fueron legitimadas en ese mismo día. Además, no se ha acreditado la aceptación del auditor nombrado. El hecho de que la entidad mercantil solicitante conozca el nombramiento de auditor voluntario no puede ser considerado como causa de oposición a la solicitud. Tampoco puede serlo la alegación relativa a la existencia de una acción de responsabilidad interpuesta por la sociedad contra dicha entidad mercantil, dado que la misma no tiene incidencia en este procedimiento. En cuanto a las alegaciones sobre un posible abuso de derecho y existencia de dolo en la actuación de los representantes de la entidad mercantil solicitante, señaló que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados. Por último, en cuanto a la duplicidad de gastos, según señala el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, los gastos de la auditoría corren siempre de cuentas de la sociedad.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en con-

tra de la voluntad del legislador— la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad solo puede acreditar que el acuerdo social de nombramiento voluntario de auditor de cuentas, de 18 de diciembre de 2008, mediante la certificación del acuerdo de la Junta General, de 23 de abril de 2010, expedido por la Secretaría del Consejo de Administración, con el visto bueno del Presidente, cuyas firmas fueron legitimadas ese mismo día, certificación que posterior a la fecha de presentación de la instancia en el Registro Mercantil el 24 de marzo de 2010, por lo que resulta evidente que el nombramiento societario no es anterior a la solicitud de la minoría. Además de lo anterior, la sociedad no ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría por ninguno de los medios anteriormente indicados, por lo que se ha de concluir que la auditoría voluntaria alegada por la sociedad no reúne ninguna de las dos condiciones exigidas por la doctrina de este Centro Directivo.

2.º El hecho de que la sociedad haya iniciado la acción social de responsabilidad contra don no puede enervar el ejercicio de este derecho por parte de la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, puesto que en el procedimiento judicial al que la sociedad se refiere no se está discutiendo ni su condición de socia ni tampoco su porcentaje de participación en el capital social, de suerte que dicha acción judicial no tiene incidencia alguna en este procedimiento registral de nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil.

3.º Tampoco puede prosperar las pretendidas motivaciones espurias que la sociedad atribuye al solicitante de la auditoría pues, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento de nombramiento registral de auditor por el Reglamento del Registro Mercantil impide entrar a dilucidar las motivaciones que han llevado al peticionario a solicitar la auditoría, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

4.º Por último, alega la sociedad que, de llevarse a cabo la auditoría solicitada, se originaría un notable perjuicio económico. Pues bien, dicha alegación tampoco puede prosperar, dado que el artículo 205.2 de la ley de Sociedades anónimas dispone taxativamente —sin dejar margen interpretativo alguno— que los gastos que la auditoría comporta corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don y don, Presidente y del Secretario del Con-

sejo de Administración «Alte Transportation, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. XVI de el 29 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 1 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 1 de septiembre de 2011 (3.^a)

En el expediente 205/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Aliments Liquid Transportat amb Cisterna, S. L.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 29 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Aliments Liquid Transportat amb Cisterna, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

Notificada la sociedad de la presentación de dicha instancia y de los documentos adjuntos, no presentó oposición al nombramiento de auditor de cuentas solicitado por la minoría.

III

La Registradora Mercantil núm. IX de, con fecha 4 de mayo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que de los datos sobre la sociedad que constan inscritos en el Registro Mercantil resulta que la peticionaria reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos.

IV

Contra dicha resolución don, en nombre y representación sociedad, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, resumidamente: 1.º) Que la sociedad, cuando conoció la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas instada por la socia minoritaria, acordó en la Junta General Extraordinaria celebrada el 14 de mayo de 2010, nombrar auditor de cuentas a la empresa auditora «Audit. Manresa, S. L.», por lo que ya no es necesario que se proceda al nombramiento de un nuevo auditor de cuentas. 2.º) Que las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable pueden proceder al nombramiento de auditor aun después de finalizado el ejercicio a auditar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

La única cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar si la auditoría contratada por la sociedad, con posterioridad a que la solicitante ejercitara su derecho al nombramiento registral de auditor, puede enervar su derecho a la verificación contable.

Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas acordado por la sociedad solo puede enervar el derecho del socio que ha acreditado reunir las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas si reúne dos condiciones concurrentes, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

En el supuesto analizado, la propia sociedad reconoce, implícitamente, en su escrito de interposición del recurso que el nombramiento voluntario efectuado por la Junta General Extraordinaria de socios no reúne ninguna de las condiciones exigidas, puesto que ni fue previo, dado que dicha Junta se celebró el 14 mayo de 2010, es decir, con posterioridad a que la peticionaria presentara su instancia en el Registro Mercantil el 29 de marzo de 2010, ni tampoco garantizó su derecho al informe de auditoría por ninguno de los medios indicados, por lo que, se ha de concluir, que debe ser reconocido

el derecho de la socia minoritaria al nombramiento registral de auditor que solicitó.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de «Aliments Liquid Transportat amb Cisterna, S. L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil núm. IX de el 4 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 1 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 1 de septiembre de 2011 (4.^a)

En el expediente 206/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Advances Machining Systems, S. L.».

HECHOS

I

Don, en representación de la entidad «Grouo Cervera Carras, S. L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 31 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Advances Machining Systems, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su apoderado, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el administrador de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo por un periodo de tres anualidades, siendo dicho acuerdo ratificado por la Junta general Extraordinaria, a la cual fue convocado el solicitante por burofax y a la que no asistió. 2.º) Que el solicitante actúa de mala fe, puesto que el año pasado

solicitó la auditoría de las cuentas del ejercicio 2008 y, sobre todo, porque hay pendiente una causa judicial por competencia desleal respecto del solicitante.

III

El Registrador Mercantil núm. V de acordó el 21 de abril de 2010, como diligencia para mejor proveer, conceder a la sociedad el plazo de diez días hábiles para que presentara en la oficina del registro los documentos acreditativos de la fecha del nombramiento efectuado por la sociedad o bien la documentación pertinente para proceder a la inscripción del nombramiento. A dicho requerimiento, la indicada representación social contestó mediante escrito de 29 de abril del mismo año al que adjuntaba el certificado de la Junta General de 15 de diciembre de 2009, con firma legitimada notarialmente el 21 de abril de 2010 y un documento complementario de aceptación del auditor nombrado, con firma legitimada el 6 de abril de 2010.

IV

Por resolución de 10 de mayo de 2010 el Registrador Mercantil núm. V de acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, la sociedad no ha acreditado que el nombramiento fuera previo a la solicitud, dado que la certificación del acta de la Junta General Extraordinaria, así como el escrito de aceptación del auditor nombrado son documentos privados, por lo que, conforme a lo previsto en el artículo 1.227 del Código Civil la fecha que puede hacer prueba frente a terceros es la de la legitimación de sus firmas, las cuales tuvieron lugar los días 6 y 21 de abril de 2010, siendo de destacar que dicha documentación tuvo entrada en el Registro mercantil el 29 de abril de ese mismo año, junto con el escrito contestando al requerimiento del Registrador. Respecto a la mala fe con la que ha podido actuar el solicitante, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide al Registrador Mercantil examinar las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría de cuentas, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados. En cuanto la existencia de una petición de auditoría formulada por el mismo socio minoritario respecto al ejercicio pasado, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que el derecho reconocido por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas puede reiterarse anualmente. Respecto a la existencia de una causa judicial abierta contra el peticionario por competencia desleal, se ha de señalar que no tienen incidencia en este procedimiento, puesto que el objeto de dicha causa judicial

no es resolver sobre la condición de socio del solicitante ni sobre la titularidad que ostenta sobre las participaciones sociales que le legitiman para el ejercicio del derecho.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que el auditor contratado por la empresa es el mismo que el que nombró el Registrador Mercantil de para auditar las cuentas del ejercicio 2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, como indicó el Registrador Mercantil en el acuerdo recurrido, los documentos presentados son documentos privados, respecto de los cuales solo puede hacer prueba frente a terceros la fecha de la legitimación de firmas, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.227 del Código Civil, siendo así que tanto la que consta en la certificación del Acta de la Junta general extraordinaria, con firma legitimada el 21 de abril de 2010, como la que consta en la carta de aceptación del auditor voluntariamente designado por la sociedad, con firma legitimada el 6 de abril del mismo año, llevan fecha fehaciente frente a terceros posterior a la de la instancia presentada en el Registro Mercantil por el socio minoritario el 31 de marzo de 2010.

2.º Tampoco la existencia de una causa judicial pendiente contra el solicitante, interpuesta por la sociedad, por actos que pueden suponer competencia desleal respecto de la compañía puede enervar su derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas, dado que no tiene incidencia en este procedimiento, al no cuestionar ni su condición de socio ni tampoco su participación en el capital social superior al 5%, exigido por la Ley de Sociedades Anónimas.

3.º Lo mismo cabe decir de la alegación de mala fe que la sociedad aduce, pues el limitado ámbito de conocimiento que el Reglamento del Registro Mercantil atribuye a este procedimiento de nombramiento registral de auditor, impide al Registrador Mercantil y a este Centro Directivo examinar las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría de cuentas ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

4.º Por último, cabe señalar que el derecho reconocido por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas a las minorías que reúnan las condiciones establecidas en dicho artículo es un derecho que puede reiterarse anualmente, en cuanto que tiene por objeto la verificación de las cuentas o, en su caso, de la contabilidad cerrada a una fecha determinada del año, por lo que nada obsta a que el socio minoritario pueda presentar, dentro del plazo de caducidad de los

tres meses siguientes al cierre del ejercicio económico, una nueva solicitud de auditoría.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de «Advances Machining Systems, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. V de el 10 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 1 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 2 de septiembre de 2011 (1.^a)

En el expediente 211/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Moblat, S. L.».

HECHOS

I

Doña, doña, doña, don, doña, don y don presentaron por correo certificado el 31 de marzo de 2010 un escrito dirigido al Registro Mercantil de, solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas, y el artículo 350 y siguientes y como titulares de más del 5% del capital social de «Moblat, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través del Presidente del Consejo de Administración, don se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) extemporaneidad de la solicitud, ya que tuvo entrada en el Registro Mercantil el 6 de abril de 2010, es decir, transcurrido el plazo de tres meses, establecido en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. 2.º) El solicitante don, en contra de lo que manifestó en la instancia, sí ostenta el cargo de administrador solidario de la compañía.

III

El Registrador Mercantil núm. III de, con fecha 24 de mayo de 2010, acordó estimar la solicitud, ya que la instancia fue presentada por correo certificado el día 31 de marzo de 2010, circunstancia que no queda desvirtuada por el hecho de no haberse subsanado sino hasta el 20 de abril de 2010, por ser de aplicación el artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El hecho de que concurra en uno de los solicitantes la condición de administrador de la compañía no impide que ejercite un derecho que la ley le otorga por su condición de socio, esto último solo ocurriría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales. Es de advertir que la gestión en exclusiva solo corresponde al órgano de administración y dentro del mismo solo cuando la ejerzan en exclusiva, función que desempeñan los administradores únicos y solidarios (Resolución de 24 de enero de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado y concordantes).

IV

Contra dicha resolución la indicada representación de la sociedad interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Añadió que los derechos deben ejercitarse conforme al principio de la buena fe, siendo así que en el caso presente se ha ejercitado de manera abusiva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 1996 y 7 de octubre y 13 de diciembre de 2005.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de, En primer lugar, la instancia presentada en la Oficina de Correos de Valencia el 31 de marzo de 2010 no es extemporánea, dado que, siendo la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común supletoria de la regulación contenida en el Reglamento del Registro Mercantil, en todo lo no previsto en esta regulación específica, cabe presentar las solicitudes bien directamente en el Registro Mercantil o bien por vía indirecta, conforme a lo previsto en el artículo 38 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

De la misma manera, la autoridad pública designada en el Reglamento del Registro Mercantil para resolver la solicitud, debe, una vez presentada la soli-

cidad, requerir al interesado con el fin de subsanar los defectos u omisiones de los que adolezca la instancia por la que se solicita el nombramiento registral de auditor de cuentas, como así lo hizo el Registrador Mercantil de (*cf.* art. 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

2.º El hecho de que concurra en uno de los socios minoritario la condición de Administrador social no ha de impedir que pueda ejercer el derecho que el artículo 205.2 de la ley de Sociedades Anónimas le reconoce al socio minoritario pues, como ha mantenido este Centro Directivo, esto último solo ocurriría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales –lo que no es el caso–, dado que entonces sí habría podido contratar por sí mismo la auditoría de cuentas, como un acto mas de gestión y buena administración.

3.º Tampoco pueden admitirse las alegaciones referidas a la supuesta mala fe de los solicitantes, dado que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones que llevan al socio a formular su petición de auditoría, ya que si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

4.º Finalmente, añadir que los derechos de información y verificación contable son derechos que, aunque relacionados, están plenamente diferenciados por su finalidad y requisitos, siendo independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio (*cf.* arts. 112, 205 y 212 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, Presidente del Consejo de Administración de representantes de «Moblat, S. L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil núm. III de de 24 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 2 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 2 de septiembre de 2011 (2.ª)

En el expediente 209/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Invernopi, S. L.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 30 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 84 y 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Invernopi, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don y don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas a don con el fin de que verificase las cuentas correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2009.

III

El Registrador Mercantil núm. XVI de, con fecha 30 de abril de 2010, como diligencia para mejor proveer, concedió a la sociedad el plazo de diez días para que acreditara fehacientemente la fecha del nombramiento de auditor, señalando, asimismo, que debía proceder para garantizar el derecho de la minoría a la inscripción del nombramiento o a la puesta a disposición del socio del informe de auditoría o, en último extremo, a incorporarlo al expediente. A dicho requerimiento la sociedad contestó mediante escrito, remitido por correo certificado de 18 de mayo del mismo año, al que adjuntaban los documentos de nombramiento y aceptación del auditor nombrado, así como una fotocopia de la carta remitida por los administradores a los socios, en la que comunicaban la existencia de dicho informe de auditoría.

IV

El Registrador Mercantil núm. XVI de, el 24 de mayo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. En el caso presente, se ha aportado el escrito firmado por los administradores encargando la revisión contable del ejercicio 2009 a don y el escrito de aceptación firmado por éste. Si bien la fecha que consta en los mismos son las de 21 de diciembre de 2009 y la de 7 de enero de 2010, respectivamente, estas fechas no pueden considerarse fehacientes, conforme a lo previsto en el artículo 1.227 del Código Civil según el cual la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde que hubiese sido incorporado a un registro público o desde el día en que se hubiese entregado a un funcionario público competente por razón de su oficio y, en el caso presente, no se produce la concurrencia de ninguna de estas circunstancias y no puede considerarse fehaciente la remisión del acuerdo de nombramiento realizado a los socios, por no acreditarse ni el envío ni el contenido de éste. No cumpliéndose el primero de estos dos requisitos es irrelevante que se garantice al socio la existencia de dicho informe, pues no enerva su derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadían las siguientes alegaciones: 1.º) Que la peticionaria de la auditoría ya había procedido a solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas para verificar las correspondientes al 2007 y debido a que los honorarios del auditor designado por el Registrador Mercantil fueron excesivos, la sociedad no pudo aceptarlo, por lo que su hoja registral se encuentra cerrada. Además de lo anterior, esa misma socia presentó una demanda civil porque la sociedad no procedió a la designación de Notario para que asistiera a las Juntas, solicitando, asimismo, como medida cautelar, la práctica de una anotación preventiva de demanda. El procedimiento está pendiente de sentencia, pero la sociedad se ha visto perjudicada ante sus acreedores. En suma, la solicitante se esta convirtiendo en un socio incomodo, a fin de forzar la venta de sus participaciones. 2.º) Que, ante esta situación, la sociedad procedió a realizar una auditoría de las cuentas de 2009 y a notificarla a todos sus socios, informándoles de que tenían a su disposición las cuentas de ese ejercicio junto con el informe de auditoría en la sede social. 3.º) Que con la remisión de dicha notificación y la puesta a su disposición del informe del auditor nombrado, se cumplen las dos condiciones exigidas por la Dirección general de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la socie-

dad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera en cualquier tiempo enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, los documentos presentados por la sociedad podrían, efectivamente, haber enervado el derecho de la solicitante si acreditaran fehacientemente la fecha de su otorgamiento, conforme a lo establecido en las normas generales que sobre la prueba de documentos privados contiene el Código Civil. Así, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.227 de dicho cuerpo legal, el nombramiento voluntario de auditor, efectuado por la sociedad solo puede probar la fecha desde que tuvo entrada en el Registro Mercantil, adjunto al escrito de oposición a la solicitud de la minoría, dado que no incorporan la legitimación de firmas; lo mismo cabe decir de la carta del auditor de cuentas, don, aceptando el encargo de auditoría. Por lo que se refiere a la carta dirigida a todos los socios por la administración social, la fotocopia aportada al expediente ni siquiera incorpora el sello de correos con la fecha del envío, por lo que no ofrece ningún dato objetivo que merezca una valoración distinta a la de la mera alegación aducida por la sociedad. Por tanto, se ha de concluir que la sociedad no ha probado el requisito de anterioridad respecto de la instancia de la minoría, presentada en el Registro Mercantil de el 30 de marzo de 2010.

2.º Alega la sociedad que la socia minoritaria trata, con su actuación, de forzar la venta de sus participaciones sociales. Pues bien, dicha alegación tampoco puede prosperar. Como ha mantenido este Centro Directivo, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide examinar las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría de cuentas, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don y don, administradores mancomunados de «Invernopi, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. XVI de el 24 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 2 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 2 de septiembre de 2011 (3.ª)

En el expediente 214/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Avisat, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 30 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y

siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 50% del capital social de «Avisat, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante es quien ha gestionado los asuntos de la empresa hasta el 11 de febrero de 2010 y, por tanto, es quien mejor conoce su situación financiera. 2.º) Que el resto de los miembros del Consejo de Administración han tenido conocimiento de graves irregularidades en la gestión, las cuales podrían ser constitutivas de delito. Por esta razón han contratado voluntariamente los servicios de una empresa auditora, la prestigiosa firma «KPMG», que está realizando el informe de auditoría. 3.º) Que la solicitud de auditoría supone un ejercicio abusivo del derecho reconocido a los socios por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 12 de mayo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, sobre la base de que, según doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, procede el nombramiento de auditor solicitado por el socio minoritario si concurren en él las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas, siendo la excepción que el nombramiento voluntario de la sociedad enerve el derecho del solicitante. Esto solo podría ocurrir si cumpliera dos condiciones concurrentes, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, el nombramiento voluntario alegado por la sociedad no puede enervar el derecho del solicitante.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

V

Con fecha de 22 de octubre de 2010 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de, al que adjuntaba un escrito firmado por don, solicitante de la auditoría de cuentas desistiendo de su solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 84 y 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado y declarar concluso el procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, instado por don para la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009 de «Avisat, S. L.».

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 2 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 2 de septiembre de 2011 (4.^a)

En el expediente 219/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una accionista de «Auxiliar de Entibación, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 30 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 5% del capital social de «Auxiliar de Entibación, S. L.», el nombramiento de un auditor con el fin de conocer si las cuentas anuales del ejercicio 2009 ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

II

La sociedad, a través de su administrador don, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la sociedad, aún no estando obligada a la verificación de sus cuentas anuales, ha contratado los servicios de la firma auditora «Felix Fernández Díaz y Onandia, Auditores, SC». Adjuntaba a su escrito carta de la encomienda de auditoría y carta de aceptación del encargo, emitida por la empresa auditora.

III

El Registrador Mercantil núm. V de, con fecha 30 de abril de 2010, acordó como diligencia para mejor proveer, requerir a la sociedad para que en el plazo improrrogable de diez días, presentara en el Registro la documentación necesaria para acreditar que se han garantizado el derecho del socio al informe de la auditoría de cuentas. A dicho requerimiento la sociedad contestó aportando los documentos relacionados en el escrito de oposición el 14 de mayo de 2010.

IV

Por resolución de 28 de mayo de 2010 el Registrador Mercantil núm. V de acordó desestimar la oposición de la sociedad. Tras señalar que la solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos para solicitar la auditoría, rechaza las alegaciones vertidas por la sociedad manteniendo que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. En el caso presente, se ha acreditado el nombramiento de auditor de cuentas y la aceptación de éste para verificar las cuentas del ejercicio 2009 mediante escritos de 21 y 22 de diciembre de 2010 (*sic*) pero lo cierto es que las firmas que constan en dichos escritos no fueron legitimadas hasta el 10 de mayo de los corrientes. Por tanto, en aplicación del artículo 1.227 del Código Civil no puede tenerse en cuenta la fecha sino desde el 10 de mayo del año en curso y, consecuentemente no puede considerarse anterior a la solicitud del socio minoritario.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General insistiendo en que la auditoría contratada por la sociedad puede enervar el derecho del socio minoritario, tal como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosas resoluciones, pues el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas lo que pretende es que el socio tenga a su disposición el estado general de la contabilidad verificada por un auditor de cuentas.

VI

Finalmente, con fecha 28 de abril de 2011, tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil núm. V de, al que adjuntaba un escrito de don, solicitante de la auditoría de cuentas, renunciando a la realización de la auditoría que solicitó.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano la renuncia presentada y declarar concluso el procedimiento sobre nombramiento de auditor instado por don para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2009 de «Auxiliar de Entibación, S. L.».

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 2 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 3 de septiembre de 2011

En el expediente 207/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Fleteval Barcelona, S. L.».

HECHOS

I

Don y don, en nombre y representación de la sociedad «Ibergroup Corporation Logistic Service, S. L.», presentaron un escrito en el Registro Mercantil de el 19 de marzo de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anóni-

mas, el nombramiento de un auditor para que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009 «Fleteval Barcelona, S. L.». Alegaban que su representada es titular del 50% de «Ibercoma Logistic Service, S. L.», la cual es, a su vez, es titular del 84% del capital social de la entidad mercantil cuya auditoría se solicita.

Por su parte, don, actuando en su propio nombre y derecho, presentó otra instancia, con entrada en el Registro Mercantil el 19 de marzo de 2010 solicitando, al amparo del artículo 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, el nombramiento de un auditor para que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009 «Fleteval Barcelona, S. L.».

II

A la vista de dicha solicitud, el Registrador Mercantil núm. XV de, con fecha de 23 de marzo de 2010, requirió a los solicitantes para que aportaran al expediente iniciado a su instancia cualquier medio de prueba del que resultase su propiedad los solicitantes de la auditoría, sobre un número de participaciones equivalentes, al menos, al 5% del capital social de «Fleteval Barcelona, S. L.». A dicho requerimiento los representantes de la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas respondieron por escrito con entrada en el Registro el 9 de abril de 2010, en el que aducían que dicha entidad mercantil es propietaria indirecta de más del 5% del capital social de «Fleteval Barcelona, S. L.».

Por su parte, don alegó en su escrito que ostenta el cargo de administrador mancomunado de la empresa «Fleteval Barcelona, S. L.» y que, ante la falta de entendimiento con el resto de los administradores mancomunados, no le es posible conocer la situación exacta de la sociedad. Adjuntaba a su escrito fotocopia de la primera copia de escritura de constitución de «Fleteval Barcelona, S. L.», otorgada el 20 de marzo de 2009 y autorizada por el Notario de don, bajo el número 389 de su protocolo.

III

De ambas instancias el Registrador Mercantil núm. XV de dio traslado a la sociedad con fecha de 13 de abril de 2010 para que ejerciera su derecho a oponerse a las mismas, conforme a lo dispuesto en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil, sin que la sociedad presentara oposición al nombramiento de auditor de cuentas.

IV

Por resolución de 18 de mayo de 2010 el Registrador Mercantil núm. XV de, declaró la improcedencia del nombramiento de auditor de cuentas solicitado. Tras señalar que ambas solicitudes fueron presentadas dentro del plazo de tres meses previsto en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, mantuvo que, aun cuando la sociedad afectada no hubiera presentado oposición, el Registrador Mercantil debe entrar de oficio a conocer las cuestiones planteadas en el expediente, con el fin de resolver el fondo del asunto. En cuanto a la legitimación de los solicitantes, señaló que ninguno de ellos reúne la propiedad del 5% del capital de «Fleteval Barcelona S. L.» como se reconoce en las instancias presentadas. La entidad mercantil «Ibergroup Corporation Logistic Service, S. L.» solo participa indirectamente en la sociedad cuya auditoría solicita, siendo así que no ostenta la condición de socia, exigida por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. Respecto a don, funda su pretensión en la circunstancia de ser administrador man-

comunado y no acredita la propiedad del 5% de las participaciones sociales de la entidad mercantil afectada por su solicitud. Añadió que la actuación del Registrador Mercantil está sujeta al principio de tipicidad, de modo que les compete ejercer las funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico y en los términos que dicho ordenamiento determina (*cf.*: art. 16 del Código de Comercio y 2 del Reglamento del Registro Mercantil).

V

Contra dicha resolución don, en su propio nombre y derecho y don, en nombre y representación de la sociedad «Ibergroup Corporation Logistic Service, S. L. interpusieron en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que ha quedado acreditado que la sociedad «Ibergroup Corporation Logistic Service, S. L.» al ser propietaria del 50% de una sociedad que, a su vez, posé el 84% de la entidad mercantil a auditar tiene un interés legítimo que fundamenta su solicitud. 2.º) Que don también ha acreditado dicho interés, dado que es administrador mancomunado de la entidad mercantil cuya auditoría solicitó, más si cabe que si solo tuviera la propiedad del 5% de las participaciones sociales, por lo que la desestimación de su solicitud podría bloquear su derecho de información sobre el estado de las cuentas anuales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de marzo, 30 de abril y 28 de mayo de 2005, 13, 16, 20 y 21 de febrero, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 3 de septiembre de 2007.

Solo una cuestión plantea el presente recurso: la de determinar si es posible obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas para una sociedad en la que los solicitantes no ostenta ninguna participación en su capital social.

Sobre esta cuestión esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse manteniendo, en aplicación estricta del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital) que el derecho a la verificación contable que dicho precepto reconoce, exige como condición inexcusable para su ejercicio, la de ostentar la condición de socio de la empresa, condición que solo se adquiere en las sociedades de capital mediante la adquisición de una parte de las acciones o participaciones sociales en que se divide su capital. Además de esta cualidad esencial, dicho precepto exige a los solicitantes, como requisito de legitimación, el de reunir un porcentaje mínimo del 5% de este.

Quedan, por tanto, descartadas para ejercitar este derecho, las personas individuales o jurídicas que, aún estando económicamente relacionadas con la sociedad afectada por la solicitud, no ostenten la condición de socios de la compañía por no tener la propiedad de ninguna parte del capital social y quienes, aún ostentando un porcentaje en el mismo, éste no alcance el mínimo legalmente exigido.

En consecuencia no pueden prosperar las pretensiones de los solicitantes de la auditoría, puesto que, en el caso de «Ibergroup Corporation Logistic Service, S. L.» no ostenta ninguna participación en su capital social, sino que su relación patrimonial con la sociedad es la que se funda en la posesión indirecta de participaciones. Esto es, ostenta el 50% del capital social de otra empresa que sí es socia mayoritaria de la entidad mercantil que se pretende auditar.

Lo mismo cabe decir respecto a la solicitud formulada por don, puesto que tampoco ostenta la condición de socio de «Fleteval Barcelona S. L.», sino que funda su pretensión de auditoría en su condición de administrador mancomunado, la cual no legitima ni autoriza para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil, al no estar obligada a la verificación contable, dado que hasta la fecha ha podido depositar sus cuentas anuales en forma abreviada.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don y don, en nombre y representación de la sociedad «Ibergroup Corporation Logistic Service, S. L.» y por don, actuando en su propio nombre y derecho, contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. XV de el 18 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 3 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 5 de septiembre de 2011 (1.ª)

En el expediente 120/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Ibercoma Shipping & Transport, S. L.».

HECHOS

I

Don y don, en nombre y representación de la entidad mercantil «Ibergroup Corporation Logistic Service, S. L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de

el 22 de marzo de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas el nombramiento de un auditor para que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009 de la sociedad «Ibercoma Shipping & Transport, S. L.» Alegaba ser socia de la entidad mercantil «Ibercoma Logistics Service» que es, a su vez, única accionista de la entidad mercantil cuya auditoría se solicita.

II

Trasladada dicha instancia por medio de correo certificado a la sociedad afectada por la solicitud, ésta no formuló alegaciones oponiéndose a la solicitud.

III

El Registrador Mercantil núm. VI de, el 19 de abril de 2010, acordó desestimar la solicitud, por entender que solo están legitimados para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas quienes ostenten el 5% del capital social de la sociedad a auditar, no concurriendo esta circunstancia en la entidad mercantil que solicita la auditoría, dado que la posesión indirecta de acciones o participaciones no puede tenerse en cuenta en estos expedientes.

IV

Contra dicha resolución don y don, en nombre y representación de la entidad mercantil «Ibergroup Corporation Logistic Service, S. L.», solicitante de la auditoría, interpusieron, en tiempo y forma, recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que la entidad mercantil solicitante de la auditoría ostenta la propiedad del 50% de la entidad mercantil de «Ibercoma Logistics Service» que es única accionista de la sociedad cuya auditoría solicita. En definitiva ostenta la propiedad indirecta de un porcentaje muy superior al 5% del capital social, exigido por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas. 2.º) Que no estimar la solicitud supone mantener una situación ingobernable en «Ibercoma Logistics Service».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de marzo, 30 de abril, 28 de mayo de 2005, 13, 16, 20 y 21 de febrero, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 3 de septiembre de 2007.

La única cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar si la entidad mercantil solicitante puede obtener el nombramiento registral de auditor para determinada empresa no obligada a la verificación contable y de cuyo capital social no ostenta ninguna participación, de tal manera que

quien tiene la propiedad del capital social total es otra entidad mercantil, en la que sí participa en el 50% del capital social de esta última. Dicha pretensión no puede prosperar, pues como indicó el Registrador Mercantil en las resoluciones de 19 de abril de 2010, para ejercitar el derecho que a los socios minoritarios les reconoce el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas se ha de acreditar la propiedad de al menos el 5% del capital social de la empresa cuya auditoría se pretende, lo cual no se ha acreditado en el presente expediente, dado que la posesión indirecta no puede legitimar al solicitante para ejercer el derecho a la verificación contable, por oponerse a ello tanto el espíritu como la letra de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil que exigen la condición de socio de quien solicita la auditoría.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don y don, en nombre y representación de la entidad mercantil «Ibergroup Corporation Logistic Service, S. L.», solicitante de la auditoría de cuentas contra la resolución del Registrador Mercantil de de 19 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 5 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 5 de septiembre de 2011 (2.ª)

En el expediente 216/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Synze 2003, S. L.».

HECHOS

I

Don, en nombre y representación de la entidad mercantil «Inverhouse Sur, S. L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 12 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y

205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, como titular de más del 25% del capital social de «Synze 2003, S. L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el derecho de información que ostenta el socio minoritario debe estar sujeto a las reglas de la buena fe, sin que pueda prevalecer sus intereses individuales frente a los de la sociedad. 2.º) Que el solicitante, debido a su anterior condición de administrador único de la empresa, se encuentra denunciado por la presunta comisión de varios delitos societarios, por lo que las cuentas y la contabilidad en general en el periodo comprendido entre el verano de 2008 y abril de 2009 se está verificando judicialmente. De tal manera, el socio no debería iniciar una vía administrativa para dilucidar las cuestiones que son objeto de investigación penal.

III

El Registrador Mercantil núm. III de, con fecha 27 de mayo de 2010, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, en base a que respecto al primer motivo de oposición, debe tenerse presente las diferencias que existen entre el derecho a solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas y el derecho de información ya que son derechos que, aunque complementarios, resultan diferentes por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones exigidas para su ejercicio. No puede admitirse las alegaciones que dejan entrever un supuesto abuso de derecho, pues resulta imposible examinar en este trámite las intenciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría de cuentas, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados. Finalmente, la existencia de un procedimiento penal es irrelevante en este procedimiento, dado que no tiene incidencia ni sobre la condición de socio ni sobre el porcentaje de participación que ostenta en el capital social.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando literalmente las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Regla-

mento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo, 8 de junio y 24 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 6 de junio, 4 de octubre, 23 y 26 de noviembre de 2005 y 19 de junio de 2007, 22 de octubre de 2010.

1.º No pueden prosperar en el presente expediente ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de recurso. En efecto, frente a la alegación que cuestiona la buena fe del solicitante, este Centro Directivo ha mantenido que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación sobre el conocimiento que el socio minoritario tuvo de la contabilidad y de la marcha económica de la empresa, puesto que los derechos de información y auditoría, aunque complementarios resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio (*cf.* arts. 112, 205 y 212 de la Ley de Sociedades Anónimas).

3.º Por último, como señaló el Registrador Mercantil de, la iniciación de un procedimiento penal por presuntos delitos societarios contra el solicitante de la auditoría, no tiene incidencia en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, puesto que el resultado del mismo no cuestiona ni su condición de socio de la compañía que el solicitante acreditó en el expediente ni tampoco el porcentaje de capital que ostenta, superior al mínimo legalmente exigido. El hecho de que el Juez Instructor del procedimiento haya nombrado, a instancias de la sociedad, un perito para verificar la contabilidad llevada a cabo por el peticionario cuando ostentó el cargo de administrador único no enerva su derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas, dado que los dictámenes que ambos expertos emitan resultan plenamente compatibles.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en representación de «Synze 2003, S. L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. III de el 27 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación adminis-

trativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 5 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 5 de septiembre de 2011 (3.ª)

En el expediente 218/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Confitería La Campana, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 31 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 12% del capital social de «Confitería La Campana, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de sus Consejeros Delegados, don y don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que el Consejo de Administración de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditora de cuentas a doña a fin de que emita el informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009. 2.º) Que el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil originaría a la sociedad un importante perjuicio económico.

III

El Registrador Mercantil núm. III de, con fecha 27 de mayo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que el presupuesto necesario para el ejercicio del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es que la sociedad no se encuentre obligada a la verificación contable. En segundo lugar, en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: a) Que sea anterior a la presentación

en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, no se ha garantizado el derecho del socio al informe de la auditoría, concurriendo además la circunstancia de que ese nombramiento voluntario realizado por la sociedad no ha tenido acceso al Registro.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil supone una duplicidad innecesaria de gastos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones puesto que, como señaló el Registrador Mercantil de, la documentación acreditativa del nombramiento voluntario de la auditora de cuentas no llegó a ser presentada en el Registro Mercantil ni para su inscripción ni siquiera para acreditar la anterioridad de la contratación voluntaria de la auditora de cuentas y, consecuentemente, no se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de cuentas del ejercicio económico cerrado a 31 de diciembre de 2009.

2.º Alega la sociedad que, de llevarse a cabo la auditoría solicitada, se originaría un notable perjuicio económico a la sociedad. Pues bien, dicha alegación tampoco puede prosperar, dado que el artículo 205.2 de la ley de Sociedades anónimas dispone taxativamente –sin dejar margen interpretativo alguno– que los gastos que la auditoría comporta corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don y don, Consejeros Delegados de «Confitería La Campana, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. III de el 27 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 5 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 5 de septiembre de 2011 (4.ª)

En el expediente 221/2010 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Ingeniería Técnica Gallega, S. A.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 26 de febrero de 2009, solicitando, al amparo del artículo 84 y 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como socia de «Ingeniería Técnica Gallega, S. A.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009. Alegaba la propiedad ganancial de un número de acciones equivalentes a más del 5% de capital social adquiridas por su anterior esposo, don, del que se encontraba separada.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don y don, se opuso a dicha pretensión negando la legitimación a la solicitante de la auditoría, en base a los siguientes argumentos: 1.º) Que en el procedimiento de medidas provisionales 1271/08, instruido por el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de, recayó el auto de 25 de marzo de 2009, mediante el cual se dispone que don se hará cargo de la administración y disposición de las sociedades que forman parte del inventario, entre las que se encuentra la sociedad afectada por la solicitud de auditoría.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 13 de abril 2010, acordó desestimar las solicitud de nombramiento solicitado, toda vez que la solicitante al tiempo de cursar su petición carecía de las facultades de administración y gestión de bienes y derechos incluidos en la sociedad de gananciales, en virtud del Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de, de 25 de marzo de 2010, lo que se acreditó mediante su presentación en el Registro Mercantil.

IV

Contra dicha resolución doña interpuso, en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia, lo siguiente: 1.º) Que ante la negativa de don a facilitar información sobre la contabilidad y la situación financiera de la sociedad, decidió solicitar a la Registradora Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas. 2.º) Que los mismos argumentos empleado por la Registradora Mercantil para denegar su solicitud de auditoría, han sido también empleados en otras resoluciones que las estimaron, por entender que la solicitud de auditoría se trata de un acto de administración y gestión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 15 de noviembre de 1993, 3 de abril de 1995 y, como más recientes, las de 20 de enero y 4 de febrero de 2004, 30 de septiembre y 8 de noviembre de 2005 y 17 de mayo de 2007.

1. No pueden prosperar en el presente expediente ninguna de las alegaciones formuladas por la recurrente. En efecto, este Centro Directivo ha mantenido, en aplicación de los artículos 1.361, 1.385.2 del Código Civil, que tratándose de acciones o participaciones de carácter ganancial cualquiera de miembros de esta comunidad puede realizar actos de administración y gestión de los bienes comunes, aunque no figure inscrito como socio en el Libro Registro y, por tanto, cualquiera de ellos puede ejercitar el derecho reconocido al socio minoritario por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, dado que el acto de solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas tiene la naturaleza propia de un acto de administración, no de disposición. Esta misma doctrina es aplicable a la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada, es decir, en fase de liquidación porque, tras la disolución de la sociedad de gananciales, se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad post-ganancial, en tanto no se proceda a su definitiva liquidación.

Sin embargo, en el caso presente y, a diferencia de lo que sucedió respecto de otras sociedades para las que se solicitó la auditoría de cuentas y en las que intervinieron las mismas partes implicadas, existe un hecho nuevo de indudable incidencia en el fondo del asunto y es el Auto dictado por el Juez de Primera Instancia núm. 10 de el 25 de marzo de 2009, aprobando el acuerdo alcanzado por las partes y atribuyendo la administración y gestión de las sociedades que forman parte de los bienes gananciales don

Este extremo no ha sido desvirtuado por la solicitante de la auditoría, que se ha limitado a aportar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de, de 4 de septiembre de 2009, desestimando la petición de nulidad de las resoluciones de esta Dirección general de los Registros y del Notariado que declararon la procedencia del nombramiento registral de auditor de cuentas, instado también por doña, así como la sentencia de la Audiencia Provincial de desestimando el recurso de apelación contra la sentencia de instancia.

Por tanto, se ha de confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de que desestimó la petición de auditoría de cuentas formulada por la solicitante, puesto que, en virtud de dicha resolución judicial, quedó privada de las facultades de administración y gestión de las participaciones sociales.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto doña, solicitante de la auditoría de cuentas para «Inge-

niería Técnica Gallega, S. A.», y confirmar las Resoluciones de la Registradora Mercantil de de 13 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 5 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 6 de septiembre de 2011 (1.ª)

En el expediente 154/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Organización Manila Zamorano, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 28 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Organización Manila Zamorano, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a la solicitud, alegando, en síntesis, que la Junta general de la sociedad celebrada el 10 de junio de 2009 procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo por un periodo de tres anualidades. El nombramiento recayó en la empresa «Laes Nexia Auditores, S. L.» que aceptó el encargo de auditoría.

III

El Registrador Mercantil núm. III de, con fecha 21 de abril de 2010, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los

requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad concurren las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para enervar el derecho del socio minoritario, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, la sociedad, mediante la inscripción del nombramiento, practicada en virtud de la documentación presentada el 12 de diciembre de 2009, y subsanada el 12 de abril de 2010, ha garantizado el derecho del socio al informe de la auditoría de las cuentas del ejercicio 2009.

IV

Contra dicha resolución don, solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º Que asistió a la Junta General de 10 de junio de 2009. El acta de dicha Junta fue notarial y como se deriva de su lectura, el acuerdo de nombrar auditor solo se adoptó para la verificación contable de los ejercicios 2010 y 2011, no para el ejercicio 2009 que fue el que solicitó en su instancia. 2.º Que el acuerdo causante de la inscripción 23.ª está basado en una falsedad y por ello ha interpuesto una querrela criminal, cuya copia se adjunta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria contratada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizado por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

En el supuesto analizado, la sociedad ha acreditado la concurrencia de estas dos condiciones, puesto que, tal como acredita el Registrador Mercantil en el acuerdo recurrido, presentó la documentación necesaria para inscribir el nombramiento acordado por la Junta General el 10 de junio de 2009 con anterioridad a que el socio minoritario ejercitara su derecho, mediante la presentación de su instancia en el Registro Mercantil solicitando el nombramiento de auditor de cuentas el 28 de marzo de 2010 y, asimismo, mediante la inscripción, ha garantizado su derecho al informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009.

2.º Alega el recurrente que la sociedad ha incurrido en una posible infracción penal de falsedad documental, al certificar el acuerdo de la Junta General de 10 de junio de 2009 y que, por esta razón, ha interpuesto una querrela criminal. Sin embargo, la competencia atribuida a este Centro Directivo por el Reglamento del Registro Mercantil se circunscribe a declarar la procedencia o improcedencia del nombramiento, sin que pueda dilucidar, por no existir previsión o reglamentaria al respecto, cuestiones relativas a las motivaciones de las partes interesadas o a actuaciones que eventualmente puedan estar incursas en infracción penal, para la cual solo son competentes los Tribunales de Justicia.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, solicitante de la auditoría de cuentas para «Organización Manila Zamorano, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. III de el 21 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 6 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 6 de septiembre de 2011 (2.ª)

En el expediente 180/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Construcciones Pedro Rodríguez, S. A.».

HECHOS

I

Doña, en nombre y representación de «Kropins, S. L.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 26 de marzo de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular de más de 1000 acciones al portador equivalentes a más del 5% del capital social de «Construcciones Pedro Rodríguez, S. A.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º La entidad mercantil solicitante funda su derecho en un contrato privado de compraventa de acciones a «Goro, S. L.»: Dicha compraventa, en caso de ser cierta, no fue comunicada a la administración de la sociedad, incumpliendo así lo previsto en los Estatutos sociales. 2.º) Que el representante de la sociedad y firmante del escrito de oposición ante estos hechos, ha interpuesto una demanda, con el fin de hacer efectiva la compraventa de acciones a «Goro, S. L.» la cual fue admitida a trámite. De todo lo expuesto resulta que la compañía solicitante de la auditoría de cuentas no puede ejercer los derechos que pretende.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 26 de abril de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad por reunir el solicitante las circunstancias de capital y tiempo que la Ley exige, estando acreditada la titularidad de acciones en el Registro Mercantil con la aportación de la escritura de compraventa, autorizada por el Notario de don, el 30 de mayo de 2000, bajo el número 3405 de su Protocolo.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición y añadiendo que el incumplimiento de las cláusulas estatutarias trae consigo la ineficacia de la transmisión y que, conforme al artículo 55 de la Ley de Sociedades Anónimas, solo puede reputarse accionista a quien esté inscrito en el Libro Registro de Acciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero de 2006 y 27 de abril de 2010.

El presente expediente plantea como única cuestión la relativa a la forma de acreditar el socio su legitimación y, como contrapartida, la enervación de dicha legitimación, en su caso, por parte de la sociedad. Esta cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo entendiendo suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende.

En el caso que nos ocupa, como acreditó el Registrador Mercantil de la entidad mercantil solicitante de la auditoría aportó un principio de prueba: la escritura de compraventa de acciones, autorizada por el Notario de don, el 30 de mayo de 2000, bajo el número 3405 de su Protocolo, sin que la sociedad, por su parte, haya aportado prueba alguna demostrativa de que hubiera perdido su condición de socio, puesto que en la demanda sobre nulidad del contrato que interpuso, no recayó resolución judicial o si recayó ésta no se aportó al expediente.

Además de lo señalado en el párrafo precedente esta Dirección General ha rechazado, y lo hace nuevamente, porque significaría dejar al arbitrio de una de las partes –la sociedad– el ejercicio de un derecho que la Ley reconoce a la otra –el socio–, que la única forma de acreditar la condición de socios sea la que resulta del Libro Registro a que se refiere el artículo 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada o, la exhibición de los títulos o el Libro Registro de acciones nominativas a que se refiere el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Tampoco el hecho de que no haya sido notificada la transmisión de acciones a la administración de la sociedad tiene trascendencia en este procedimiento, dado que el traslado de la instancia solicitando el nombramiento de

auditor de cuentas, efectuada por el Registrador Mercantil, tiene los efectos de la comunicación exigida por el artículo 63.3 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 123.3 de la Ley de Sociedades de Capital).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, representante de «Construcciones Pedro Rodríguez, S. A.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de el 26 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 6 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 6 de septiembre de 2011 (3.ª)

En el expediente 219/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Wonka Inversiones, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 17 de febrero de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, como titular de más del 5% del capital social de «Wonka Inversiones, S. L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2009.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don y don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante tuvo un puntual conocimiento de la marcha de la empresa y del estado de su contabilidad por haber ocupado un puesto de trabajo en dos locales de la empresa. 2.º) Que a comienzos del ejercicio 2009 la sociedad encargó a una entidad gestora la llevanza de la contabilidad social y de los asuntos fiscales y laborales,

razón por la cual toda la documentación a que el solicitante se refiere se encuentra en poder de dicha entidad gestora. 3.º) Que, teniendo en cuenta lo anterior, su solicitud de nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil denota una evidente mala fe, rayando en el abuso de derecho, pues sabe el perjuicio económico que esto acarrea a la sociedad.

III

El Registrador Mercantil núm. XVI de, con fecha 22 de marzo de 2010, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas, mantuvo que el conocimiento que tuvo de la empresa y que tendrá en el futuro estudiando su situación mediante el examen de la documentación contable que está en el domicilio social de la empresa, no obsta a que, además de esta información, pueda ejercitar el derecho que le reconoce el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. En cuanto a la alegación relativa a la mala fe, la Dirección general de los Registros y del Notariado ha mantenido reiteradamente que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando literalmente las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo, 8 de junio y 24 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 6 de junio, 4 de octubre, 23 y 26 de noviembre de 2005, 19 de junio de 2007 y 22 de octubre de 2010.

1.º No pueden prosperar en el presente expediente ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de recurso. En efecto, frente a la alegación que cuestiona la buena fe del solicitante, este Centro Directivo ha mantenido que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que

éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

2.º Tampoco puede prosperar su alegación relativa al conocimiento que el socio tuvo, en todo momento, de la situación económica de la empresa pues, como también ha mantenido reiteradamente este Centro Directivo dicho conocimiento se enmarca, no en una relación laboral del solicitante con la compañía, sino en el ejercicio del derecho de información que tienen todos los socios. El derecho de información no puede confundirse con el de auditoría, puesto que se trata de derechos que, aunque complementarios, son diferentes tanto por su finalidad y requisitos como por las condiciones para su ejercicio, el derecho de auditoría persigue que la contabilidad social cerrada a una determinada fecha sea verificada por un profesional de la auditoría, con el fin de conocer si esa contabilidad refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa.

3.º Por último, no puede enervar la petición de la solicitante, las consideraciones que la sociedad realiza en torno a los costes de la auditoría, que entiende son innecesarios, puesto que el legislador ha dispuesto con carácter taxativo y sin que quepa margen interpretativo alguno, que los costes que la auditoría comporta corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don y don, administradores mancomunados de «Wonka Inversiones, S. L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil núm. XVI de el 22 de marzo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 6 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 6 de septiembre de 2011 (4.ª)

En el expediente 222/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Sufuen, S. A.».

HECHOS

I

Doña y don, en nombre y representación de «Tiche Consulting Inmobiliario, S. L.» presentaron un escrito en el Registro Mercantil el 30 de marzo de 2010, solicitando, al amparo, del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 22,5% del capital social de «Sufuen, S. A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

A la vista de dicha instancia, el Registrador Mercantil de, con fecha de 6 de abril de 2010, requirió a los solicitantes para que aportaran la instancia por triplicado, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil, lo que realizaron el mismo día 6 de abril de 2010.

III

Trasladada dicha solicitud a la sociedad, ésta, a través de su administrador solidario, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, la extemporaneidad de la instancia solicitando el nombramiento de auditor de cuentas, dado que fue presentada, en las condiciones exigidas por el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil, el 6 de abril de 2010, es decir, una vez vencido el plazo de tres meses establecido por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para que el socio minoritario pueda ejercitar su derecho.

IV

El Registrador Mercantil de, con fecha 3 de junio de 2010, acordó estimar la solicitud formulada, dado que las solicitantes presentaron en el Registro Mercantil la instancia solicitando el nombramiento de auditor el 30 de Marzo, es decir, antes del plazo de tres meses previsto en el artículo 205.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el apartado 2.º del punto 1.º del artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil, habiéndoseles notificado a los interesados el defecto observado en la solicitud el 6 de Abril siguiente, conforme a lo establecido en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 80 del Reglamento del Registro Mercantil y la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, quedando prorrogada la vigencia del asiento de presentación por plazo de sesenta días hábiles más a partir de dicha fecha, conforme a lo dispuesto en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria y 109 de su Reglamento, siendo así que hasta el día 17 de junio de 2010 habría estado vigente el asiento de presentación.

V

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Añadió que no resultan aplicables los preceptos invocados por el Registrador en la resolución recurrida, dado que el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es desarrollado por el Título III del Reglamento del Registro Mercantil, destinado a regular «Otras funciones del Registro Mercantil», es decir, otras funciones distintas de las de inscripción del empresario y sus actos. Por lo tanto, el tratamiento que haya de dársele a la petición formulada por el socio minoritario es ajena a la función calificadora del Registrador Mercantil, debiendo actuar como órgano de la Administración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 28 de mayo de 1993, 19 de julio de 1994 y, como más recientes, las de 4 de octubre, 30 de noviembre de 2005 y 27 de abril de 2010.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las dos cuestiones planteadas por el recurrente. Respecto a la cuestión procesal, es cierto que este Centro Directivo ha mantenido que este procedimiento de nombramiento de auditor de cuentas, es un procedimiento registral que se rige, en cuanto a su iniciación, desarrollo y terminación por la regulación contenida en los artículos 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y en todo lo no previsto en este cuerpo reglamentario es aplicable, supletoriamente, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común y, en consecuencia, el Registrador Mercantil pudo haber invocado y aplicado el artículo 71 de dicha Ley que regula el trámite de subsanación y mejora de la solicitud, con la consiguiente suspensión del procedimiento para que los interesados puedan subsanar la omisión de que adoleció su solicitud inicial. Pero el resultado es tan acertado aplicando las normas generales de procedimiento administrativo como el que se obtiene de aplicar los artículos 42, relativo a la vigencia del asiento de presentación y el artículo 80 del Reglamento del Registro Mercantil que remite, en todo lo no previsto en este cuerpo reglamentario, a la regulación contenida en la Ley Hipotecaria. En otras palabras, advertido el error u omisión en un documento o solicitud de iniciación de un procedimiento, la autoridad pública designada en la normativa aplicable debe ponerlo en conocimiento del interesado para facilitar su corrección o subsanación, dentro de un plazo concedido al efecto.

En atención a lo expuesto, resulta evidente que lo que el Registrador Mercantil no podía ni debía hacer era inadmitir la solicitud o desestimarla por un

simple defecto formal de fácil subsanación, impidiendo así que los solicitantes ejercitaran un derecho que la Ley les reconoce.

2.º Estrechamente vinculado al anterior fundamento, se ha de rechazar también la pretensión del recurrente dirigida a enervar el derecho de los solicitantes al nombramiento registral de auditor de cuentas, por entender presentada la instancia extemporáneamente, pues el derecho se ejercitó dentro del plazo de caducidad de tres meses establecido en el antiguo artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital) Como consta en el Libro Diario la instancia fue presentada en el Registro Mercantil de el 30 de marzo de 2010 y desde ese momento vinculó al Registrador Mercantil a tramitarla de oficio –como así hizo– y a pronunciarse sobre la procedencia del nombramiento solicitado.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador solidario de «Sufuen, S. A.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de de 3 de junio de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 6 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 7 de septiembre de 2011 (1.ª)

En el expediente 187/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Ingeniería Aplicada e Instalaciones, S. A.».

HECHOS

I

Don y don presentaron un escrito en el Registro Mercantil de el 4 de febrero de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares conjuntamente

de más 5% del capital social de «Ingeniería Aplicada e Instalaciones, S. L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º Que la sociedad desconoce si, realmente, los socios han realizado tal solicitud, dado que el escrito remitido es una fotocopia de un documento firmado, en el que no consta la identidad de los firmantes. 2.º Que en el caso en que se acreditase la identidad de los firmantes se ha de señalar que la sociedad es una empresa familiar con escasa actividad económica, por lo que el nombramiento de auditor de cuentas conllevaría unos gastos difíciles de abordar. 3.º Que los solicitantes no especifican en su instancia la causa de su solicitud, incumpliendo lo previsto en el artículo 351 del reglamento del Registro Mercantil. 4.º Por último, los solicitantes no reúnen la legitimación necesaria, dado que ninguno de los dos dispone del 5% del capital social de la compañía.

III

El Registrador Mercantil núm. XV de, con fecha 23 de abril de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad, por entender que los solicitantes reunían las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. En cuanto a la autenticidad de la firma, mantuvo que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado reiteradamente que el Reglamento del Registro Mercantil no ha querido ser riguroso en exigencias formales y, desde luego, no ha previsto, que las partes hayan de acreditar su identidad mediante la legitimación de firmas. En cuanto a los gastos de auditoría que tendría que afrontar la sociedad, señaló que el derecho del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas no está supeditado al tamaño de la empresa ni a su volumen de actividad. Respecto de la causa de la solicitud, indicó que en las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa y, por tanto, no resulta de aplicación este requisito, previsto en el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil solo para las empresas obligadas a presentar sus cuentas en el Registro Mercantil verificadas por un auditor de cuantas. Por último, en cuanto a la falta de legitimación de los solicitantes, los socios que no reúnan por sí mismos la cantidad del 5% de capital social legalmente exigida, pueden unirse con otros socios hasta alcanzar dicha cantidad mínima, siendo indiferente el número de socios.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de

la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005 y 14 de febrero y 19 de diciembre de 2006, 21 de mayo de 2007 y 12 de junio de 2009.

1.º La primera cuestión que plantea el expediente en estudio es la relativa a la falta de legitimación de la firma de los solicitantes. Sobre esta cuestión cabe señalar que, como ha mantenido este Centro Directivo en numerosas resoluciones, el Reglamento del Registro Mercantil al regular este procedimiento, no ha querido ser riguroso en cuanto a las exigencias formales con los interesados en el procedimiento y, por tanto, no ha previsto que las partes hayan de acreditar fehacientemente su identidad mediante la legitimación de firmas ante Notario o mediante comparecencia ante el Registrador Mercantil, siendo suficiente que en el escrito de solicitud conste claramente el nombre y apellidos y que haya sido firmado por el/los solicitantes, como también fue suficiente que el escrito de oposición estuviera firmado por su administrador único de la sociedad, sin que tuviera que acreditar su identidad o la vigencia de su representación.

2.º Cuestión íntimamente unida a la anterior es la de la negación de la legitimación individual de cada uno de los firmantes de la instancia por no reunir cada uno de ellos el mínimo del 5% legalmente exigido. Al respecto cabe señalar que el antiguo artículo 205.2 de la ley de Sociedades Anónimas (actual art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital) no exige, en modo alguno que el solicitante reúna de por sí dicho capital social mínimo, sino que esta cifra puede obtenerse entre varios socios. Así resulta del espíritu y de la propia letra del precepto citado que establece «los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del Registrador Mercantil...» Y esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que los solicitantes que individual y separadamente no habría podido ejercitar el derecho a la verificación contable por no alcanzar el mínimo exigido, si lo han logrado actuando conjuntamente, dirigiendo su solicitud en tal sentido al Registrador Mercantil, dentro del plazo de tres meses posteriores al cierre del ejercicio social.

3.º Tampoco la alegación referida a la poca actividad económica de la empresa y a su carácter familiar pueden ser obstáculo para el ejercicio de este derecho por parte de los socios minoritarios, dado que el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital) dispone, con carácter taxativo y sin margen de interpretación alguna, que los gastos de auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentren.

4.º Por último, en cuanto la inexpressión de la causa de la petición, este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente que para las solicitudes fundadas en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, se ha configurado un procedimiento propio que es el previsto en el artículos 359 del Reglamento del Registro Mercantil, el cual ha de ponerse en relación con el al artículo 351

del mismo cuerpo reglamentario que regula los trámites de oposición, decisión del Registrador Mercantil y recurso de alzada contra la misma, los cuales son comunes en ambos procedimientos. De tal manera que en las sociedades que puede formular sus cuentas anuales en forma abreviada es irrelevante la expresión de la causa de la petición por ser ésta siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de «Ingeniería Aplicada, S. L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. XV de el 23 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 7 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 7 de septiembre de 2011 (2.ª)

En el expediente 181/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ara Vin Server Urgent y Norai Consultora Empresarial, S. L., U.T.E.»

HECHOS

I

Don, en nombre y representación de la mercantil «Noray Consultora Empresarial, S. L.» presentó en la Oficina de Correos el 28 de enero de 2010 un escrito dirigido al Registro Mercantil de, en el que tuvo entrada el 29 de enero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de la entidad mercantil «Ara Vinc Servei Urgent a Domicili, S. L. y Noray Consultora Empresarial, S. L. U.T.E.» el nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2008.

II

A la vista de la anterior instancia, el Registrador Mercantil núm. XII de, requirió al solicitante para que presentara en el Registro, para que en el plazo de 10 días hábiles, copia auténtica o testimonio notarial de escritura de constitución de Unión Temporal de Empresas, otorgada en fecha 10 de enero de 2008, ante el Notario de doña, número 97 de protocolo; así como copia auténtica o testimonio notarial de la escritura de donde resulte la redacción vigente del Artículo 17 de los Estatutos de la Unión Temporal de Empresas; escrito ratificatorio de la solicitud de referencia, suscrito por persona debidamente facultada para representar a la Unión Temporal de Empresas, así como copia auténtica o testimonio notarial de documento que, en su caso, faculte debidamente a la persona que actúe en nombre y representación de la Unión Temporal de Empresa.

A dicho requerimiento contestó mediante escrito presentado en el Registro Mercantil el 17 de febrero de 2010, don, actuando en calidad de apoderado de la mercantil «Noray Consultora Empresarial, S. L.» y miembro del Comité de Gerencia de la entidad «Ara Vinc Servei Urgent a Domicili, S. L. y Noray Consultora Empresarial, S. L. U.T.E.», en el que ratificaba la solicitud de nombramiento de auditor presentada y en el que manifestaba, en esencia, que los estatutos de la U.T.E. son los que constan en la escritura de constitución de la misma sin que hayan sido objeto de modificación o alteración alguna. Adjunto a dicho escrito la escritura de constitución de la Unión Temporal, de 10 de enero de 2008, autorizada por la Notaria de, doña, bajo el número 97 de su protocolo; escritura de poder general para pleitos, de 23 de julio de 2007, autorizada por el Notario de, don, bajo el número 2605 de protocolo; y Acta de requerimiento para su asistencia al Comité de Gerencia de Unión Temporal de Empresas autorizada el 26 de enero de 2009, por el Notario de, don, número 166 de protocolo.

Trasladada instancia con los documentos adjuntos a la sociedad, ésta no presentó oposición a la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 20 de abril de 2010, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, por entender, conforme a lo dispuesto en el artículo 7.º de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, de Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de Sociedades de Desarrollo Regional, modificada por la Ley 12/1991, que tiene la consideración de Unión Temporal de Empresas el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro, no poseyendo propiamente dicha Unión Temporal personalidad jurídica propia. Por esta razón no cabe admitir la pretensión del solicitante, dado que el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas solo prevé el ejercicio de este derecho por parte de socios de sociedad anónima, de responsabilidad limitada o de sociedad comanditaria por acciones no obligadas a la verificación de las cuentas anuales. A mayor abundamiento, aún en el supuesto de que se admitiera el ejercicio de este derecho, la solicitud de nombramiento de auditor para la revisión de las cuentas correspondientes al ejercicio de 2008 se habría presentado fuera de plazo. Los estatutos de la Unión Temporal de Empresas disponen, en su artículo 17.º que el ejercicio económico coincidirá con el año natural, y habida cuenta que la instancia de solicitud tuvo entrada en esta Oficina el día 29 de enero de 2010, remitido mediante correo certificado el día anterior, debe concluirse que la misma se presentó fuera de plazo con relación al citado ejercicio, no respetándose el plazo previsto en los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359.1 del Reglamento del Registro Mercantil que establecen como uno de los requisi-

tos para proceder al nombramiento de auditor en este procedimiento precisamente que no hayan transcurrido tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social.

IV

Contra dicha resolución don, en nombre y representación de la Unión Temporal de las citadas empresas interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, resumidamente: 1.º) Que en modo alguno fundaron su solicitud en los artículos citados en la resolución recurrida, sino en los artículos 3 y 17 de los Estatutos de la UTE que aparecen íntegramente transcritos en el HECHO 4.º de la resolución recurrida. 2.º) Que, en base al principio de autonomía de la voluntad, las partes pactaron la posibilidad de solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, posibilidad que está prevista en el artículo 8.c) apartado 10 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo 3.º) Que no existe normativa alguna que impida al Registrador Mercantil proceder al nombramiento de auditor de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

No pueden prosperar en el presente expediente ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, la actuación del Registrador Mercantil en el procedimiento de nombramiento registral de auditor, tanto en el caso de sociedades obligadas de manera originaria o sobrevenida a presentar sus cuentas en el Registro Mercantil verificadas por un auditor de cuentas, como en aquellos otros supuestos previstos en la Ley, en los que procede su nombramiento para determinar el valor aproximado de las acciones o participaciones sociales, es una actuación reglada, que solo procede en los supuestos tasados en la Ley y por el procedimiento reglamentariamente previsto. En otras palabras, los particulares no pueden desencadenar la actuación del Registrador por su voluntad, a menos que funden su pretensión en el/los preceptos legales y reglamentarios en los que está prevista su actuación.

En segundo lugar, cuando el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que los socios de sociedades anónimas pueden solicitar del Registrador Mercantil del domicilio social el nombramiento de un auditor de cuentas, ya está delimitando el marco jurídico en el que procede instar el nombramiento: personas jurídicas constituidas con la forma de sociedad anónima, de responsabilidad limitada o de sociedad comanditaria por acciones. Consecuentemente, como bien indicó el Registrador Mercantil en la resolución recurrida, las Uniones Temporales de empresas, al no gozar de esta cualidad, no pueden instar el nombramiento registral de auditor, sin perjuicio de que, si quienes las constituyen lo estiman conveniente, puedan contratar los servicios de un auditor de cuentas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de «Ara Vinc Servei Urgent a Domicili, S. L. y Noray Consultora Empresarial, S. L. U.T.E.» contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. XII de el 20 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 7 de septiembre de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 7 de septiembre de 2011 (3.ª)

En el expediente 224/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Maps Informática Industrial, S. L.».

HECHOS

I

Doña, en su propio nombre y derecho, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 31 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 10% del capital social de «Maps Informática Industrial, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

El 8 de abril de 2010 el Registrador Mercantil núm. III de requirió a la solicitante de la auditoría, mediante diligencia para mejor proveer, para que aportara al expediente un medio de prueba acreditativo de su legitimación. A lo que la solicitante contestó el 21 de abril del mismo año presentando en el Registro el Acta F/0070/2010 del protocolo general del Notario de, don, relativa a la reunión de la Junta General Ordinaria de la sociedad, celebrada el 4 de febrero de 2010, de la cual se desprende que doña es titular del 10% del capital social.

III

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la firma que figura en el escrito de solicitud no se corresponde con la de la solicitante, proponiendo que si fuera preciso se realizara una prueba pericial. 2.º) Que en la actualidad existe un auditor voluntario nombrado por la Junta General, el Sr. don, el cual ha iniciado los trabajos de auditoría. Si bien es cierto que dicho nombramiento se encuentra en trámite de inscripción en el Registro Mercantil, también lo es que cuando se haya finalizado el informe de auditoría se entregará una copia a la solicitante. Adjuntaba a su escrito, entre otros documentos, el escrito de aceptación del auditor nombrado, aceptando el encargo de auditar las cuentas correspondientes a los ejercicios 2009 y 2010.

IV

El Registrador Mercantil de, con fecha 7 de mayo de 2010, requirió a la sociedad para que acreditara en el plazo de diez días hábiles la documentación acreditativa del nombramiento voluntario de auditor de cuentas. A dicho requerimiento la sociedad respondió el 25 de mayo del mismo año aportando Acta de notificación y requerimiento, autorizada el 14 de enero de 2010 por el Notario de don, bajo el número 70 de su protocolo, de la que se desprende el nombramiento de don como auditor de cuentas para verificar las de los ejercicios 2009 y 2010, así como escrito de aceptación del mencionado auditor de 5 de febrero de 2010, con firma legitimada notarialmente el 23 de abril del mismo año.

V

A la vista de dichos antecedentes el Registrador Mercantil núm. III de, con fecha de 28 de mayo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos. En relación a la falta de legitimación alegada por la sociedad que entiende que la firma de la solicitante no ha sido realizada por ella, señaló que el Reglamento del Registro Mercantil al regular este procedimiento de nombramiento de auditor no ha pretendido ser riguroso en cuanto a las exigencias formales y por ello no ha exigido que la solicitante tenga que legitimar su firma notarialmente, ni tampoco comparecer ante el Registrador y, por tanto, se ha reconocer la legitimación de la peticionaria para formular la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas. A pesar de lo que la sociedad manifiesta no ha aportado prueba alguna que desvirtúe la legitimación de la peticionaria. En cuanto al nombramiento voluntario de auditor de cuentas alegado por la sociedad, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido la posibilidad de que pueda enervar el derecho del socio, dado que lo que el artículo, el derecho que el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas reconoce es el derecho del socio minoritario a tener u informe de auditoría de las cuentas correspondientes al último ejercicio vencido. Ahora bien, para que una auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del solicitante siempre se ha exigido la concurrencia de una doble condición, a saber: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. En el caso presente, la sociedad no ha acreditado, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.227 del Código Civil que el nombramiento voluntario fuera

anterior a la petición de auditoría, puesto que el documento que contiene la aceptación del auditor solo puede hacer prueba frente a terceros desde la fecha de legitimación notarial de la firma el 23 de abril de 2010 que es posterior a la de presentación de la instancia solicitando la auditoría.

VI

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 21 de mayo de 2007, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º El presente expediente plantea dos cuestiones de carácter sustantivo que serán sucesivamente resueltas en esta resolución. La primera de ellas es la relativa a la disparidad alegada por la sociedad de la firma que consta en la instancia presentada en el Registro Mercantil el 31 de marzo de 2010 respecto a la que consta en otros documentos firmados por la misma persona, solicitante del nombramiento registral de auditor. Al respecto debe confirmarse la resolución dictada por el Registrador Mercantil de que no hace sino reiterar la doctrina sentada por este Centro Directivo que entiende que el Reglamento del Registro Mercantil no ha querido ser especialmente riguroso con las partes implicadas en este procedimiento y, por tanto, no ha previsto que éstas hayan de acreditar fehacientemente su identidad mediante la legitimación de firmas ante Notario o mediante comparecencia ante el Registrador Mercantil, siendo suficiente que en el escrito de solicitud conste claramente el nombre y los apellidos y que haya sido firmado por el/la solicitante, como también fue suficiente que el escrito de oposición estuviera firmado por quien se identificó como su administrador único sin que tuviera que acreditar su identidad o la vigencia de su representación.

No obstante lo anterior, si el recurrente considera que ha podido existir una falsificación de firmas o suplantación de la identidad de la socia minoritaria deberá plantear sus dudas ante la jurisdicción penal que es la competente para dilucidar y resolver estas cuestiones.

2.º La segunda cuestiones planteadas se contrae a determinar cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria alegada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, si bien es cierto que el acuerdo de nombramiento de auditor voluntario se adoptó por la Junta General el 4 de febrero de 2010, también lo es que no puede entenderse que existe un contrato sino desde la aceptación del auditor designado y para que su firma pueda surtir efectos frente a terceros –socia solicitante, Registro Mercantil y Administración General del Estado– desde que dicho documento en el que consta la aceptación haya sido depositado en un registro público o entregado a un funcionario competente por razón de su cargo (*cf.* 1.227 del Código Civil), de tal manera que en el caso presente, solo puede tenerse en cuenta la fecha de la legitimación notarial de la firma que consta en el documento de aceptación, de 23 de abril de 2010.

Siendo esta fecha muy posterior a la de presentación de la instancia de la socia minoritaria solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas

el 31 de marzo de 2010, se ha de concluir que el contrato de auditoría voluntaria de la sociedad no puede enervar su derecho al nombramiento que solicitó.

2.º Alega la sociedad que, de llevarse a cabo la auditoría solicitada, se originaría un notable perjuicio económico a la sociedad. Pues bien, dicha alegación tampoco puede prosperar, dado que el artículo 205.2 de la ley de Sociedades anónimas dispone taxativamente –sin dejar margen interpretativo alguno– que los gastos que la auditoría comporta corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de «Maps Informática Industrial, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. III de el 28 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 7 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 12 de septiembre de 2011 (1.ª)

En el expediente 208/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Patrimonial Andybal, S. L.».

HECHOS

I

Don, en nombre y representación de la entidad «Monteverde Grupo Inmobiliario, S. L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 31 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Patrimonial Andybal, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través del Secretario del Consejo de Administración, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la causa que el solicitante esgrime en su instancia, no se corresponde con la realidad, puesto que conoce la situación patrimonial y financiera de la empresa 2.º) Que tanto el Consejo de Administración como la Junta general, celebrada el 30 de marzo de 2010, procedió a nombrar voluntariamente como auditor de cuentas a «Deloitte, S. L.», acuerdo que el solicitante conoció al haber asistido a dicha reunión, en la que se dejó patente la conveniencia de acudir a realizar una operación acordeón, en los términos que, en su caso, decidiera la Junta General. A dicha previsión el solicitante de la auditoría, Sr. M. manifestó su acuerdo en contrario, por entender que la depreciación de activos, contemplada en el real decreto ley 12/2008, de 12 de diciembre, evitaría la situación que se trata de prever con dicha medida. Siendo la opinión mayoritaria que dicha norma no está vigente a 31 de marzo de 2010, con lo cual se procedió a designar auditor de cuentas a la firma auditora «Deloitte, S. L.» 3.º) Los acuerdos adoptados por la Junta general fueron elevados a públicos por el Notario de, don, el 7 de abril de 2010, bajo los números 638 y 637 de su protocolo. 4.º) Que con su petición de auditoría, el Sr. M. intenta imponer a la empresa unos gastos tan innecesarios como injustificados.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 19 de abril de 2010, acordó, como diligencia para mejor proveer, conceder a la sociedad el plazo de diez días hábiles para que acreditara, en la forma prevista por el artículo 1.227 del Código Civil, la anterioridad del nombramiento de auditor efectuado por la sociedad. A dicho requerimiento la indicada representación social respondió mediante escrito de 7 de mayo de 2010 al que adjuntó copia de la escritura autorizada por el Notario de, don, el 7 de abril de 2010, bajo el número 637 de su protocolo, de elevación a públicos el acuerdo de nombramiento de auditor de cuentas, adoptado por la sociedad el 30 de marzo de 2010; copia del informe de auditoría de cuentas, emitido por el responsable de la firma «Deloitte Auditores S. L.»; comunicación remitida al peticionario de la auditoría, dándole traslado del referido informe. Añadió que el artículo 1.227 solo es aplicable a quienes son terceros de una relación, siendo de todo punto incomprensible que pueda ser considerado tercero uno de los firmantes del acuerdo de nombramiento voluntario de auditor de cuentas.

IV

La Registradora Mercantil de, con fecha de 13 de mayo de 2011 acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Mantuvo que los artículos 169 de la ley de Sociedades Anónimas y 83 de la ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada contemplan la llamada operación acordeón alegada por la sociedad que supone una reducción del capital a cero o por debajo del mínimo legal y simultáneamente un aumento del capital hasta una cifra igual o superior a la mencionada cifra mínima. Esta operación tiene la finalidad de restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad, con inyección de nuevos fondos. Cuando la reducción de capital social se realiza para compensar pérdidas el artículo 171 del Reglamento del Registro Mercantil impone la obligación de confeccionar a un balance verificado y aprobado por la Junta General. Es de advertir que la inscripción de la escritura de ampliación de capital social citada, no contempló la inscripción de nombramiento de auditor –como así resulta de la nota informativa emitida por este Regis-

tro que se adjunta a las alegaciones— por ser éste un acto que se consume con la propia verificación del balance, sin que tenga que ver con el nombramiento de un auditor para la verificación de las cuentas anuales de un ejercicio social determinado. Así resulta del propio acuerdo quinto de la Junta de 30 de marzo de 2010 en el que literalmente se tomó la decisión siguiente: «Dadas las exigencias legales al respecto, se acuerda nombrar a la firma “Deloitte, S. L.” para que lleve a cabo la auditoría del balance oportuno que permita materializar la operación citada». En cambio, el supuesto del artículo 205.2 TRLSA, en que fundamenta su petición el solicitante, es diferente al anterior, ya que la finalidad de la auditoría es la verificación de las cuentas anuales: balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria explicativa del ejercicio, realizado por el auditor designado por el Registrador. Por tanto el nombramiento que efectuó en su día la sociedad para poder ejecutar la operación del aumento de capital, no puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil. En consecuencia desestimo las alegaciones presentadas y proceder al nombramiento solicitado según el procedimiento establecido en el artículo 205.2 del TRLSA.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración y añadiendo que la resolución dictada por la Registradora Mercantil es incoherente con las alegaciones formuladas y con los hechos que resultan del expediente, pues se ha demostrado que la sociedad ha dado cobertura a todos los requisitos exigidos por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado para enervar el derecho del socio solicitante, puesto que, como ya se indicó el informe de auditoría se ha puesto a disposición de éste y, además, se ha aportado al expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Procede confirmar el fundamento único de la resolución dictada por el Registrador Mercantil de que, siendo ajustada a derecho, no es desvirtuada por ninguna de las alegaciones aducidas por la sociedad recurrente. En efecto la auditoría de cuentas solicitada por el socio minoritario tiene un contenido y una finalidad diferente a la auditoría que contrató la sociedad para cumplir con lo establecido en el artículo 171.2 del Reglamento del Registro Mercantil, conforme al cual «si se hubiera acordado la reducción del capital social para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio de la socie-

dad, disminuido por consecuencia de pérdidas, o con la finalidad de constituir o incrementar la reserva legal o las reservas voluntarias, la escritura pública deberá expresar que la reducción se ha realizado con base en un balance verificado y aprobado, indicando el nombre del auditor y la fecha de la verificación». Circunstancias éstas que han de acreditarse para poder inscribir en el Registro la reducción de capital realizada por la sociedad.

Distinta de esta auditoría es la que solicitó el socio minoritario, fundada en el derecho reconocido a la minoría por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuyo objeto no es otro que el de conocer, a partir del informe del auditor, si las cuentas anuales de la sociedad –es decir, el balance, la cuentas de pérdidas y ganancias, la memoria explicativa del ejercicio y, en su caso, el informe de gestión– reflejan la imagen fiel de la situación financiera y patrimonial de la empresa. Por tanto, se ha de concluir que la auditoría que la sociedad contrató no puede enervar el derecho de la minoría al nombramiento registral de auditor de cuentas.

Pero es que, aunque se hubiera tratado de un contrato de auditoría concertado por la sociedad con el auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2009, tampoco habría podido enervar el derecho del solicitante, dado que según se desprende de la escritura de elevación a públicos de los acuerdos adoptados por la Junta General de la sociedad el 30 de marzo de 2010, autorizada por el Notario de, don, el 7 de abril de 2010, bajo el número 738 de su Protocolo, el documento que acredita los acuerdos adoptados en dicha Junta es la certificación expedida por don, Secretario del Consejo de Administración, cuya fecha es la de 6 de abril de 2010 y, por tanto, posterior a la fecha de presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento de auditor por el Registrador, el 31 de marzo de 2010. Consecuentemente, tampoco analizada bajo el prisma que la sociedad pretende, su auditoría puede enervar el derecho de la minoría, al no reunir el requisito de anterioridad, exigido por la doctrina de este Centro Directivo.

2.º Alega la sociedad que, de llevarse a cabo la auditoría solicitada, se originaría un notable perjuicio económico. Pues bien, dicha alegación tampoco puede prosperar, dado que el artículo 205.2 de la ley de Sociedades anónimas dispone taxativamente –sin dejar margen interpretativo alguno– que los gastos que la auditoría comporta corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, Secretario general del Consejo de Administración de la entidad mercantil de «Patrimonial Andybal, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 13 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación adminis-

trativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 12 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 12 de septiembre de 2011 (2.ª)

En el expediente 225/2010 sobre recusación de auditor nombrado por el Registrador Mercantil para la empresa «Diesel Inyección Alcalá, S. L.».

HECHOS

I

En la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas, solicitado por don para verificar las cuentas del ejercicio 2009 de la sociedad «Diesel Inyección Alcalá, S. L.», el Registrador Mercantil núm. III de, el 3 de mayo de 2010 declaró la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría, al reunir el solicitante los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos y no existir oposición de la sociedad afectada por dicha solicitud.

En dicha resolución acordó, asimismo, designar auditor de cuentas a la empresa auditora «MV Audit, S. L. P.», que aceptó en esta misma fecha el nombramiento, a través de su administradora única doña y estableció como retribución a percibir la resultante de aplicar las tarifas orientativas del Instituto de Censores Jurador de Cuentas de España, señalando como plazo para emitir el informe el de un mes a contar desde la aceptación.

II

El 20 de mayo de 2010 don y don, administradores mancomunados de «Diesel Inyección Alcalá, S. L.» presentaron un escrito en el Registro Mercantil de en el que alegaban, en esencia: 1.º) Que la entidad mercantil auditora designada por el Registrador remitió a la sociedad una carta, por medio de fax, en la que presupuestaba la cantidad de 7.000 euros por la realización de la auditoría de cuentas. 2.º) Que la sociedad sujeta a la auditoría es una pequeña empresa, cuya actividad consiste en un taller de reparación de automóviles y que en la actualidad se encuentra en pérdidas, por lo que no pueden aceptar ese presupuesto. En consecuencia, solicitaban la designación de un nuevo auditor.

III

El Registrador Mercantil núm. III de, con fecha de 14 de junio de 2010, acordó desestimar la pretensión de la sociedad, al entender que lo que verdaderamente planteaba en

su escrito era la imposibilidad de afrontar los gastos de auditoría, lo cual no supone causa de recusación.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando la alegación vertidas en su escrito de 20 de mayo de 2010, que en consecuencia se dan por reproducidas en la presente instancia, sin necesidad de reiteración. Añadió que la recusación de auditor planteada se funda en una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de octubre de 2007.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de junio de 1995, 4 de febrero de 1998, 21 de enero de 1999, 11 de febrero de 2005 y 5 de noviembre de 2009.

Procede confirmar en el presente expediente –y por sus propios fundamentos– la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. III de que, siendo ajustada a derecho, no es desvirtuada por las alegaciones del escrito de recurso.

En efecto, para que la recusación de auditor planteada por la sociedad pudiera prosperar habría sido necesario invocar y justificar la concurrencia de «causa legítima» tal como resulta de los artículos 342 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, aplicable también a la recusación de auditores de cuentas por la remisión que a los mismos realiza el artículo 362 del mismo cuerpo reglamentario, siendo así que como ha mantenido este Centro Directivo, la mera apreciación por parte de la sociedad de que los horarios solicitados por el auditor son excesivos, sin hacer referencia a parámetro alguno para su cálculo, no puede considerarse causa legítima de recusación.

Todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados para intentar su impugnación ante el Colegio Profesional correspondiente y, en última instancia, ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don y don, administradores mancomunados de «Diesel Inyección Alcalá, S. L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. III de el 14 de junio de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que

esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 12 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 13 de septiembre de 2011

En el expediente 213/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Corporación Industrial Emuni, S. L.».

HECHOS

I

Doña, doña, doña, don, doña, don y don presentaron por correo certificado el 31 de marzo de 2010 un escrito dirigido al Registro Mercantil de, solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas, y el artículo 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Corporación Industrial Emuni, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través del Presidente del Consejo de Administración, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) extemporaneidad de la solicitud, ya que tuvo entrada en el Registro Mercantil el 6 de abril de 2010, es decir, transcurrido el plazo de tres meses, establecido en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. 2.º) El solicitante don, en contra de lo que manifestó en la instancia, sí ostenta el cargo de administrador solidario de la compañía.

III

El Registrador Mercantil núm. III de, con fecha 24 de mayo de 2010, acordó estimar la solicitud, ya que la instancia fue presentada por correo certificado el día 31 de marzo de 2010, circunstancia que no queda desvirtuada por el hecho de no haberse subsanado sino hasta el 20 de abril de 2010, por ser de aplicación el artículo 71 de la Ley de Régimen

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El hecho de que concurra en uno de los solicitantes la condición de administrador de la compañía no impide que ejercite un derecho que la ley le otorga por su condición de socio, esto último solo ocurriría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales. Es de advertir que la gestión solo corresponde al órgano de administración y dentro del mismo solo cuando la ejerzan en exclusiva, función que desempeñan los administradores únicos y solidarios (RDGRN 24 de enero de 2006 y concordantes).

IV

Contra dicha resolución la indicada representación de la sociedad interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Añadió que los derechos deben ejercitarse conforme al principio de la buena fe, siendo así que en el caso presente se ha ejercitado de manera abusiva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de octubre de 1993, 16 de noviembre de 1996, 7 de octubre, 7 de noviembre y 13 de diciembre de 2005 y 30 de noviembre de 2009.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de En primer lugar, la instancia presentada en la Oficina de Correos de Valencia el 31 de marzo de 2010 no es extemporánea, dado que este procedimiento para el nombramiento registral de auditores de cuentas viene regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, en lo no previsto en ellos, con carácter supletorio, por las disposiciones contenidas en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de tal manera que, a la vista de la documentación que consta en el expediente, no cabe duda que la solicitud fue presentada dentro del plazo de tres meses establecido legal y reglamentariamente, conforme a lo previsto para la presentación indirecta de escritos y documentos en el artículo 38.4.c) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2.º En segundo lugar, el hecho de que concurra en uno de los socios minoritario la condición de Administrador social no ha de impedir que pueda ejercer el derecho el artículo 205.2 de la ley de Sociedades Anónimas reconoce al socio minoritario pues, como ha mantenido este Centro Directivo, esto

último solo ocurriría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales, dado que entonces sí habría podido contratar por sí mismo la auditoría de cuentas, como un acto mas de gestión y buena administración. En el caso presente, como ha informado el Registrador Mercantil, la administración y gestión corresponde al Consejo de Administración y, por tanto, no existe incompatibilidad alguna en el solicitante don aunque forme parte, junto con otros miembros, del Consejo de Administración de la sociedad.

3.º Tampoco pueden admitirse las alegaciones referidas a la supuesta mala fe de los solicitantes, dado que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones que llevan al socio a formular su petición de auditoría, ya que si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

4.º Finalmente, añadir que los derechos de información y verificación contable son derechos que, aunque relacionados, están plenamente diferenciados por su finalidad y requisitos, siendo independientes en cuanto a su ejercicio (*cf.* arts. 112, 205 y 212 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, Presidente del Consejo de Administración de representantes de «Corporación Industrial Emuni, S. L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil núm. III de de 24 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 13 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 16 de septiembre de 2011 (1.ª)

En el expediente 156/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Marco de Comunicación, S. L.».

HECHOS

I

Don, en nombre y representación de doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 23 de febrero de 2010, solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más 5% del capital social de «Marco de Comunicación, S. L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

Adjuntaba a su instancia, entre otros documentos, escritura de poder, otorgada por doña a favor de don el 3 de marzo de 2010 ante el Notario de don, y fotocopia de la escritura de compraventa de participaciones sociales otorgada el 13 de abril de 2004 ante el Notario de, don, bajo el número 830 de su protocolo.

II

La sociedad, a través de su apoderada, doña, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º Falta de legitimación del solicitante, dado que don no es socio de la compañía ni tampoco puede ser considerado como representante, pues el poder que aporta al expediente es insuficiente para solicitar el nombramiento de auditor. Además el poder fue otorgado por doña como persona física y no como socia de la compañía; 2.º Las causas alegadas por la solicitante no responden a la verdad y, por tanto, la propia solicitud constituye un manifiesto abuso de derecho. 3.º Por último, señalaba que la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no otorga a los socios los mismos derechos que la ley de Sociedades Anónimas otorga a los accionistas.

III

El Registrador Mercantil de núm. IV, con fecha 16 de abril de 2010, acordó desestimar la oposición de la sociedad por reunir el solicitante las circunstancias de capital y tiempo que la Ley exige, sin que pueda prosperar la alegación de falta de legitimación formulada por la sociedad, ya que, según ha declarado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, el Reglamento del Registro Mercantil no ha querido ser riguroso con el socio a la hora de exigirle la acreditación formal de su condición, siendo suficiente con que aporte un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre un número de acciones equivalentes, como mínimo, al 5% del capital social de la compañía y que, una vez aportado, para desvirtuar la presunción de titularidad es preciso que la sociedad pruebe, a su vez, que dicha titularidad nunca existió o se ha perdido. Se respeta así el principio de igualdad en las posiciones jurídicas de las partes en este procedimiento. En el presente caso la solicitante ha aportado mediante fotocopia el requerido principio de prueba no desvirtuado por la sociedad. 2.º) Don no compareció como socio de la compañía,

sino como apoderado de doña según la escritura de poder general adjunta a la instancia. En cuanto al ámbito del apoderamiento, éste alcanza las facultades de «comerciar, dirigir y administrar negocios mercantiles e industriales, realizando cualesquiera actos relativos al tráfico mercantil; tomar parte en concursos y subastas, formulando propuestas, reservas y protestas y aceptando adjudicaciones; constituir, modificar, prorrogar, disolver o liquidar toda clase de sociedades, ejercitar todos los derechos y obligaciones, inherentes a la cualidad de socio» así como las de representar a los señores poderdantes, ante toda clase de oficinas, organismos, autoridades y funcionarios, cualquiera que sea su orden o grado en la jerarquía y jurisdicción, centralizados o no, pertenecientes al Estado o a las Comunidades Autónomas. Todo ello lleva a la conclusión de que el apoderado tiene suficientes facultades para realizar, en nombre de la poderdante, un acto de gestión como es el de solicitar el nombramiento de auditor. 3.º En cuanto a la causa de la solicitud y a las posibles intenciones maliciosas de la solicitante de la auditoría, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que las supuestas motivaciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino que tienen que ser alegadas y probadas ante la jurisdicción civil ordinaria. 4.º Señalaba que la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada si reconoce a los socios la posibilidad de solicitar el nombramiento registral de auditor de cuenta, por la remisión del artículo 84 de dicha ley al artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. También está contemplado este derecho en el artículo 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición y añadiendo: 1.º) Que para que el solicitante tuviera suficiente representación en este procedimiento de nombramiento registral de auditor, habría sido preciso un poder especial y concreto. 2.º) Que las verdaderas intenciones de doña son las de vender al socio mayoritario sus participaciones sociales, para lo cual no ha dudado en emplear cualquier medio a su alcance. Es cierto, que fue admitida a trámite su querrela contra el administrador de la sociedad, pero también lo es que la representación social solicitó el archivo de la misma. Por todo lo expuesto, no cabe duda que la solicitud de la auditoría se enmarca en la dinámica de perjudicar los intereses de la sociedad y su normal funcionamiento.

V

Por último, el 19 de julio de 2010 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de al que adjuntaba un escrito presentado en el Registro el 8 de julio de 2010 por doña desistiendo de su solicitud de auditoría de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 205.2 de la

Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado por doña y declarar concluso el procedimiento iniciado a su solicitud de auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2009 para la sociedad e «Marco de Comunicación, S. L.».

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 16 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de...

Resolución de 16 de septiembre de 2011 (2.ª)

En el expediente 188/2010 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de una socia de «El Manicomio Records, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 22 de abril de 2010, solicitando, al amparo del artículo 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y como titular de 125 participaciones sociales de «El Manicomio Records, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar su valor aproximado de éstas. Alegaba que había sido excluido de la sociedad por acuerdo de la Junta General Extraordinaria celebrada el 14 de Abril de 2010, en la que también se procedió a la valoración de participaciones sociales.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º Que el solicitante carece de legitimación, puesto que ni es administrador de la sociedad ni es socio, dado que la Junta General, celebrada el 14 de abril de 2010, adoptó dos acuerdos, a saber: el de exclusión del anterior socio y el de valoración

de sus participaciones sociales. En realidad, su verdadera intención es la de impugnar un acuerdo social de exclusión. 2.º Que durante su gestión como administrador de la sociedad ha realizado determinados actos que han colocado a la sociedad en una difícil situación, por lo que ha iniciado acciones penales contra el anterior administrador ante el Juzgado de Instrucción núm. 40 de los de Madrid que han dado lugar al Procedimiento 425/2010, siendo cuanto menos sorprendente que, en esta situación haya solicitado el nombramiento de un experto independiente.

III

La Registradora Mercantil núm. VI de, con fecha 12 de mayo de 2010, acordó no admitir la oposición interpuesta y estimar la solicitud de nombramiento de auditor por entender que el peticionario ostenta la condición de socio, en tanto que se encuentre en tramitación su exclusión de la sociedad, siendo en este momento cuando procede solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, para que proceda a la valoración de las participaciones sociales. En cuanto a la negación de la legitimación del solicitante, señaló que el acuerdo de exclusión del socio adoptado por la Junta General legítima por sí mismo al socio para instar el nombramiento registral de auditor de cuentas para valorar sus participaciones sociales. La impugnación judicial de dichos acuerdos sociales, realizada por el propio solicitante no puede enervar su solicitud, dado que mientras que esa impugnación no prospere y se resuelva en vía judicial sobre su validez o nulidad, dichos acuerdos surten todos sus efectos.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación social se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección general reiterando las alegaciones aducidas en el escrito de oposición y añadiendo que por su mala gestión como administrador de la compañía, ésta se encuentra en una situación deficitaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 351 y siguientes y 363 del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de febrero de 1993, 20 de enero de 1998 y, como más reciente, la de 2 de marzo de 2002, 17 de octubre de 2006, 2 de diciembre de 2009 y 2 de marzo de 2011.

1.º La primera cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar si estamos o no en presencia de un supuesto establecido en la Ley para su procedencia. En efecto, constituye doctrina de esta Dirección General —que nuevamente se reitera— que el nombramiento de auditor para determinar el valor aproximado de las acciones o participaciones a que se refiere el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil está indisolublemente

unido a «los casos establecidos en la Ley» para el ejercicio de este derecho. En otras palabras, que no es un derecho que pueda ejercitarse sin más por cualquier socio con el fin de conocer el valor de sus acciones o participaciones y, por tanto, que necesariamente tiene que concurrir la circunstancia de tratarse de un supuesto de los tasados por la Ley.

En el caso presente, resulta obvia la procedencia del nombramiento solicitado por el socio excluido de la compañía por acuerdo de la Junta general de 14 de abril de 2010, visto el contenido del antiguo artículo 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (actuales arts. 350 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital) y teniendo en cuenta, asimismo, que la sociedad no ha previsto en sus Estatutos Sociales un procedimiento concreto para hacer efectiva dicha valoración, ni quien debe valorar las participaciones en caso de desacuerdo entre el socio excluido y la sociedad.

2.º Respecto a la legitimación del solicitante, procede confirmar por ajustada a derecho la resolución de la Registradora Mercantil de, puesto que el acuerdo social de exclusión adoptado por la Junta General no tiene por sí mismo la virtualidad de excluir al socio, sino que inicia un procedimiento que concluye con el reembolso del precio asignado a las participaciones sociales del socio excluido. Por tanto, el peticionario está legitimado para solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento registral de un auditor de cuentas con el fin de determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales, sin que pueda enervar dicha legitimación la interposición por la sociedad de una querrela criminal en el Juzgado de Instrucción núm. 40 de Madrid por un presunto delito de apropiación indebida, dado que hasta la fecha no se ha aportado al expediente ni se conoce por este Centro Directivo que haya sido condenado por la infracción penal que la sociedad le atribuye.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en representación de «El Manicomio Records, S. L.» y confirmar la Resolución de la Registradora Mercantil núm. VI de de 12 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 16 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 16 de septiembre de 2011 (3.ª)

En el expediente 226/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Home Gestión, S. L.».

HECHOS

I

Don, en nombre y representación de la entidad mercantil «Alfildama, S. L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 24 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 84 y 86.3 de la ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 50% del capital social de «Home Gestión, S. L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2009.

II

La sociedad, a través de su Consejero delegado solidario, don, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la sociedad de referencia tiene dos socios al 50% de capital cada uno de ellos. 2.º) Que la administración de la sociedad está constituida por un Consejo de Administración formado por cuatro personas, dos de ellas, doña y don, en representación del requirente. 3.º) Que dicho Consejo nombró dos Consejeros solidarios, uno de ellos el Señor 4.º) Que causaría gran extrañeza que un apoderado de la entidad mercantil «Alfildama S. L.» solicitase una auditoría de cuentas sin ostentar poder suficiente para ello. 5.º) Que el mencionado Sr. tiene poder para nombrar auditor de cuentas, dado que es Consejero delegado solidario y puede contratarla por sí mismo, sin necesidad de solicitarla al Registrador Mercantil. 6.º) Que un Consejero Delegado no puede tener dudas sobre la situación de la empresa, puesto que es él quien está obligado a formular las cuentas anuales.

III

El Registrador Mercantil núm. III de, el 31 de mayo de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que la sociedad no había formulado ninguna objeción que pudiera enervar el derecho del solicitante. De lo alegado por la sociedad en los puntos 3.º y 4.º de su escrito, no cabe sino afirmar la confusión de la misma en cuanto a la representación de quienes conforman el Consejo pues atribuye al Sr. la condición de representante de la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, cuando dicho señor es Consejero Delegado solidario en su propio nombre, según resulta de los asientos practicados en el Registro. Respecto a las facultades que le han sido otorgadas a don, en virtud de la escritura de poder adjunta a la instancia, éstas son suficientes para que dicho Sr. solicite en nombre de su representada el nombramiento de auditor al Registrador Mercantil, dado que se trata de un poder general de actuación ante autoridades y órganos de las Administraciones Públicas y de los Tribunales de Justicia. En cuanto a los argumentos que se exponen en los números 5, 7, 8 y 9, como se ha indicado anteriormente, la entidad solicitante no ostenta el cargo de Consejero delegado y, por tanto, no puede ejercitar unas facultades que no le corresponden. El hecho de que las cuentas no hayan sido aprobadas, no

puede ser obstáculo para que el socio minoritario ejercite su derecho, puesto que el derecho a la verificación contable solo está condicionada a reunir los requisitos de capital y tiempo, sin que se haya de esperar a la aprobación de las cuentas, pues precisamente lo que se pretende es que el socio pueda disponer del informe de auditoría antes de la celebración de la Junta general para proceder, con mayor conocimiento de causa a su aprobación o no de las cuentas que les presenten los administradores sociales.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando literalmente las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Añadió que la sociedad ya había nombrado auditor de cuentas para verificar las correspondientes al 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo, 8 de junio y 24 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 6 de junio, 7 de octubre, 13 de diciembre de 2005 y 30 de marzo de 2006.

1.º Con carácter previo y como cuestión procedimental se ha de señalar que el firmante de la instancia que inició este expediente, don, ostenta facultades representativas suficientes para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas al Registrador Mercantil en virtud de la escritura de poder, autorizada por el Notario de, don, bajo el número 5.253 de su protocolo, otorgado a su favor por la entidad mercantil «Alfildama, S. L.» para «autorizar y promover cualquier tipo de expediente administrativo y gubernativo, así como toda clase de acciones y demandas, pretensiones y procedimientos judiciales, contencioso-administrativos y laborales en cualquier grado o instancia, incluso la casación ante el Tribunal Supremo». Consecuentemente se ha de confirmar, en este aspecto la resolución dictada por el Registrador Mercantil de

2.º En segundo lugar, como cuestión sustantiva, se ha de recordar que el hecho de que uno de los administradores de la empresa solicitante de la auditoría forme parte del Consejo de Administración de la sociedad afectada, poco importa para que dicha entidad mercantil, como socia, pueda ejercitar un derecho que la ley le reconoce, precisamente, por la titularidad que ostenta sobre un número de participaciones sociales superior al 5% del capital social. Esta incompatibilidad solo existiría si ejercitara –ha de entenderse a través de

la persona física representante de la persona jurídica— la administración única de la empresa o si fuera administradora solidaria, pues en este caso habría podido contratar, si lo hubiera creído conveniente los servicios de un auditor de cuentas, como un acto más de gestión y buena administración.

Esto no es lo que ocurre en el supuesto analizado, en el que, como indicó el Registrador Mercantil, el sistema de administración colegial no es el propio de una administración solidaria y la delegación de facultades que dicho Consejo realizó en dos de sus miembros está en su ámbito de capacidad y es, por supuesto, independiente del apoderamiento que los socios en su propio nombre otorguen a persona o personas determinadas. Así resulta con meridiana claridad de lo dispuesto en el antiguo artículo 59 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que se remite en cuanto a la delegación de facultades que, en su seno, realice el Consejo, a lo dispuesto en la ley de Sociedades Anónimas, cuyo artículo 141.1 y 2 dispone que «cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa, el Consejo de Administración podrá designar a su presidente, regular su propio funcionamiento, aceptar la dimisión de los consejeros y designar de su seno una Comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados (*cfr.* actual art. 249.1 de la Ley de Sociedades de Capital)».

3.º El hecho de que las cuentas no hayan sido formuladas por los administradores sociales tampoco puede impedir que el socio ejercite su derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas, dado que la auditoría no solo cumple la finalidad de verificar las cuentas sociales, sino que puede cumplir otras muchas, como la dar a conocer si la contabilidad se ha realizado de manera ajustada a derecho, para fundamentar, en su caso, futuras acciones de responsabilidad de los administradores sociales.

4.º En cuanto a los gastos de la auditoría, éstos, por expresa disposición del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

5.º Alega la sociedad que la entidad mercantil peticionaria, al ejercitar este derecho, podría estar dudando de la independencia de los auditores voluntarios contratados por la sociedad, en beneficio del auditor nombrado por el Registrador Mercantil y, asimismo, que conociendo perfectamente la situación contable de la empresa, solicitar la auditoría con el consiguiente gasto que supone, lleva a la conclusión que se ha ejercitado un derecho de manera abusiva. Pues bien, respecto a las motivaciones que pueden llevar el socio a solicitar la auditoría de cuentas, este Centro Directivo ha mantenido que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil, impide a esta Dirección General conocer si dichas motivaciones son o no legítimas y, si bien es cierto que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cfr.* arts. 6 y 7 del Código Civil), siempre quedará expedita a la

sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, Consejero Delegado de «Home Gestión, S. L.», y anular, en los términos que resultan de esta resolución, la dictada por el Registradora Mercantil núm. III de el 31 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 16 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 18 de septiembre de 2011

En el expediente 229/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Afitool, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 31 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Afitool, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que el administrador social procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas. Dicho nombramiento fue, posteriormente, ratificado por la Junta General. A la cual asistió el solicitante de la auditoría de cuentas. 2.º) Que, a tenor de lo expuesto, es evidente que el socio actúa de mala fe, con ánimo de perjudicar a la sociedad.

III

El Registrador Mercantil núm. III de, con fecha 11 de mayo de 2010, acordó suspender el expediente, a fin de que el asiento de presentación practicado a la solicitud de inscripción de nombramiento voluntario de auditor, realizada por la sociedad el 26 de febrero de 2010 caducara o quedara definitivamente inscrito.

IV

El día 26 de mayo de 2010 El Registrador Mercantil núm. III de acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad concurren las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, la sociedad ha acreditado la anterioridad del nombramiento, dado que el nombramiento de auditor y la aceptación por parte de este fueron anteriores a la presentación de la instancia del socio minoritario en el Registro Mercantil, el 31 de marzo de 2010 y, asimismo, ha garantizado el derecho del socio solicitante al informe de la auditoría de cuantas mediante la inscripción de dicho nombramiento en el Registro Mercantil. Por lo que se refiere a la mala fe que la sociedad atribuye al solicitante, es ya abundantísima la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado manteniendo que las determinaciones internas que han llevado al socio a solicitar la auditoría no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido y si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

V

Contra dicha resolución el socio minoritario solicitante de la auditoría de cuentas interpuso en tiempo y forma recurso dealzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que conforme a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, todos los socios tienen un derecho de información, el cual está siendo flagrantemente incumplido por la sociedad. 2.º) Que el hecho de que la sociedad haya designado auditor de cuentas no debe suponer obstáculo para que el socio minoritario solicite y obtenga una auditoría de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Regla-

mento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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.

En el supuesto analizado, la sociedad ha acreditado que concurren ambas condiciones en el nombramiento voluntario de auditor de cuentas, puesto que presentó en el Registro mercantil los documentos para la inscripción del nombramiento de auditor el 26 de febrero de 2010 y durante los dos meses de vigencia del asiento de presentación realizó las subsanaciones necesarias para que dichos documentos causaran la pretendida inscripción que tuvo lugar el 6 de abril de 2010. Como los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha del asiento de presentación (*cf.* art. 55 del Reglamento del Registro Mercantil) se ha de concluir que ésta fue anterior a la presentación de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas, la cual tuvo lugar el 31 de marzo de 2010.

También ha quedado garantizado el derecho del socio al informe de auditoría mediante la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas, dado que en el momento de presentar las cuentas del ejercicio 2009 la sociedad habrá de aportar el informe de auditoría realizado por el auditor inscrito.

2.º Alega el recurrente que el derecho de información que tienen todos los socios ha sido flagrantemente vulnerado por la administración social.

Sobre esta cuestión cabe señalar que los derechos de información y auditoría, aunque relacionados, resultan diferentes por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. El primero de ellos puede hacerse efectivo en cualquier momento mientras que el de auditoría sólo procede en el plazo improrrogable de tres meses posteriores al cierre del ejercicio social y por el socio que ostente al menos el 5% del capital social de la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil «Afitool, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. III de el 26 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 18 de septiembre de 2011.—Firmado: La Directora General de lo Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 19 de septiembre de 2011

En el expediente 228/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Harinera Sánchez Gascón, S. A.».

HECHOS

I

Don, doña y doña presentaron un escrito certificado en la Oficina de Correo y telégrafos el 30 de marzo de 2010, dirigido al Registro Mercantil de, con entrada en dicho Registro el 5 de abril de 2010, en el que solicitaban, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 5% del capital social de «Harinera Sánchez Gascón, S. A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º Falsedad de algunas de las alegaciones vertidas por los socios peticionarios en la instancia, dado que no es cierto que existan irregularidades en la gestión y administración social y, desde luego no se ha realizado ninguna venta de elementos patrimoniales. 2.º Que la Junta General de la sociedad debidamente convocada y celebrada el 28 de octubre de 2009, acordó nombrar auditor de cuentas. Como ha mantenido la Dirección general de los Registros y del Notariado en su resolución de 30 de abril de 1991, el nombramiento de auditor efectuado por la sociedad enerva el derecho del socio solicitante. Adjuntaba a su escrito un certificado de la Junta celebrada en la indicada fecha, firmado por don

III

A la vista de dicho escrito, el Registrador Mercantil de, con fecha 13 de abril de 2010, acordó requerir a la sociedad para que, en su caso, procediera a la inscripción del nombramiento, a la entrega al socio del informe de auditoría o a su incorporación al expediente. A dicho requerimiento, la sociedad contestó mediante escrito con entrada en el Registro Mercantil el 11 de junio de ese mismo año, al que adjuntaba un certificado de la Junta General, en la que se acordó nombrar auditor de cuentas a la sociedad «ACR Auditors Group Sociedad Limitada Profesional», la cual aceptó el cargo el 17 de noviembre de 2009, ante la renuncia del auditor titular don, habiendo causado la inscripción 10.^a en la hoja abierta a la sociedad el 15 de junio de 2010.

IV

Por acuerdo de 15 de junio de 2010 el Registrador Mercantil de resolvió estimar la oposición de la sociedad, por entender que, si bien los solicitantes reunían las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas, la sociedad había enervado su derecho mediante el nombramiento voluntario de auditor de cuentas, acordado por la Junta general el 28 de octubre de 2009 y, asimismo, había garantizado el derecho del solicitante mediante la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, practicada el 15 de junio de 2010.

V

Contra dicha resolución los solicitantes de la auditoría interpusieron en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia, que el administrador de la compañía, junto con sus hermanos, ostentan la mayoría del capital social. A la vista de las irregularidades de la administración, se ha presentado en el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Almansa una querrela contra él por un presunto delito de falsedad, con núm. de Diligencias previas 225/2008. Finalizaban solicitando, en base a estas circunstancias, el nombramiento excepcional de auditor de cuentas, por el procedimiento del artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350, 351, 355 y 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

No puede prosperar en esta resolución la pretensión de los solicitantes de la auditoría de cuentas que, sin rebatir ninguno de los hechos ni fundamentos de derecho en los que se fundó el acuerdo recurrido de 15 de junio de 2010, dictado por el Registrador Mercantil de, se limitan a solicitar el nombramiento excepcional de auditor de cuentas por el procedimiento previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, sobre la base de un procedimiento criminal abierto contra el administrador social, por un presunto delito de falsedad, puesto que la resolución judicial que en su día recaiga no interfiere en la declaración sobre la improcedencia del nombramiento de auditor solicitado por la minoría que realizó el Registrador Mercantil.

Por lo demás, se ha de señalar que no cabe confundir la gravedad de los hechos supuestamente delictivos, alegados por los recurrentes –para cuyo conocimiento solo son competentes Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal– con la «especialidad» a que se refiere el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, la cual solo está vinculada a las empresas o sociedades que, estando obligadas a la verificación contable, no hayan nombrado auditor por concurrir circunstancias especiales. En estos casos el Registrador Mercantil solicita a esta Dirección General de los Registros y del Notariado la designación de auditor para proceder a su nombramiento.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, doña y doña, solicitantes de la auditoría de cuentas para «Harinera Sánchez Gascón, S. A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 15 de julio de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 19 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 20 de septiembre de 2011

En el expediente 230/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «G.T.R. Industrial, S. L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 29 de marzo de 2010, solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas y el artículo 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular del 16,70% del capital social de «G.T.R. Industrial, S. L.», y no encontrarse la sociedad incluida en los supuestos legalmente establecidos de revisión obligatoria de las cuentas anuales e informe de gestión y no tener designado auditor de cuentas, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión, alegando, básicamente: 1.º) Que la solicitante de la auditoría rechazó un puesto en el Consejo de Administración en el que habría podido estar informada de la actuación social y de las cuentas del ejercicio cuya auditoría pretende. 2.º) Que a la vista del escrito de la solicitante resulta que la causa de la solicitud es la de realizar ciertas operaciones de carácter mercantil, de donde se deduce claramente el fin espurio de perjudicar doblemente a la sociedad, de un lado, por las gastos que la auditoría comporta y, de otro, porque esas operaciones mercantiles que pretende realizar, no son otras que la venta de sus participaciones sociales. La vía adecuada para determinar el valor real de éstas es la establecida en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil. 3.º) Que es esta la cuarta vez que la solicitante reclama una auditoría de cuentas, sin tener en consideración que en las realizadas sobre los ejercicios 2005, 2006, 2007 los auditores mantuvieron en sus informes que las cuentas reflejaban la verdadera situación patrimonial y financiera de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 30 de junio de 2010, acordó estimar la solicitud formulada, por entender que la solicitante reunía las condiciones de capital y tiempo exigidas por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. Mantenía que el hecho de que se le hubiera ofrecido un cargo en el Consejo de Administración no le priva del derecho a la verificación contable. En cuanto a las motivaciones que la llevan a solicitar la auditoría, resulta imposible examinarlas en este procedimiento. En cuanto a los costes de la auditoría, la ley de Sociedades Anónimas los atribuye a la sociedad. Por último, mantuvo que el derecho a solicitar el nombramiento registral de auditor es un derecho que puede reiterarse anualmente.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición y, añadiendo: Que es difícil no entender que existe mala fe en el ejercicio del derecho cuando durante varios ejercicios consecutivos los auditores encargados de realizar el informe instado por la solicitante han mantenido que las cuentas sociales reflejan la verdadera situación de la empresa. Y, asimismo, que la solicitud de nombramiento registral de auditor no puede ampararse en la realización de ciertas operaciones mercantiles, sin mayor precisión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 1996, 7 de octubre y 13 de diciembre de 2005 y 30 de mayo de 2007.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de En efecto, el hecho de que la solicitante hubiera rechazado ser miembro del Consejo de Administración de la sociedad, no le priva en modo alguno ejercer un derecho que el artículo 205.2 de la ley de Sociedades Anónimas reconoce al socio minoritario. Mas aún, si se tiene en cuenta que los derechos de información sobre la contabilidad y sobre la situación financiera de la empresa y el derecho a la verificación contable —es decir, a que las cuentas anuales sean verificadas por un experto independiente— son derechos que, aunque relacionados, están plenamente diferenciados por su finalidad y requisitos, siendo independientes en cuanto a su ejercicio (*cfr.* arts. 112, 205 y 212 de la Ley de Sociedades Anónimas pues).

2.º Tampoco pueden admitirse las alegaciones referidas a las supuestas motivaciones espurias de la solicitante, dado que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones que llevan al socio a formular su petición de auditoría, ya que si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cfr.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no puedan presumirse. La parte que se sienta perjudicada —en este caso, la sociedad— siempre tendrá expedita a la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

3.º En cuanto a la no identificación de la causa, es reiterada la doctrina de este Centro Directivo manteniendo que la imprecisa expresión de la causa de

la solicitud no es obstáculo para la admisión de la instancia, pues en las sociedades no obligadas a verificación contable, la causa de la solicitud instada por los socios minoritarios con base en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría para verificar las cuentas del ejercicio social vencido.

4.º En cuanto a la alegación de los gastos que la auditoría comporta para la sociedad, que el precitado artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone, taxativamente, sin que quepa margen interpretativo alguno que los costes de la auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad.

5.º Por último, como también ha mantenido este Centro Directivo, el derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital) en cuanto que se concreta en la contabilidad de un determinado ejercicio social, el ejercicio inmediatamente anterior a la solicitud, es un derecho que puede reiterarse anualmente y, en consecuencia, es irrelevante que la minoría social lo haya ejercitado anteriormente.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, como administrador de «G.T.R. Industrial, S. L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de a de 30 de junio de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 20 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 21 de septiembre de 2011 (1.ª)

En el expediente 242/2010 sobre recusación de auditor por «Eugenio Bermudez e Hijos, S. L.».

HECHOS

I

En el expediente sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Eugenio Bermudez e Hijos, S. L.» para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2009, el

Registrador Mercantil de resolvió el 14 de abril de 2010 la procedencia del nombramiento solicitado. Dicha resolución devino firme en vía administrativa al no haber sido recurrida en el plazo indicado en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil.

II

De acuerdo con dicha resolución, el 7 de mayo de 2010, el Registrador Mercantil de procedió a designar auditor a la entidad mercantil «Edepo Economistas Auditores, S. L. P.». Dicho auditor aceptó el encargo de auditoría de cuentas el 18 de mayo del mismo año.

III

El 17 de junio de 2010 la empresa auditora «Jab System Auditors, S. L. P.», puso en conocimiento del Registrador Mercantil que no pudo hacer su trabajo por limitación absoluta impuesta por la sociedad a auditar.

IV

El 18 de junio de 2010 la sociedad, a través de su administrador único don, presentó escrito dirigido al Registro Mercantil de, alegando, en esencia: 1.º) Que el 27 de mayo de 2010 se recibió un correo electrónico de don en el que exigía la firma de un contrato de auditoría y exigía, sin someterse a criterio alguno el pago de unos honorarios de 20.100 euros más IVA y con posibilidad de que se incrementasen, exigiendo el pago del 50% de dicha cantidad en concepto de provisión de fondos. Ante tal exigencia realizó las consultas pertinentes y recibió la información de que dichos honorarios eran desproporcionados. 2.º) Que con dicha información dirigió a don un burofax el 18 de junio de 2010, en el que previa oposición a tal exigencia, comunicaba la posición de la sociedad, en particular, que se solicitaría del Registrador Mercantil la fijación de la retribución, conforme a lo previsto en el artículo 362 del Reglamento del Registro Mercantil. Se informó, asimismo, al auditor de cuentas designado que, con objeto de que pudiera realizar los trabajos, ingresaría en la cuentas corriente la cantidad de 3000 euros, en concepto de provisión de fondos. 3.º) Que, en atención a lo expuesto, solicitaba del Registrador Mercantil la fijación de la retribución al auditor por la verificación de las cuentas del ejercicio 2009.

V

El Registrador Mercantil de con fecha de 22 de junio de 2010 acordó desestimar la solicitud por entender que no es misión del Registrador Mercantil determinar el importe de la retribución del auditor de cuentas, sino que de conformidad con el artículo 362 del Reglamento del Registro Mercantil su función es establecer criterios para su cálculo, conforme a las normas técnicas de auditoría, lo que así se hizo en el acuerdo de designación del auditor nombrado. Mantuvo que el auditor designado por el Registrador envió un escrito de 17 de junio de 2010, manifestando la imposibilidad de realizar el informe de auditoría por imposibilidad absoluta del alcance de los trabajos, por no permitírsele la sociedad. Por ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 361 del Reglamento del Registro Mercantil, se da por concluido el expediente.

VI

Contra dicha resolución la indicada representación de la sociedad afectada por el nombramiento registral de auditor, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de 18 de junio de 2010 al Registrador Mercantil y añadiendo: 1.º) Que el artículo 362 del Reglamento del Registro Mercantil establece la fijación de un sistema de remuneración pero no impone la obligación de firmar un contrato de auditoría, ni posibilita que la falta de pago de lugar a un informe de auditoría con opinión denegada por la limitación del alcance de los trabajos. 2.º) Que no hay constancia de la oposición de la sociedad a la entrega de la documentación necesaria para realizar la auditoría, ni tampoco su oposición al pago, sino todo lo contrario. En consecuencia, se solicita la recusación del auditor por falsedad de la causa alegada y por enemistad manifiesta.

VII

Trasladado dicho recurso a la firma auditora, «Edepo Economistas Auditores, S. L. P.» su representante, don, presentó un escrito oponiéndose a la recusación y alegando, en esencia: 1.º) Que los honorarios del auditor constan de dos conceptos: precio/ hora y número de horas estimado para la realización de las labores. 2.º) Que las tarifas de honorarios profesionales orientativos, publicados por el Colegio de Economistas de, en su apartado Tarifas horarias, Capítulo 0, epígrafe 01 una vez recibidos, marcan un precio de 20.000 pesetas por hora. Dichas tarifas se actualizan anualmente con el Índice de precios al consumo, siendo la variación que va del año 1998 a 7 de mayo de 2010 del 38,6%. Es decir, que en la carta de encargo se fijó un precio inferior al estipulado. 3.º) Que en el *petitum* del escrito de recurso se solicita la recusación del auditor por enemistad manifiesta, lo que no es cierto. 4.º) Finalizaba su escrito manteniendo su imparcialidad frente a la empresa a auditar.

VIII

Finalmente, el 18 de julio de 2011, tuvo entrada en este centro Directivo un oficio del Registrador Mercantil de al que adjuntaba un escrito de renuncia a la solicitud de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009, suscrito por don

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205 y 207 de la Ley de Sociedades Anónimas y 341, 342, 348, 357, 361, 362 y 364 del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo, 8 de junio y 15 de octubre de 1993 y, como más recientes, las de 21 de diciembre de 2006, 11 de julio y 12 de septiembre de 2008 y 11 de septiembre de 2009.

1.º Con carácter previo se ha de señalar que no puede admitirse la renuncia presentada por el solicitante de la auditoría de cuentas, dado que este procedimiento de nombramiento registral de auditor finalizó cuando la resolución del Registrador Mercantil adquirió firmeza por no haber sido recurrida en plazo por la parte a quien le pudo perjudicar. Como este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente, este procedimiento no concluye con la emisión del informe de auditoría de cuentas, sino con la resolución dictada por esta Dirección General resolviendo el recurso de alzada si se hubiera interpuesto o bien, en caso contrario, con la firmeza de la resolución dictada por el Registrador Mercantil.

2.º En cuanto a la cuestión de fondo planteada en el escrito de recurso, cabe señalar que para recusar a un auditor de cuentas, nombrado por el procedimiento previsto en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil, es preciso la concurrencia de causa legítima, en el sentido del artículo 344 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite el artículo 341 del Reglamento del Registro Mercantil, lo que comporta la alegación y prueba de los hechos y circunstancias en que se funda la tacha alegada.

En el caso presente, la emisión del informe de auditoría con opinión denegada obedeció a que la sociedad no entregó al auditor las cuentas anuales del ejercicio 2009 que debía verificar. Es decir, dicho informe no fue emitido a consecuencia de la disparidad de criterios en cuanto a los honorarios solicitados que, por otra parte, se encuentran dentro de las tarifas del Colegio de Economistas de Pontevedra, ni tampoco obedeció a la falta de pago de estos, sino al cumplimiento de las Normas de Técnicas de Auditoría. Consecuentemente, no pueden estimarse acreditada como causa legítima de la recusación las circunstancias alegadas por la sociedad recurrente.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar, de conformidad con los anteriores fundamentos de derecho, el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de la entidad auditora «Eugenio Bermudez e Hijos, S. L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de el 22 de junio de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid 21 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 21 de septiembre de 2011 (2.ª)

En el expediente 231/2010 sobre recusación de auditor por «Rojas Motor, S. L.».

HECHOS

I

En expediente sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio «Rojas Motor, S. L.» para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2009 el Registrador Mercantil de resolvió el 16 de marzo de 2010 la procedencia del nombramiento solicitado. Dicha resolución devino firme en vía administrativa al no haber sido recurrida en el plazo indicado en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil.

II

Con fecha 14 de abril de 2010 el Registrador Mercantil de, procedió a designar auditor a la entidad mercantil «Jab System Auditors, S. L. P.». Dicho auditor aceptó el encargo de auditoría de cuentas el 13 de mayo del mismo año.

III

El 14 de junio de 2010 la empresa auditora «Jab System Auditors, S. L. P.», de conformidad con los artículos 345.1 y 364 del Reglamento del Registro Mercantil, solicitó del Registrador Mercantil una prórroga para la emisión del informe de auditoría, dada la complejidad del trabajo a realizar y a la dificultad que tiene la sociedad para recopilar la documentación. A dicha solicitud el Registrador Mercantil resolvió concediéndole la prórroga por el plazo de un mes.

IV

El 14 de junio de 2010 la sociedad, a través de su administrador don, presentó escrito dirigido al Registro Mercantil de recusando el auditor, dado que siendo el segundo año en el que la empresa realiza la auditoría, se observa una evidente diferencia de honorarios respecto de otros auditores e incluso respecto de otras empresas del sector. A consecuencia de esta apreciación, se entablaron negociaciones con el auditor con el fin de alcanzar un acuerdo que, finalmente, no se consiguió. Finalizó su escrito alegando que debido a un clima de confrontación y tensión en el transcurso de la negociación, se ha llegado a una enemistad manifiesta.

V

Trasladado dicho escrito a la firma auditora, ésta se opuso a la recusación alegando, en esencia: 1.º) Que se reclamaron a la entidad auditada los documentos necesarios para la elaboración de la carta de encargo y, una vez recibidos, le fue remitida la citada carta el 1 de junio de 2010, como mandan las Normas Técnicas de Auditoría. 2.º) Que tras recibirlos, la empresa auditada estableció comunicación telefónica con la firma auditora con el fin

de obtener una reducción de honorarios, lo que no llegó a conseguir. 3.º) Que no existió ningún enfrentamiento, sino una simple conversación telefónica que, en ningún caso, puede tener el alcance de una enemistad manifiesta, pues si así se entendiera, cada cliente que acudiera al concesionario de la sociedad auditada se encontraría en la misma situación. 4.º) Que, en definitiva, lo que se pretende es eludir al auditor designado o retrasar su gestión con el consiguiente detrimento de los derechos del socio minoritario.

VI

Finalmente, el Registrador Mercantil de, con fecha 22 de junio de 2010, acordó estimar la recusación del auditor. Señaló que el procedimiento reglado configurado en el Reglamento del Registro Mercantil trata de lograr un resultado lo más aséptico posible, en el que las partes puedan confiar en la imparcialidad y objetividad del auditor. Si se sustituyera al auditor recusado por la sociedad por otro con idénticas características se cumplirían los principios informadores del ordenamiento jurídico vigente en la materia. Asimismo, debe tenerse en cuenta que no se causa ningún perjuicio ni al auditor recusado, puesto que no ha emitido el informe de auditoría ni tampoco al socio solicitante.

VII

Con fecha de 1 de julio de 2010 tuvo entrada en el Registro Mercantil de un escrito firmado por don en el que emitió informe con opinión denegada por limitación absoluta en el alcance de los trabajos de auditoría.

VIII

A la vista de dicho escrito, el Registrador Mercantil de, con fecha de 6 de julio de 2010, acordó no admitir el mencionado informe, por su resolución estimando la recusación del auditor de cuentas, la cual se encuentra en plazo para interponer recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

IX

Contra dicha resolución don, administrador único de la entidad auditora «Jab System Auditors, S. L. P.», interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis: 1.º) El artículo 342 del Reglamento del Registro Mercantil establece que en cualquier momento antes de la elaboración del informe de auditoría las partes podrán recusar al auditor designado por concurrir causa legítima. 2.º) Que esta parca regulación reglamentaria ha de completarse con las causas de recusación de peritos establecidas en la LEC para la recusación de peritos y expertos independientes, siendo así que conforme a los artículos 343 y 344 de esta cuerpo legal son causas de recusación: *a)* Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil de una de las partes o de sus abogados o procuradores. *b)* Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante. *c)* Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores. *d)* Amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus procuradores o abogados. *e)* Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional. 3.º) Que el concepto de enemistad manifiesta en

que la sociedad fundó su recusación no puede quedar al libre albedrío de quien lo invoca, sino que éste debe correr con la carga de la prueba, lo que la sociedad no hizo. Tampoco puede admitirse el fundamento de la resolución recurrida que indica que la recusación solo se habría ejercido contra estos auditores y no contra los restantes pues, evidentemente, esta afirmación no puede constituir la prueba exigida. 4.º) Que la argumentación del recusante solo destaca un clima de tensión alcanzado en la negociación de los honorarios que derivó en una enemistad manifiesta. A ello se debe puntualizar que la conversación se desarrolló telefónicamente. 5.º) Que no puede permitirse, cuando el debate con la empresa auditada residió en una rebaja de honorarios, que el conflicto se revista de enemistad manifiesta, con el simple argumento de que existieron tensiones por vía telefónica.

X

El 31 de marzo de 2011 tuvo entrada en el Registro general de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de al que adjuntaba un escrito en el que la solicitante de la auditoría de cuentas renunciaba a su petición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205 y 207 de la Ley de Sociedades Anónimas y 341, 342, 348, 357, 361, 362 y 364 del Reglamento del Registro Mercantil.

1.º Con carácter previo se ha de señalar que no puede admitirse la renuncia presentada por el solicitante de la auditoría de cuentas, dado que este procedimiento de nombramiento registral de auditor finalizó cuando la resolución del Registrador Mercantil adquirió firmeza por no haber sido recurrida en plazo por la parte a quien le pudo perjudicar. Como este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente, este procedimiento no concluye con la emisión del informe de auditoría de cuentas, sino con la resolución dictada por esta Dirección General resolviendo el recurso de alzada interpuesto contra la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría o bien, si no se hubiera interpuesto dicho recurso de alzada, con la firmeza de la resolución dictada por el Registrador Mercantil.

2.º En cuanto a la cuestión de fondo planteada en el escrito de recurso, cabe señalar que, ciertamente, como señala el recurrente, para recusar a un auditor de cuentas, nombrado por el procedimiento previsto en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil, es preciso la concurrencia de causa legítima, en el sentido del artículo 344 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite el artículo 341 del Reglamento del Registro Mercantil, lo que comporta la alegación y prueba de los hechos y circunstancias en que se funda la tacha alegada.

En el caso presente, si bien es cierto que la discusión sobre los honorarios solicitados por el auditor de cuentas no debió haberse producido, porque en el

acuerdo de nombramiento el Registrador Mercantil debió señalar los parámetros a los que debían ajustarse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 362.1 del Reglamento del Registro Mercantil y, una vez devengados, si la sociedad estuviera disconforme debió haberlos impugnado ante el Colegio de Economistas Censores de Cuentas y, en última instancia, ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, la difícil apreciación de las circunstancias concretas que rodearon la negociación entre la sociedad y el auditor de cuentas, aconseja a este Centro Directivo mantener el acuerdo del Registrador Mercantil de recusar al auditor de cuentas nombrado, alejando así cualquier género de duda que puedan poner en entredicho la objetividad e independencia que deben presidir la actividad de la auditoría de cuentas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar, de conformidad con los anteriores fundamentos de derecho, el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de la entidad auditora «Jab System Auditors, S. L. P.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de el 22 de junio de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid 21 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 23 de septiembre de 2011

En el expediente 236/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Petróleos Asturianos, S. L.».

HECHOS

I

Don, actuando como representante, persona física de la entidad mercantil «Duro Felgueras Plantas Industriales, S. A. Unipersonal» presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 24 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de

Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Petróleos Asturianos, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

En fecha 29 de marzo de 2010 el Registro Mercantil de trasladó dicha solicitud a la sociedad, al domicilio que constaba en dicho Registro, siendo devuelta dicha notificación el 13 de abril de 2010, constando «ausente». Nuevamente intentada la notificación a la sociedad y a los administradores mancomunados de la misma, fueron devueltas las notificaciones realizadas a la sociedad y a don y recibida la que fue remitida a don

III

Con fecha de 26 de abril de 2010 la sociedad a través de don y de don dirigieron un burofax al Registro Mercantil de oponiéndose a la solicitud del socio minoritario, en base a los siguientes argumentos: 1.º) Que por acuerdo de la Junta General de 9 de junio de 2009, elevado a público el 26 de marzo de 2010, se decidió el cambio de domicilio social a la ciudad de Gijón, circunstancia de sobra conocida por el solicitante. 2.º) Que, a instancias de los administradores que subscriben el escrito de oposición y para su entrega a las Juntas generales Ordinaria y Extraordinaria de la sociedad, convocada el 7 de mayo de 2010, se efectuó el nombramiento de auditor para la revisión de las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2009, habiendo sido designada la entidad auditora «Bishop Auditores, S. L. P. U», entidad que aceptó el encargo y realizó el informe de auditoría.

IV

A la vista de dicho escrito, el Registrador Mercantil de requirió a la sociedad mediante diligencia para mejor proveer, con el fin de que aportaran los documentos públicos o privados de los que resultara dicho nombramiento y la aceptación del auditor. Dicha diligencia fue devuelta por el servicio de correos el 20 de mayo de 2011, constando «ausente».

Nuevamente intentada la notificación el 25 de mayo de 2010 a la sociedad y a los administradores mancomunados, éstos, finalmente, presentaron un escrito en el Registro Mercantil de, al que adjuntaban un acuerdo de auditoría de cuentas firmado por don, en representación de la sociedad y por don, en representación de «Bishop Auditores, S. L. P. U» con firmas legitimadas por el Notario de Madrid el 2 de junio de 2010.

V

Con fecha 27 de mayo de 2010 la sociedad de referencia quedó inscrita en el Registro Mercantil de, siendo el 14 de junio cuando se recibió del Registro Mercantil de la certificación del traslado de domicilio, remitido por el Registro Mercantil de que contiene el expediente de nombramiento registral de auditor de cuentas instado por la minoría, abierto en ese Registro, sin que conste inscrito el nombramiento de auditor de cuentas.

VI

Recibido el expediente en el Registro Mercantil de, la Registradora Mercantil, con fecha de 15 de junio de 2010, resolvió no admitir la oposición de la sociedad. Tras señalar que la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas reunía los requisitos de capital y tiempo, señaló, respecto a la decisión de cambio de domicilio social, acordado por la Junta General de la sociedad el 9 de junio de 2009 que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que el Registro competente para resolver la solicitud de nombramiento registral de auditor es el del domicilio social de la sociedad al tiempo de presentarse la instancia del socio minoritario, debiendo mantenerse dicha competencia durante todo el procedimiento, con independencia de que se haya expedido la certificación con los datos que constan en la hoja registral de la sociedad en el Registro Mercantil de origen pues, si se entendiera que el hecho de solicitar dicha certificación es determinante de la falta de competencia de éste, se estaría dejando en manos de la sociedad el ejercicio del derecho reconocido a la minoría, ya que podría paralizarlo con solo retrasar el traslado de la hoja registral. No obstante una vez conste el cierre definitivo de la hoja registral de la sociedad en el Registro Mercantil de origen por haberse practicado la inscripción en el nuevo domicilio, será éste el que deba continuar la tramitación del expediente (*cf.* RRD-GRN 26 de marzo de 1993, 13 de abril de 1994 y 29 de septiembre de 2005). Así pues, una vez inscrita la sociedad en el Registro Mercantil de resulta competente para resolver la solicitud el Registrador encargado de dicho Registro.

En cuanto a la auditoría voluntaria contratada por la sociedad, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, no se ha acreditado que la contratación del auditor de cuentas fuese anterior a la presentación de la instancia del socio minoritario en el Registro Mercantil de, dado que la fecha que consta en el acuerdo suscrito entre el administrador de la sociedad y el auditor de cuentas y que puede probar frente a terceros la anterioridad en el tiempo es la de la legitimación notarial de firmas que es de 2 de junio de 2010 y, por tanto, posterior a la solicitud del socio minoritario, presentada en el Registro mercantil de el 24 de marzo de 2010.

VII

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que con fecha de 23 de marzo de 2010 la administración social acordó con el auditor de cuentas la verificación contable de 2010. Dicho acuerdo fue aprobado por la Junta General celebrada el 7 de mayo de ese mismo año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Regla-

mento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que no ha acreditado la anterioridad del contrato de auditoría, dado que siendo la fehaciencia de la fecha de la aceptación del auditor designado la que determina si el contrato fue o no efectivamente anterior a la solicitud, cabe señalar que la primera fecha fehaciente que consta en los documentos presentados por la sociedad es la de la legitimación notarial de las firmas de don, como administrador de la sociedad, y la de don, en representación de la entidad auditora «Bishop Auditores, S. L. P. U.» esto es, el 2 de junio de 2010 (*cf.* art. 1.227 del Código Civil).

A mayor abundamiento, se ha de señalar que, aun teniendo en cuenta las fechas que la sociedad pretende hacer valer, tampoco quedaría probado que el contrato de auditoría fue anterior a la presentación de la instancia del socio minoritario el 24 de marzo de 2010. Por lo que debe serle reconocido su derecho al nombramiento registral de auditor para la verificación de las cuentas del ejercicio 2009.

2.º Alega la sociedad que, de llevarse a cabo la auditoría solicitada, se originaría una duplicidad de gastos y un notable perjuicio económico a la sociedad. Pues bien, dicha alegación tampoco puede prosperar, dado que, en primer lugar, ambas auditorías son plenamente compatibles y en segundo lugar, porque el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone taxativamente –sin dejar margen interpretativo alguno– que los gastos que la auditoría comporta corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don y de don, administradores mancomunados de «Petróleos Asturianos, S. L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de el 15 de junio de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 23 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 24 de septiembre de 2011

En el expediente 232/2010 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Lormax Vallés, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 25 de marzo de 2010, solicitando, al amparo del artículo 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada

y del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como socio con más del 5% de participaciones de «Lormax Vallés, S. L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don y don, se opuso a dicha alegando: 1.º) Que el solicitante no acompañó a su instancia ningún documento acreditativo de su legitimación. 2.º) Que es perfectamente conocedor de la situación por la que atraviesa la empresa, habiendo tenido a su disposición toda la documentación financiera y contable de la sociedad. 3.º) Que, dada la mala fe con la que actuó el solicitante, los honorarios de la auditoría, en caso de que se estime su petición, deben correr de su cuenta.

III

La Registradora Mercantil núm. X de, con fecha 15 de abril de 2010, acordó estimar las solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado. Tras señalar que de la hoja abierta a la sociedad se desprende que el solicitante reúne el mínimo exigido para solicitar el nombramiento registral de auditor, mantuvo que es doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que para acreditar la condición de socio del peticionario de la auditoría basta con aportar un principio de prueba de su condición de socio y de su titularidad sobre el mínimo de capital social legalmente exigido para ejercitar el derecho. Por su parte, la sociedad que niega dicha legitimación es la que debe desvirtuar la presunción de titularidad mediante una prueba plena de la que resulte que el socio ha perdido la propiedad que alegó sobre determinado número de acciones o participaciones sociales. En el caso presente de la invocación a los datos registrales realizada en la instancia, se deduce que el solicitante ostenta la legitimación que alegó, sin que sea preciso que aporte documento alguno, al constar inscritos los documentos de los que resulta su titularidad. Respecto al conocimiento que tiene sobre los principales documentos de la sociedad y sobre la situación económica de la empresa, se ha de recordar que no cabe confundir el derecho de información que ostentan todos los socios con el derecho a la verificación contable, dado que , aunque están relacionados, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. Por lo que se refiere a la mala fe del socio minoritario, como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados. Por último, en cuanto a los gastos de la auditoría, el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone taxativamente, sin que quepa margen interpretativo alguno, que éstos corren siempre de cuentas de la sociedad.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso, en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando, básicamente, los argumentos

aducidos en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidos en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

V

Por último, el 29 de junio de 2010, don, solicitante de la auditoría de cuentas, presentó en el Registro Mercantil de un escrito con firma legitimada notarialmente, en el que desistía de su solicitud de auditoría de las cuentas del ejercicio 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar el desistimiento presentado por don, solicitante de la auditoría y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia para auditar las cuentas del ejercicio 2009 de la sociedad «Lormax Vallés, S. L.».

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 24 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 26 de septiembre de 2011

En el expediente 234/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Adeia, S. A.».

HECHOS

I

Don, don y don presentaron un escrito dirigido al Registro Mercantil de el 31 de marzo de 2006, solicitando, de conformidad con el artículo 205.2 de la

Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 359 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 5% del capital social de «Adeia, S. A.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2005.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad, ésta no se opuso al nombramiento de auditor de cuentas, solicitado por la minoría.

III

La Registradora Mercantil núm. IV de, el 22 de mayo de 2006, resolvió acceder a lo solicitado por la minoría, dado que reunían los requisitos de capital y tiempo exigidos por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

IV

Notificada a las partes dicha resolución sin que hubiera sido recurrida dentro del plazo de quince días establecido en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil, la Registradora procedió a designar auditor de cuentas por el procedimiento previsto en el artículo 355 del Reglamento, a don, concediéndole el plazo de un mes para la emisión del informe de auditoría. Dicho auditor aceptó, en esa misma fecha la designación de auditor.

V

Por último, el 21 de julio de 2010 tuvo entrada en este Centro Directivo un oficio de la Registradora Mercantil al que adjuntaba un escrito de doña, actuando en nombre y representación de don, don y don, solicitantes de la auditoría de cuentas, en el que renunciaban a su solicitud del año 2006.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 342 y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de julio de 1993, 21 de enero de 1999 y 16 de agosto de 2010.

No puede prosperar en esta resolución la renuncia presentada por los solicitantes de la auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2005. En efecto, conforme a lo establecido en el artículo 87 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

Común, finalizado el procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas con la resolución de la Registradora Mercantil núm. IV de, declarando su procedencia, la cual tras haber sido notificada, devino firme por no haber sido recurrida por la sociedad en el plazo de quince días previsto en el artículo 353.3 del RRM, no cabe ya desistir ni renunciar a la solicitud que inició el expediente, porque admitirla sería contrario al principio de seguridad jurídica que proclama que las decisiones judiciales, administrativas o registrales sean definitivas una vez transcurridos los plazos previstos para su impugnación sin haber interpuesto el recurso pertinente.

A mayor abundamiento, se ha de recordar a los solicitantes la doctrina de esta Dirección General manteniendo que este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas finaliza con la firmeza de la resolución del Registrador decidiendo sobre su procedencia y no con la entrega del informe de auditoría y, en el supuesto de que dicha resolución sea recurrida en alzada, finaliza con la resolución de este Centro Directivo, confirmando o rectificando dicha resolución.

Esta Dirección General ha resuelto, en atención al anterior fundamento jurídico, inadmitir la renuncia presentada por los solicitantes de la auditoría de cuentas.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 26 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 27 de septiembre de 2011 (1.ª)

En el expediente 237/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bakilot, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 31 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y

siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Bakilot, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la Junta general de la sociedad, celebrada el 8 de febrero de 2010, procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo para la realización de la auditoría de los ejercicios 2008 y 2009 a la sociedad «L & M Auditores, S. L.». Adjuntaba a su escrito, entre otros documentos, la carta de aceptación del encargo de auditoría, suscrita por don, en representación de la empresa auditora, constando en dicho escrito la legitimación notarial de su firma, el 17 de marzo de 2010.

III

El Registrador Mercantil núm. XI de a la vista de dicho escrito acordó, 21 de abril de 2010, como diligencia para mejor proveer, requerir a la sociedad para que aportara el original de dicho escrito, dado que solo se adjuntó una fotocopia. A dicho requerimiento la sociedad contestó mediante escrito de 7 de mayo de 2010.

IV

Por acuerdo de 12 de mayo de 2010, el Registrador Mercantil núm. XI de acordó suspender el procedimiento en tanto que la sociedad no haya garantizado el derecho del socio al informe de auditoría. En apoyo de su decisión mantuvo que, ciertamente, la auditoría contratada por la sociedad puede enervar el derecho del solicitante, siempre y cuando reúna las dos condiciones exigidos por la Dirección General de los Registros y del Notariado, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, de la documentación aportada por la sociedad se desprende que la empresa auditora «L&M Auditores, S. L.» fue designada el 8 de febrero de 2010. La documentación presentada para su inscripción en el Registro Mercantil conteniendo el acuerdo de nombramiento se presentó el 22 de marzo de 2010 y fue calificada con defectos subsanables el 7 de abril siguiente. Retirada y vuelta a presentar el 15 de abril de 2010 volvió a ser calificada con defectos subsanables el 23 de abril siguiente, por lo que estando vigente el asiento de presentación y dentro del plazo de vigencia de dicho asiento, el Registrador Mercantil dejó en suspenso la declaración sobre la procedencia del nombramiento de auditor solicitado por la minoría.

V

Transcurrido el plazo de vigencia del asiento de presentación, considerado en el acuerdo de suspensión de 12 de mayo de 2010, el Registrador Mercantil núm. XI de resolvió, el 5 de julio de 2010, acceder al nombramiento de auditor de cuentas solicitado por la

minoría, dado que la sociedad no llegó a inscribir el nombramiento del auditor voluntario, ni puso a disposición del socio el informe de auditoría ni tampoco lo aportó al expediente, por lo que no ha garantizado el derecho que el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas reconoce al socio minoritario.

VI

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que la sociedad celebró Junta general Ordinaria el 28 de junio de 2010, con la intervención del Notario de, don, En dicha Junta general, además de proceder a la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad y el informe de gestión, se puso a disposición de los socios el informe del auditor designado por la sociedad, para verificar las cuentas anuales del ejercicio 2009. Con el fin de cumplir con el segundo de los requisitos exigidos por la Dirección General de los Registros y del Notariado, se adjunta dicho informe de auditoría, así como el Acta de la Junta General, anteriormente citada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

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

concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad ha acreditado la primera de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, dado que aportó al escrito de oposición a la solicitud la carta de aceptación del representante de la firma auditora, en la que consta la su firma legitimada con fecha de 17 de marzo de 2010. Asimismo, en esta instancia de recurso de alzada ha aportado al expediente el informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009, por lo que se ha de concluir que también ha quedado garantizado el derecho del socio minoritario al referido informe.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de «Bakilot, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de núm. XI de, el 5 de julio de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 27 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de ...

Resolución de 27 de septiembre de 2011 (2.ª)

En el expediente 238/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Invesit Integral, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 24 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Invesit Integral, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el 8 de mayo de 2009, se suscribió un documento privado en el que, entre otros extremos, don se comprometió a transmitir al suscribiente sus participaciones sociales en la compañía. El día 7 de septiembre se requirió al transferente mediante burofax para que cumpliera con todas sus obligaciones contractuales. Ante la negativa del transferente, don interpuso una demanda ante los Juzgados de Madrid, solicitando se declarase válido y con fuerza de obligar el documento privado suscrito por ambas partes el 8 de mayo de 2009. Dicha demanda fue admitida a trámite por auto de 3 de marzo de 2010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 56 de 2.º) Que, en atención a lo hasta ahora expuesto, es evidente que el solicitante de la auditoría, don, carece de legitimación para instar el nombramiento de auditor de cuentas. 3.º) Que, además de lo anterior, cabe advertir que el domicilio citado en la instancia no es el propio del solicitante, sino que corresponde al de la entidad mercantil «Telegestiones Marenostrum, S. L.», cuya persona de contacto es el propio solicitante de la auditoría. Con esto queda adverado que la verdadera finalidad es la de buscar un perjuicio económico a la mercantil cuya auditoría de cuentas se solicita.

III

La Registradora Mercantil núm. IV de, con fecha de 13 de mayo de 2010, acordó estimar la solicitud, por entender el acuerdo entre transferente y adquirente, por el que el primero se comprometía a transmitir en escritura pública sus participaciones sociales, no puede ser tenido en cuenta para negar la legitimación del solicitante de la auditoría de cuentas, puesto que el día de la presentación de su instancia en el Registro Mercantil reunía todos los requisitos para solicitar del Registrador el nombramiento de auditor de cuentas, sin que se hubiera producido ni entre las partes ni frente a la sociedad la efectiva transmisión del dominio sobre dichas participaciones sociales. Mantuvo que no existía litispendencia en torno a la titularidad sobre las participaciones sociales que el solicitante invocó para ejercitar su derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas. En cuanto a las manifestaciones de la sociedad sobre la verdadera intención del solicitante de la auditoría,

la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que las determinaciones internas que han llevado al socio a solicitar la auditoría no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido y si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia, que el Juzgado núm. 56 de Madrid estimó la demanda interpuesta por él contra el solicitante de la auditoría de cuentas, don, dictando la sentencia de 12 de mayo de 2010, en la que se condena al mencionado señor a otorgar escritura pública de compraventa de participaciones sociales. En definitiva la persona que en su momento solicitó la auditoría, reconoce que no quiere ser socio de la entidad mercantil «Invesit Integral, S. L.».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005 y 14 de febrero de 2006.

1.º El presente recurso plantea una cuestión previa a la de fondo planteada que fue abordada por la Registradora Mercantil de y sobre la que el recurrente no formula ninguna alegación. Dicha cuestión es la relativa al momento en el que debe tenerse en cuenta si el solicitante de la auditoría reúne o no los requisitos legalmente exigidos por el antiguo artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 265 de la ley de Sociedades de Capital) para el ejercicio del derecho a la verificación contable. Este momento no es otro que el de la presentación de la instancia en el Registro Mercantil, en la que el socio, bajo su responsabilidad, asegura que ostenta dicha condición y aporta un principio de prueba sobre la propiedad que ostenta sobre un número de participaciones al menos del 5% del capital social de la compañía.

En el caso que nos ocupa, el solicitante de la auditoría de cuentas presentó su instancia en el Registro Mercantil de el 24 de marzo de 2010 y la sentencia en la que, tras su allanamiento, se le condenó a elevar a público el contrato privado de compraventa otorgado por él y don, se dictó el 12 de

mayo de 2010, por lo que se ha de reconocer su legitimación para solicitar y obtener el nombramiento de auditor de cuentas con cargo a la sociedad.

A mayor abundamiento, se ha de advertir al recurrente que la sentencia de 12 de mayo de 2010 no protocolizó el referido contrato traslativo del dominio, sino que condenó al demandado, don, a llevar a cabo dicha transmisión tal y como se pactó, siendo así que hasta que ésta no se produzca en los términos pactados el solicitante continúa siendo propietario de dichas participaciones sociales (*cfr.* antiguo art. 26 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y art. 106.1 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Por último se ha de señalar, en cuanto a las intenciones oblicuas que la sociedad atribuye al solicitante que esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que las determinaciones internas que han llevado al socio a solicitar la auditoría no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido y si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cfr.* arts. 6 y 7 del Código Civil), siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de «Invesit Integral, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. IV de el 13 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 27 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 28 de septiembre de 2011

En el expediente 10/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «The Candy & Toy Factory, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 31 de marzo de 2009 solicitando, al amparo de los artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «The Candy & Toy Factory, S. L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2008.

II

Notificada la sociedad por correo certificado de la presentación de dicha solicitud, ésta no formuló oposición al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil.

III

El 1 de junio de 2009, el Registrador Mercantil núm. XVII de acordó estimar la solicitud, por entender que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo, exigidos por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin que la sociedad hubiera presentado oposición a dicha solicitud en el plazo previsto en el artículo 354.1 del Reglamento del Registro Mercantil. En dicho acuerdo designó como auditor de cuentas a don, inscrito en el ROAC bajo el número 3269, que aceptó el encargo el mismo día 1 de junio de 2009.

IV

Don, en nombre y representación de la entidad mercantil «The Candy & Toy Factory, S. L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 23 de junio de 2009, mostrando su disconformidad con el presupuesto presentado por el auditor de cuentas designado por el Registrador Mercantil núm. XVII de y solicitando la designación de un nuevo auditor de cuentas.

V

Por resolución de 25 de junio de 2009 el Registrador Mercantil núm. XVII de desestimó dicha petición. Mantuvo que en la diligencia de nombramiento de dicho auditor se establecieron los criterios para la fijación de su retribución, sin que el Registrador pueda llevar a cabo otras actuaciones no previstas legal ni reglamentariamente.

VI

El 30 de junio de 2009 el auditor designado por el Registrador Mercantil, don, presentó un escrito en el que ponía en conocimiento del Registrador que el administrador único de la sociedad le comunicó que aún tenían pendiente la auditoría del año anterior y que las circunstancias económicas de la empresa no favorecían la realización de esta nueva auditoría. En consecuencia, dado que dichas causas esgrimidas por la sociedad no eran imputables al auditor, éste emitió informe de auditoría con opinión denegada por limitación absoluta del alcance de los trabajos, informe que hizo llegar a la sociedad.

VII

Con fecha de 17 de diciembre de 2010 don, solicitante de la auditoría de cuentas, presentó un escrito en el que renunciaba al nombramiento de auditor de cuentas que en su momento solicitó, por haber recibido todas las informaciones y explicaciones por parte de la administración de la sociedad.

VIII

El Registrador Mercantil núm. XVII de por acuerdo de 28 de diciembre de 2009 se declaró incompetente para pronunciarse sobre la renuncia presentada por el solicitante, comunicando a los interesados la posibilidad de recurrir en alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

IX

El 13 de enero de 2010 don, en nombre y representación de la entidad mercantil «The Candy & Toy Factory, S. L.» presentó un escrito en la Oficina de Correos dirigido a la Dirección general de los Registros y del Notariado, alegando, en esencia: 1.º) Que el 3 de marzo de 2008 quedó inscrito en el Registro Mercantil de el nombramiento registral de auditor instado por un socio para la verificación de cuentas correspondientes al ejercicio 2007 de la sociedad. 2.º) Que el 31 de marzo de 2009 el mismo socio minoritario, don, solicitó la auditoría de cuentas del ejercicio 2009, la cual fue estimada por el Registrador Mercantil núm. XVII de con fecha de 1 de junio de 2009, designando como auditor de cuentas a don que aceptó el nombramiento. 3.º) Que el 23 de junio de 2009 la sociedad a la que representa presentó en el Registro Mercantil un escrito manifestando su disconformidad con el presupuesto presentado por dicho auditor de cuentas y solicitó la designación de otro, cuyos honorarios fueran menos gravosos. Dicha solicitud fue desestimada por el Registrador Mercantil núm. XVII de el 25 de junio de 2009, por entender que no era competente para llevar a cabo actuaciones distintas a las previstas en la Ley y en el Reglamento del Registro Mercantil. 4.º) Que, como consecuencia de que don, solicitante de las auditorías de cuentas correspondientes a los ejercicios 2007 y 2008, transmitió la totalidad de sus participaciones sociales mediante escritura pública de compraventa, autorizada por el Notario de, don, presentó su renuncia a las auditorías de cuentas de dichos ejercicios 2007 y 2008, renuncia que fue presentada en el Registro Mercantil, con fecha de 17 de diciembre de 2009, para que surtiera los efectos pertinentes. 6.º) Que por resolución de 28 de diciembre de 2009 el Registrador núm. XVII de la inadmitió por entender que carecía de competencia. 7.º) Que esta situación produce efectos económicamente gra-

vosos para la compañía, sobre todo si se tiene en cuenta que el solicitante renunció a las auditorías. 8.º) Que el Reglamento del Registro Mercantil, al regular este procedimiento de nombramiento de auditores, no se pronuncia sobre la renuncia a la solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 87, 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 342 y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de julio de 1993, 21 de enero de 1999 y 16 de agosto de 2010.

En el expediente que nos ocupa procede confirmar la decisión adoptada por el Registrador Mercantil núm. XVII de el 28 de diciembre de 2009, en la que se declaró incompetente para aceptar la renuncia a los informes de auditoría presentada por el solicitante.

En efecto, conforme al artículo 87 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, supletoria en todo lo no previsto por la regulación específica contenida en los artículo 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, una vez finalizado el procedimiento con la resolución de la solicitud no cabe ya desistir ni renunciar a dicha solicitud que inició el expediente, porque admitirla sería contrario al principio de seguridad jurídica que proclama que las decisiones judiciales, administrativas o registrales sean definitivas una vez transcurridos los plazos previstos para su impugnación sin haber interpuesto el recurso pertinente.

En el caso presente, el procedimiento iniciado a la solicitud de don finalizó con la resolución del Registrador Mercantil de 1 de junio de 2009 que declaró la procedencia del nombramiento de auditor, la cual tras haber sido notificada, devino firme por no haber sido recurrida por la sociedad en el plazo previsto en el artículo 353.3 del RRM, por lo que no cabe ya desistir ni renunciar a la solicitud.

Por tanto, no puede prosperar la alegación societaria que pretende sea admitida la renuncia del solicitante, en base al perjuicio económico para la sociedad, pues como pone de manifiesto la doctrina de esta Dirección General el procedimiento sobre nombramiento de auditor de cuentas finaliza con la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia del dicho nombramiento, no con el informe de auditoría.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso interpuesto por don, en nombre y representación de la entidad mercantil «The Candy & Toy Factory, S. L.» contra la decisión adoptada por el Registrador núm. XVII de el 28 de diciembre de 2009.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 28 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 30 de septiembre de 2011

En el expediente 186/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Puerta de Madrid Exportaciones, S. L.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 31 de Marzo de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular de más del 5% del capital social de «Puerta de Madrid Exportaciones, S. L.», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su liquidador solidario, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la Junta General de la sociedad acordó su disolución el 29 de junio de 2009, acuerdo que se elevó a público en la escritura autorizada por el Notario de, don, el 12 de febrero de 2010, bajo el número 257 de su Protocolo. 2.º) Que en esa misma Junta general, la sociedad acordó acudir a la ampliación de capital social para atender los gastos inherentes a la auditoría de 2008, a lo que la solicitante se negó. 3.º) Que resulta impensable la solicitud de auditoría para una sociedad que no tiene situación financiera que verificar por no tener actividad.

III

El Registrador Mercantil núm. XI de, con fecha 10 de mayo de 2010, tras señalar que la sociedad se había disuelto pero no había sido liquidada, acordó suspender el procedi-

miento, dado que la disolución fue acordada en la Junta General de 29 de junio de 2009 y, además, aportó prueba documental consistente en el Acta notarial de la citada Junta, autorizada por el Notario de, don, de la que resulta que la sociedad ha sido disuelta pero no liquidada, ya que no se aprueba el balance final de la liquidación, el informe completo sobre las operaciones de liquidación y el proyecto de división entre los socios del activo resultante, sino que se limita a aprobar el acuerdo de disolución. No obstante, con fecha de 4 de marzo de 2010 la sociedad presentó en el Registro Mercantil para su inscripción la referida escritura de liquidación de la sociedad, otorgada por los liquidadores, la cual fue suspendida por defectos subsanables el día 5 de marzo de 2010 y retirada el 27 de abril del mismo año.

IV

Contra dicha resolución, la solicitante de la auditoría de cuentas, doña, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que, a pesar de su oposición, la sociedad acordó su liquidación, siendo de destacar que, a partir de esa fecha, los liquidadores incumplieron su obligación de prestar información a los socios. 2.º) Que, además de lo anterior, la actuación de los liquidadores evidencia mala fe, ya que se acordó la disolución de la sociedad para evitar el ejercicio de un derecho reconocido en la ley. 3.º) Que, como se hizo constar en el Acta notarial de elevación a públicos de los acuerdos sociales, ella acepta la ampliación de capital, condicionada a que se suscriban las nuevas participaciones sociales en proporción a las que cada uno de los socios ostentan en el capital social.

V

Recibido el anterior recurso de alzada, junto con el expediente completo de su razón, este Centro Directivo requirió al Registrador Mercantil núm. XI de para que comunicara si, finalmente, fue inscrita la escritura de liquidación de la sociedad que originó el acuerdo de suspensión de 10 de mayo de 2010. A dicho requerimiento el Registrador Mercantil contestó mediante oficio comunicando que el acuerdo de liquidación de la sociedad no consta inscrito en su hoja registral, habiendo caducado el asiento de presentación correspondiente a la escritura de liquidación de la sociedad el día 25 de agosto de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 1994, 16 de noviembre de 1995 y, como más recientes, las de 9 de diciembre de 2005, Resolución de 27 de octubre de 2005 («BOE» 292/2005), 14 de octubre de 2006, 20 de febrero de 2008 y 29 de abril de 2011 («BOE» 122/2011).

El presente expediente plantea una cuestión sobre la que este Centro Directivo se ha pronunciado en numerosas ocasiones. Dicha cuestión no es otra que la determinar si una sociedad que ha acordado su disolución, pero no esta

liquidada, continúa o no obligada a formular cuentas anuales y, a consecuencia de ello, si continúa vigente también en esta situación el derecho del socio minoritario de solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas.

Al respecto se ha de señalar que, aunque la sociedad haya acordado su disolución y se encuentre en fase de liquidación, es doctrina de este Centro Directivo –que nuevamente se reitera– que es posible ejercitar el derecho que el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas reconoce a los socios minoritarios también en esta fase, dada la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en liquidación, cuya personalidad jurídica subsiste –tal y como ocurre en el presente caso– en tanto no se haya procedido al pago de deudas a los acreedores, al reparto del activo sobrante entre los socios y se hayan cancelado en el Registro los asientos referentes a la sociedad extinguida.

En el caso que nos ocupa, si bien es cierto que la sociedad acordó su disolución en la Junta general de 29 de junio de 2009, también lo es que presentada la escritura de liquidación social en el Registro Mercantil, ésta no llegó a causar inscripción, siendo así que ni en el momento de presentación de la instancia solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas, ni posteriormente, al tiempo de que el Registrador Mercantil resolviera la solicitud, dicha escritura de liquidación estaba inscrita. El propio acuerdo recurrido de 10 de mayo de 2010 señala que la sociedad está pendiente de la liquidación, ya que no se aprobó el balance final de la liquidación, ni el informe completo sobre las operaciones de liquidación, ni tampoco el proyecto de división entre los socios del activo resultante. Esta situación se prolongó hasta el 25 de agosto de 2011, fecha en la que el Registrador Mercantil informó a este Centro Directivo que la referida escritura no llegó a inscribirse, habiendo caducado el asiento de presentación el 25 de agosto de 2010.

En esta situación, debe ser reconocido el derecho del socio minoritario a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por doña, solicitante de la auditoría de cuentas, contra el acuerdo de suspensión dictado por el Registrador Mercantil núm. XI de el 10 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 30 de septiembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 4 de octubre de 2011

En el expediente 247/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Muevete con Ventaja, S. L.».

HECHOS

I

Don, en nombre y representación de la entidad mercantil «Dacar Hotels, S. L.» y de «Grupo Inmobiliario Usagre, S. L.»; doña, en nombre y representación de la entidad mercantil «Super Vajes Servicios Turísticos, S. L.»; don, en nombre y representación de la entidad mercantil «Transeuondeuromed 2000, S. L.»; don, en nombre y representación de «Viajes Agarbus, S. L.» y don, en su propio nombre y derecho presentaron un escrito en el Registro Mercantil de, el 29 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Muévete con Ventaja, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

Tras dos traslados infructuoso a la sociedad, el 6 de mayo de 2010 tuvo entrada en el Registro Mercantil de un escrito firmado por don, Consejero Delegado de la sociedad, oponiéndose a dicha solicitudes base a los siguientes argumentos: 1.º) Que el Consejo de Administración de la sociedad nombró auditor de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009, la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo que actualmente está realizando el informe de auditoría, por lo que no sería necesario realizar un nuevo nombramiento. Adjuntaba a su escrito un contrato de auditoría suscrito por la sociedad y la firma auditora «Odo Auditores, S. L.» el 14 de enero de 2010.

III

A la vista de dicho escrito el Registrador Mercantil núm. XV de acordó, como diligencia para mejor proveer, requerir a la sociedad para que aportara al expediente el documento o documentos de donde resultara el nombramiento y la aceptación del auditor de cuentas con firmas legitimadas notarialmente o bien presentaran la documentación pertinente para la inscripción de dicho nombramiento en el Registro. A dicho requerimiento la sociedad contestó mediante escrito de 5 de julio de 2010, en el que alegó que la Junta general ordinaria, en su reunión de 20 de mayo de 2010 ratificó el nombramiento voluntario de auditor de cuentas realizado por los administradores. Adjuntaba a su escrito el encargo de auditoría realizado por la administración de la sociedad a la firma «Odo Auditores, S. L.», así como el contrato de auditoría de 14 de enero de 2010 que alcanzaba la verificación de cuentas de los ejercicios 2009, 2010 y 2011.

IV

Por resolución de 9 de julio de 2010 el Registrador Mercantil núm. XV de acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que los solicitantes reunían los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. A propósito del primer requisito la Dirección General ha mantenido que para probar la anterioridad de la auditoría es preciso acreditar la existencia de un contrato con fecha fehaciente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.227 del Código Civil, pues en caso contrario el nombramiento no puede tenerse por previo. Respecto a los gastos que el nombramiento de auditor de cuentas puede originar para la sociedad, el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone, de manera taxativa, que éstos corren siempre de cuenta de la sociedad.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento,

ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, en primer lugar, los documentos presentados son documentos privados, siendo así que la fecha que consta en ellos –la de 14 de enero de 2010– carece de fehaciencia, por lo que, a tenor de las normas generales de nuestro jurídico privado, no puede hacer prueba frente a terceros (*cf.* art. 1.227 del Código Civil); en segundo lugar la sociedad no ha garantizado el derecho de los solicitante por ninguno de los medios anteriormente expuestos, dado que ni ha inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil, ni a entregado a los solicitantes el informe de auditoría de cuentas, ni tampoco lo ha aportado al expediente.

2.º Alega la sociedad que, de llevarse a cabo la auditoría solicitada, se originaría un notable perjuicio económico a la sociedad. Pues bien, dicha alegación tampoco puede prosperar, dado que el artículo 205.2 de la ley de Sociedades anónimas dispone taxativamente –sin dejar margen interpretativo alguno– que los gastos que la auditoría comporta corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, Consejero Delegado de la sociedad, en nombre y representación de «Muevete con Ventaja, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. XV de el 9 de julio de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación adminis-

trativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 4 de octubre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 5 de octubre de 2011 (1.ª)

En el expediente 1/2011 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de un socio de «Proydel Soluciones de Arquitectura e Ingeniería, S. L. P.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 18 de noviembre de 2010 solicitando, al amparo del artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales y 350 y siguientes de la ley de Sociedades de Capital, el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar su valor aproximado de sus participaciones sociales, dado que había ejercitado el derecho de separación social, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales.

II

La sociedad, a través de su apoderado, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que el solicitante, socio profesional de la compañía es titular de 33 participaciones sociales, fue debidamente convocado a la Junta general fijada para el día 11 de noviembre de 2010, en cuyo orden del día figuraba la propuesta de disolución de la sociedad, siendo así que dos días después de la recepción de la convocatoria presentó su solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas, argumentando que dos días antes había ejercitado su derecho de separación de la sociedad y que los Estatutos Sociales carecían de criterios de regulación sobre los criterios de valoración de las participaciones sociales. 2.º) Que a día de hoy todos han ejercido su derecho de separación social. Por ello y, como la Junta general celebrada el 11 de noviembre de 2010 no incluía el orden del día, la disolución de la sociedad, el administrador de la sociedad, sobre la base del artículo 368 de la Ley de Sociedades de Capital, procedió a convocar otra Junta general para el 16 de noviembre de 2010, incluyendo en el orden del día dos puntos fundamentales, a saber: el de disolución social y el de elevación a público de los acuerdos adoptados y ello, porque aún no existiendo causa legal de disolución confluye el interés de todos los socios. Consecuentemente, estando la sociedad próxima a su liquidación, no tiene sentido el nombramiento de auditor

de cuentas para valorar las participaciones sociales de un socio. 3.º) Que el artículo 356 de la ley de Sociedades de Capital exige, para que sea procedente dicho nombramiento de auditor, que no haya acuerdo entre el socio y la sociedad sobre el valor razonable de las participaciones sociales, presupuesto que no concurre en caso presente, aunque el solicitante mantenga en su instancia que dicho acuerdo no se ha alcanzado.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 7 de diciembre de 2010, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales, 346 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, se ha ejercitado el derecho de separación por los tres socios de la compañía y se ha convocado Junta General para adoptar un acuerdo de disolución, por lo que no procede el nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones de un solo socio, puesto que en el procedimiento de disolución y liquidación de la sociedad es cuando el solicitante verá satisfecha su pretensión.

IV

Contra dicha resolución y por el solicitante de la auditoría de cuentas se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: 1.º) Que la resolución recurrida carece de claridad y de fundamentación jurídica que permita esclarecer el fallo. 2.º) Que la invocación en los fundamentos de derecho al artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales podría dar lugar a pensar que el solicitante ha actuado con intenciones contrarias a la buena fe. 3.º) Que no existe ninguna norma que impida solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas para la valoración de participaciones sociales en los casos en que la sociedad acuerde su disolución. 4.º) Que, además de lo anterior, la resolución recurrida se fundamenta en hechos puestos de manifiesto por la sociedad que se opone a dicho nombramiento y tiene en cuenta actos jurídicos acaecidos con posterioridad a la presentación en el Registro Mercantil de la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas. 5.º) Que el solicitante no asistió a la Junta general celebrada el 11 de noviembre de 2010, siendo así que se enteró de los acuerdos adoptados, por la propia notificación de la resolución recurrida. Asimismo, no asistió a la Junta General celebrada el 16 de noviembre de 2010, convocada para acordar la disolución, dado que, previamente, él había ejercitado su derecho de separación social. 6.º) Que resulta ilógico que el Registrador Mercantil remita al solicitante para liquidar su cuota de separación, a un procedimiento de disolución y liquidación todavía no acordado en el momento de ser dictada la resolución recurrida. 7.º) Que ha quedado acreditado durante el procedimiento que ejercitó su derecho de separación notificando notarialmente su propósito al administrador solidario de la sociedad el día 9 de noviembre de 2010 por conducto notarial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 13 y 16 de la Ley de Sociedades Profesionales, 353 de la ley de Sociedades de Capital, 351 y siguientes y 363 del Reglamento del

Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de febrero de 1993, 20 de enero de 1998 y, como más reciente, la de 2 de marzo de 2002, 17 de octubre de 2006.

1.º Acreditada en el expediente la legitimación del solicitante del nombramiento registral de auditor para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales, procede determinar en esta resolución si estamos o no en presencia de un supuesto establecido en la Ley para su procedencia. En efecto, constituye doctrina de esta Dirección General —que nuevamente se reitera— que el nombramiento de auditor para determinar el valor real de las acciones o participaciones a que se refiere el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil está indisolublemente unido a «los casos establecidos en la Ley» para el ejercicio de este derecho. En otras palabras, que no es un derecho que pueda ejercitarse sin más por cualquier socio con el fin de conocer el valor de sus acciones o participaciones y, por tanto, que necesariamente tiene que concurrir la circunstancia de tratarse de un supuesto de los tasados por la Ley.

En el caso presente, resulta obvia la procedencia del nombramiento solicitado, visto el contenido de los artículos 13 y 16 de la Ley de Sociedades Profesionales y 353 de la Ley de Sociedades de Capital, estableciendo, la primera de las leyes citadas, el derecho de separación del socio profesional con la sola comunicación de su propósito a la sociedad y, previendo, la Ley de Sociedades de Capital, la posibilidad de solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, en los casos en los que no exista un procedimiento previsto en los Estatutos Sociales y no se haya llegado a un acuerdo entre el socio y la sociedad sobre el valor a reembolsar.

2.º El hecho de que, con posterioridad a que el socio solicitante ejercitara su derecho de separación el 9 de noviembre de 2010 y presentara su instancia en el Registro el 18 de noviembre de 2010 solicitando el nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales, la sociedad acordara su disolución en la Junta General de el 2 de diciembre de 2010 —y no en la de 16 de noviembre de 2010, como alega la sociedad— según consta en la inscripción núm. 12 de la hoja abierta a la sociedad —no ha de ser obstáculo para estimar el presente recurso, dado que dicho acuerdo se elevó a público y se presentó en el Registro Mercantil para su inscripción muy posteriormente a la solicitud que inició este expediente.

Como ha mantenido este Centro Directivo, reiteradamente, el momento para apreciar la concurrencia de causa legal para solicitar el nombramiento de auditor, así como la circunstancia de legitimación del solicitante es el momento de presentación de la instancia en el Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don, solicitante del nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor de sus participaciones sociales en «Proydel Soluciones de Arquitectura e Ingeniería, S. L. P.» contra la Resolución del Registrador Mercantil

de de 7 de diciembre de 2010 y declarar la procedencia del nombramiento solicitado.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 5 de octubre de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 5 de octubre de 2011 (2.^a)

En el expediente 2/2011 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de unos socios de «Inmobiliaria Azgar, S. L.».

HECHOS

I

Don, don, doña, doña y doña, presentaron un escrito en el Registro Mercantil de el 9 de diciembre de 2010 solicitando el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales, con el fin de transmitir las y así el derecho de separación de la sociedad.

II

La sociedad, a través del presidente del Consejo de Administración, don se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que los Estatutos Sociales no contemplan la posibilidad de nombrar auditor en el supuesto planteado por los solicitantes, dado que sus artículos 1 y 2 en modo alguno hacen referencia al modo de transmisión de las participaciones sociales, sin que esta cuestión está contemplada en el artículo 7, cuyo apartado *b*), punto 4, dispone que si alguno de los socios ejercita el derecho de preferencia y manifiesta no estar de acuerdo con el precio ofertado por el proponente, sino por el valor razonable/..... se fijará el precio justo que corresponda por el sistema de arbitraje previsto en los Estatutos Sociales.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 31 de diciembre de 2010, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, sobre la base de que los Estatutos de la sociedad regulan un procedimiento específico para la determinación del valor de las participaciones sociales en caso de desacuerdo sobre el precio de éstas, consistente en un procedimiento arbitral.

IV

Contra dicha resolución los solicitantes de la auditoría de cuentas interpusieron en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia, que la solicitud e la auditoría es un derecho del socio, como establece la Ley de Sociedades de Capital, mientras que el arbitraje previsto en los Estatutos Sociales es un mecanismo de resolución de controversias sobre el precio de venta de participaciones sociales. En el caso presente la sociedad no ha manifestado su intención de ejercitar el derecho de adquisición preferente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 13 y 16 de la Ley de Sociedades Profesionales, 353 de la ley de Sociedades de Capital, 351 y siguientes y 363 del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de febrero de 1993, 20 de enero de 1998 y, como más reciente, la de 2 de marzo de 2002, 17 de octubre de 2006.

Procede determinar en esta resolución si estamos o no en presencia de uno de los supuesto establecidos en la Ley para la procedencia del nombramiento registral de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales de los solicitantes. En efecto, constituye doctrina de esta Dirección General –que nuevamente se reitera– que el nombramiento de auditor para determinar el valor real de las acciones o participaciones a que se refiere el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil está indisolublemente unido a «los casos establecidos en la Ley» para el ejercicio de este derecho. En otras palabras, que no es un derecho que pueda ejercitarse sin más por cualquier socio con el fin de conocer el valor de sus acciones o participaciones y, por tanto, que necesariamente tiene que concurrir la circunstancia de tratarse de un supuesto de los tasados por la Ley.

En el caso que nos ocupa, los Estatutos de la sociedad establecen en su artículo 7 un procedimiento concreto para determinar el valor aproximado de las participaciones de los socios y es el procedimiento arbitral, por tanto, existiendo un acuerdo entre los socios sobre el procedimiento a seguir, tal como se infiere de la norma que rige la vida de la sociedad y las relaciones entre los socios –es decir, los Estatutos Sociales– no procede el nombramiento de

auditor por el Registrador Mercantil, de conforme a lo previsto en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, dado que éste es un procedimiento al que solo puede acudir cuando no exista previsión concreta al respecto en los propios Estatutos Sociales, lo que no ocurre en el caso presente.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, don, doña, doña y doña, solicitantes del nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor de sus participaciones sociales en «Inmobiliaria Azgar, S. L.» contra la Resolución del Registrador Mercantil de de 31 de diciembre de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 5 de octubre de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 10 de octubre de 2011

En el expediente 233/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Costa Appels, S. L.».

HECHOS

I

Doña, en nombre y representación de la entidad mercantil «ZC2 Inversiones Inmobiliarias, S. L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 10 de marzo de 2010 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Costa Appels, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad afectada por el nombramiento de auditor, ésta no presentó su oposición a la auditoría.

III

Con fecha de 7 de junio de 2010, el Registrador Mercantil núm. XV de procedió a la designación como auditor de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009 a don Dicho auditor aceptó el encargo de auditoría el mismo día 7 de junio de 2010.

IV

El 6 de julio de 2010 tuvo entrada en el Registro Mercantil de un escrito firmado por el auditor en que señalaba que a pesar de haber comunicado su nombramiento como auditor de cuentas a la sociedad «Costa Appels, S. L.» por correo certificado con acuse de recibo, ésta fue devuelta el 28 de junio de 2010 y a día de hoy, 6 de julio de 2010, no ha recibido comunicación formal por escrito ni contacto telefónico, por lo que no puede emitir informe alguno sobre las cuentas anuales del ejercicio 2009.

V

Con fecha de 23 de junio de 2010 doña en nombre y representación de la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, «ZC2 Inversiones Inmobiliarias, S. L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil renunciando a la verificación por auditor de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009, para la sociedad del encabezamiento.

VI

Con fecha de 24 de junio de 2010 el Registrador Mercantil núm. XV de se declaró incompetente para pronunciarse sobre el desistimiento, al haber dictado la resolución designando auditor de cuentas.

VII

Contra dicha resolución don, administrador único de la sociedad afectada por la solicitud, «Costa Appels, S. L.» interpuso recurso de alzada ante esta Dirección general, alegando, en esencia, que la solicitante de la auditoría de cuentas renunció, en su presencia, a la solicitud de nombramiento registral de auditor, por lo que lo procedente es aceptarla.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de julio de 1993 y 21 de enero de 1999 y, como más reciente, la de 23 de septiembre de 2010.

En el expediente que nos ocupa procede confirmar la decisión adoptada por el Registrador Mercantil núm. XV de el 29 de abril de 2009, en el que se declaró incompetente para aceptar la renuncia a la instancia presentada por el solicitante de la auditoría.

En efecto, conforme al artículo 87 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, finalizado el procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas con la resolución del Registrador Mercantil declarando su procedencia, la cual tras haber sido notificada, devino firme por no haber sido recurrida por la sociedad en el plazo de quince días previsto en el artículo 353 del RRM, no cabe ya desistir ni renunciar a la solicitud que inició el expediente, porque admitirla sería contrario al principio de seguridad jurídica que proclama que las decisiones judiciales, administrativas o registrales sean definitivas una vez transcurridos los plazos previstos para su impugnación sin haber interpuesto el recurso pertinente.

Por tanto, no puede prosperar la alegación societaria que pretende sea admitida la renuncia de la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, sobre la base de que el auditor designado no emitió su informe, pues como pone de manifiesto la doctrina de esta Dirección General el procedimiento sobre nombramiento de auditor finaliza con el nombramiento del auditor y no con la entrega del informe de auditoría.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador único de «Costa Appels, S. L.», contra la Resolución del Registrador Mercantil núm. XV de de 24 de junio de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 10 de octubre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 13 de octubre de 2011

En el expediente 239/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «AMT Disperf, S. L.».

HECHOS

I

Don, en nombre y representación de la entidad mercantil «Drip, S. A.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 30 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «AMT Disperf, S. L.» el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que está pendiente de resolución el recurso de alzada interpuesto contra la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2008. 2.º) Que convocada Junta general el 22 de diciembre de 2008 para nombrar auditor de las cuentas correspondientes a los ejercicios 2008, 2009 y 2010, se acordó a pesar del voto en contra del solicitante, nombrar auditor de cuentas a la firma auditora «Fisa Auditores, S. A.». Dicho nombramiento no llegó a inscribirse por estar la hoja registral de la sociedad cerrada, debido a que están pendientes de presentar las cuentas correspondientes a los ejercicios 2006 y 2007, por la oposición de la entidad mercantil «Drip, S. A.» solicitante de la auditoría, estando firmadas por los restantes socios. 3.º) Que, en definitiva, si las cuentas anuales correspondientes a esos ejercicios y sus informes de auditoría no se presentaron fue porque dichas cuentas no fueron aprobadas. Por esta razón no pudo inscribirse el nombramiento de auditor para verificar las cuentas del ejercicio 2009. 4.º) Que la verdadera intención de la entidad mercantil solicitante del nombramiento de auditor es la de causar un perjuicio económico a la sociedad.

III

El Registrador Mercantil núm. XII de, con fecha 28 de mayo de 2010, acordó, como diligencia para mejor proveer, requerir a la sociedad para que acreditara el nombramiento voluntario de auditor de cuentas alegado en su escrito de oposición. A dicho requerimiento la sociedad respondió presentando un nuevo escrito, debidamente firmado, al que adjuntó la documentación que estimó conveniente y alegó que el informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009 se está confeccionando.

IV

Por resolución de 21 de junio de 2010 el Registrador Mercantil núm. XII de acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la entidad mercantil solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad no concurren las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, la sociedad si bien ha probado la previa existencia de la auditoría de cuentas, no ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría por ninguno de los medios anteriormente indicados.

V

Contra dicha resolución don y don, en nombre y representación de la sociedad, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009, 15 de abril de 2010 y 29 de octubre de 2010.

Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo, en efecto, la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

Sin embargo, en el supuesto analizado, procede acceder a la pretensión de la sociedad respecto a la auditoría del ejercicio 2009 y entender garantizado el derecho del socio minoritario a la verificación contable de dicho ejercicio, al haber aportado al expediente, adjunto al escrito de interposición del recurso de alzada, el informe de auditoría de las cuentas abreviadas correspondientes al ejercicio 2009, firmada por el representante de la empresa «Fisa Auditores, S. A.» el 7 de junio de 2010, con entrada en la Oficina de Correos y Telégrafos de Fuenlabrada el 12 de julio del mismo año. Consecuentemente, la auditoría voluntaria, contratada por la sociedad ha enervado el derecho del solicitante.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don y don, en nombre y representación de «AMT Disperf, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. XII de el 21 de junio de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 13 de octubre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 14 de octubre de 2011 (1.ª)

En el expediente 215/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Promotora Andaluza de Cooperativas, S. A.».

HECHOS

I

Don, en nombre y representación de la entidad mercantil «Alfildama, S. L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 25 de marzo de 2010, solicitando, al amparo, artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas, y el artículo 350 y siguientes del reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 50% del capital social de «Promotora Andaluza de Cooper, S. A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad tiene dos socios, cada uno de ellos con el 50% del capital social. Estaba regida por un Consejo de Administración formado por cuatro personas, dos de las cuales, doña y don, en representación del requirente. Dicho Consejo fue sustituido por dos administradores solidarios. 2.º) Que causaría gran extrañeza a don que un apoderado de la entidad mercantil solicitante, «Alfildama, S. L.», de la que es administrador solidario solicitase un auditor para verificar las cuentas del ejercicio 2009. 3.º) Que un administrador solidario no puede tener dudas sobre la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa y, por tanto, no tiene sentido que uno de los administradores solidarios, sin aprobar las cuentas anuales y sin convocar a la Junta general solicite un auditor, cuando el administrador solidario en ningún momento se negó a efectuar una auditoría voluntaria.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 3 de mayo de 2010, acordó estimar la solicitud formulada, por entender que existe confusión en las alegaciones de la sociedad oponente en cuanto a la representación de quienes conforman el órgano de administración, pues atribuye a don la condición de representante de la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, cuando dicho señor ostenta el cargo de administrador solidario en su propio nombre. En cuanto a la persona física que en nombre de la entidad mercantil solicitó la auditoría de cuentas, éste tiene plenas facultades para realizar este acto, en virtud de la escritura de poder de carácter general, otorgado a su favor por la empresa «Alfildama, S. L.». Dicha empresa no ostenta la condición de administrador solidario, sino que este cargo lo ostenta don, Finalizó manteniendo, en cuanto a los gastos que la auditoría comporta, que éstos corren siempre de cuenta de la sociedad, por expresa disposición del artículo 205.2 de la ley de Sociedades Anónimas.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 1996 y 7 de octubre y 13 de diciembre de 2005, 11 de enero y 30 de marzo de 2006.

1.º Procede confirmar la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. III de que, siendo ajustada a derecho, no es desvirtuada por ninguna de las alegaciones aducidas en este escrito de recurso.

Las distintas posibilidades de actuación que tiene de la entidad mercantil solicitante, como socia de «Promotora Andaluza de Cooper, S. A.» para lograr un mejor y mayor conocimiento de la empresa en la que participa, no excluye, en modo alguno, la de ejercitar un derecho que por ley le corresponde, al quedar acreditado mediante la información facilitada por el Registrador Mercantil que está legitimada para su ejercicio, por ostentar una proporción en el capital social superior al mínimo del 5%, exigido por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, para solicitar del Registrador Mercantil del domicilio social el nombramiento de auditor de cuentas, siendo de advertir al recurrente que, entre dichas condiciones, el legislador no ha contemplado topes máximos de participación accionarial.

Dicha entidad mercantil no ostenta ningún puesto en el órgano de la administración social y, por tanto, es evidente, que no ha estado dentro de su ámbito de actuación la facultad de contratar por sí misma un auditor voluntario para la revisión contable del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2009 ni, mucho menos, convocar a la Junta general de accionistas para proceder a la aprobación de las cuentas de dicho ejercicio.

2.º La información económica y financiera que tiene la compañía solicitante es independiente del derecho a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, dado que los derechos de información y verificación contable son derechos que, aunque relacionados, están plenamente diferenciados por su finalidad y requisitos, siendo independientes en cuanto a su ejercicio (*cfr.* arts. 112, 205 y 212 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador solidario de «Promotora Andaluza de Cooper, S. A.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil núm. III de de 3 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 14 de octubre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 14 de octubre de 2011 (2.ª)

En el expediente 33/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Neumáticos y Recambios Ribes, S. L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 8 de enero de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Neumáticos y Recambios Ribes, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la Junta general de la sociedad, celebrada el 23 de junio de 2007, procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo por un periodo de tres anualidades. Dado que la solicitante de la auditoría conoce dicho acuerdo por haber asistido a la Junta general citada, debe ser ella quien abone los gastos del auditor nombrado por el Registrador Mercantil que solicitó en su instancia.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 11 de febrero de 2010, acordó requerir a la sociedad, mediante diligencia para mejor proveer, con el fin de que aportara al expediente los documentos de los que resulte que el nombramiento voluntario alegado por la sociedad cumple las dos condiciones requeridas por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En todo caso, la sociedad habrá de probar la fehaciencia de la fecha del nombramiento.

IV

Notificada dicha diligencia a la sociedad, la indicada representación presentó un escrito el 5 de marzo de 2010 en el Servicio de Correos, dirigido a este Centro Directivo, en el que solicitaba se dejara sin efecto el anterior acuerdo y adjuntaba copia de la convocatoria de Junta general a celebrar el 23 de junio de 2007; acta certificada de la referida Junta General, en la que entre otros acuerdos, se adoptó el de nombrar auditor de cuentas a don, con domicilio en

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar como cuestión procedimental, que la decisión del Registrador Mercantil de de suspender la tramitación del expediente por el plazo de diez días para que la sociedad pudiera probar sus alegaciones, presentando en el Registro la documentación oportuna, no era una resolución que pusiera fin al procedimiento, sino una «diligencia para mejor proveer» –como claramente se deduce del texto del oficio– cuya única finalidad era la de orientar a la sociedad y poner a su disposición un breve plazo para que pudiera acreditar la existencia de la auditoría voluntaria alegada. Consecuentemente, dicha actuación de mero trámite no era susceptible de recurso ante este Centro Directivo pues, como resulta del artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil, solo cabe recurrir las resoluciones

del Registrador Mercantil que declaran la procedencia o improcedencia del nombramiento solicitado.

No obstante lo anterior, se ha de abordar el fondo de la cuestión planteada, por claras razones de economía procesal.

2.º Dicha cuestión no es otra que la de determinar si la auditoría voluntaria alegada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo, la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, de los documentos adjuntos se desprende que en la Junta general celebrada el 23 de junio de 2007 no se llegó a acordar el número de ejercicios contables que el auditor designado debía verificar; tampoco consta que dicho auditor, don, hubiera aceptado el encargo de auditoría. Por otra parte, la sociedad no ha garantizado por ninguno de los medios indicados el derecho de la solicitante al informe de auditoría, dado que la sociedad no lo ha aportado al expediente, ni lo ha puesto a disposición de la socia minoritaria, ni tampoco ha llegado a inscribir el nombramiento, debido a que –según alega– la hoja registral se encuentra cerrada por el fallecimiento del anterior socio. Por con-

siguiente debe ser reconocido el derecho de la socia minoritaria a obtener el nombramiento de auditor que solicitó.

3.º Por último, no puede aceptarse la pretensión de que los gastos del auditor corran de cuenta de la solicitante, dado que el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone taxativamente –sin dejar margen interpretativo alguno– que los gastos que la auditoría comporta corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, en nombre y representación de «Neumáticos y Recambios Ribes, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de el 11 de febrero de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 14 de octubre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 14 de octubre de 2011 (3.ª)

En el expediente 244/2010 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de una socia de «Maydent Clinic Grup, S. L. P.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 22 de abril de 2010, solicitando, al amparo, del artículo 100 de la Ley de Sociedades Responsabilidad Limitada y como titular del 752 participaciones sociales de «Maydent Clinic Grup, S. L. P.», el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar su valor aproximado con el fin de ejercer el derecho de separación social.

II

A la vista de dicha instancia, el Registrador Mercantil núm. XIV de acordó conceder a la solicitante el plazo improrrogable de diez días para que aportara al expediente documentación acreditativa de la comunicación a la sociedad. Así lo hizo la interesada, mediante escrito de 10 de mayo de 2010, al que adjuntó copia certificada de la imposición de telegramas, burofax y fax, expedida el 29 de abril de 2010 por doña, en nombre de «Correos y Telégrafos, S. A.» y en calidad de directora de oficina, que acredita el burofax de 28 de abril de 2010 al que se incorpora carta de la solicitante dirigida a la sociedad, en la que comunica su deseo de ejercer el derecho de separación social, junto al acuse de recibo de 29 de abril del mismo año.

III

Trasladada dicha instancia y su documentación adjunta a la sociedad, ésta, a través de su administrador solidario, don, se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que no se llegó a realizar ninguna negociación sobre el valor de las participaciones sociales, ni sobre las personas que hayan de proceder a valorarlas. 2.º) Que la solicitante ha actuado de mala fe contra los intereses de la sociedad, al haber abandonado su obligación de realizar prestaciones accesorias a tiempo completo a favor de la sociedad e incurrir en el incumplimiento de su deber de no competencia en nombre propio o para personas ajenas a la sociedad. 3.º) Que la situación económica de la sociedad no le permite hacer frente a los honorarios del auditor de cuentas.

IV

El Registrador Mercantil núm. XIV de, con fecha 21 de julio de 2010, acordó no admitir la oposición interpuesta y estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar la tipicidad de la actuación de los Registradores Mercantiles, impuesta por los artículos 16 del Código de Comercio y 2 del Reglamento del Registro Mercantil, indicó que, al establecer el artículo 363 dicho Reglamento la procedencia del nombramiento de auditor para determinar el valor razonable de las participaciones solo en los casos expresamente determinados en la ley, procede analizar si estamos en presencia de uno de estos supuestos. El artículo 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales establece que los socios profesionales podrán separarse de la sociedad en cualquier momento, conforme a las exigencias de la buena fe, siendo eficaz desde la notificación a la sociedad, configurando un derecho *ad nutum* a favor del socio profesional, que éste puede ejercitar libremente, sin necesidad de alegar causa justificada y sin más condicionamientos que el de notificar a la sociedad su decisión, momento a partir del cual se hace efectiva la separación y que también se ha de tener en cuenta para determinar el cálculo de la cuota de liquidación que la sociedad deba satisfacer. No puede prosperar la manifestación de la sociedad relativa a la ausencia de negociación sobre el precio de las participaciones, puesto que, resulta evidente, que si se hubiera llegado a un acuerdo entre las partes no habría presentado la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas. En cuanto a las alegaciones sobre la mala fe del solicitante, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido, reiteradamente, que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del

derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados. Por último, indicó, en cuanto a la carencia de recursos económicos de la sociedad, que los gastos de auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad.

V

Contra dicha resolución don, administrador solidario de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección general reiterando las alegaciones aducidas en el escrito de oposición e insistiendo en la actuación contraria a la buena fe de la solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 113 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y los artículos 351 y siguientes y 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

El presente recurso plantea una cuestión previa cuya determinación hace ocioso el examen del expediente. Dicha cuestión no es otra que la relativa al plazo de interposición del recurso de alzada que hoy se resuelve.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil, aplicable al nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor razonable de las participaciones sociales por expresa disposición del artículo 363.1 del mismo cuerpo reglamentario, el plazo para interponer recurso de alzada ante este Centro Directivo es el de quince días contados a partir del siguiente a la fecha de recepción o entrega de la resolución recurrida. En el caso presente la resolución del Registrador Mercantil núm. XIV de de 21 de junio de 2010 fue notificada por correo certificado y recepcionada por la sociedad el día 8 de julio de 2010 y el recurso de alzada contra la misma fue presentado en la Oficina de Correos el 27 de julio de 2010, siendo así que el plazo de 15 días venció, de manera inexorable, el día 26 de ese mismo mes y año. Por ello se ha de concluir que dicho recurso es extemporáneo.

Esta Dirección General ha resuelto inadmitir el recurso de alzada interpuesto por don, en representación de «Maydent Clinic Grup, S. L. P» contra la resolución del Registrador Mercantil núm. XIV de de 21 de junio de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación adminis-

trativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 14 de octubre de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 17 de octubre de 2011

En el expediente 241/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sfera Entreprises Internacional, S. L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 29 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 86.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, como titular de más del 5% del capital social de «Sfera Entreprises Internacional, S. L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2009.

II

Trasladada dicha instancia y su documentación adjunta a la sociedad el mismo día 29 de marzo de 2010, esta se opuso al nombramiento el 2 de junio de ese mismo año, mediante escrito firmado por don y don, en representación de la sociedad, alegando, en esencia: 1.º) Que debido a la difícil situación económica por la que atraviesa la sociedad, le es imposible afrontar los gastos originados por la auditoría de cuentas. 2.º) Que el socio solicitante ha tenido y tiene a su disposición toda la información contable de la sociedad, la cual podrán revisar si lo desean.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 3 de junio de 2010, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, en base a que la invocación a la mala situación económica de la sociedad, no puede enervar el derecho del socio minoritario que ha acreditado reunir las circunstancias de capital y tiempo, puesto que, por disposición expresa del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, los gastos de auditoría corren siempre a cargo de la sociedad. Mantuvo, asimismo, que el derecho a la información contable que tienen todos los socios es diferente al derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que este último consiste en que la contabilidad social sea verificada por un experto independiente.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando que el solicitante de la auditoría había perdido su legitimación para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, al haber transferido sus participaciones sociales por medio de tres contratos otorgados el 16 de abril de 2004, el 1 de mayo de 2004 y el 1 de julio de 2005. 2.º) Que en la Junta general de socios celebrada el 29 de junio de 2010, a la que no acudió el solicitante de la auditoría, se puso en conocimiento de los demás socios las sucesivas transmisiones realizadas por el Sr. R. E. y, finalmente, se acordó pedirle explicaciones a fin de que notificara a los demás socios quienes eran los adquirentes de sus participaciones sociales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo, 8 de junio y 24 de septiembre de 1993 y, como más recientes, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero de 2006 y 6 de mayo de 2010.

Niega la sociedad, por primera vez en esta instancia de alzada, la legitimación del solicitante de la auditoría de cuentas, sobre la base de tres supuestas transmisiones de participaciones sociales, realizadas en los años 2004 y 2005, que –según la sociedad alega– dejan su porcentaje de participación en el capital social reducido a una cantidad inferior al 5% legalmente exigido para ejercitar el derecho a la verificación contable.

Sobre la cuestión de la legitimación del solicitante de la auditoría este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente que el Reglamento del Registro Mercantil, al regular este procedimiento de nombramiento registral de auditor, no ha pretendido ser especialmente riguroso con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, entendiendo suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba suficiente que demuestre que el socio no reúne tal condición o que no reúne el porcentaje de capital legalmente exigido para ejercer los derechos, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende.

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba: las escrituras públicas de constitución y posterior ampliación de capital, inscritas en el Registro Mercantil, sin que los documentos privados aportados por la sociedad en esta instancia de alzada, consistentes en las fotocopias de tres con-

tratos de compraventa supuestamente otorgados por el solicitante de la auditoría, puedan desvirtuar su contenido y, no solo por la presunción de validez y exactitud del que gozan los asientos del Registro (arts. 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil) sino también porque, tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, tanto su antigua ley reguladora, como la vigente Ley de Sociedades de Capital exigen para la válida transmisión de participaciones sociales al otorgamiento de escritura pública.

2.º Tampoco puede prosperar en el presente expediente la alegación de la sociedad que pretende enervar el derecho del solicitante so pretexto de la mala situación económica de la empresa, puesto que, por disposición expresa de la Ley y sin que quepa margen interpretativo alguno, los gastos de la auditoría corren siempre a cargo de la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don y don, en representación de «Sfera Enterprises Internacional, S. L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de el 3 de junio de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 17 de octubre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 16 de noviembre de 2011

En el expediente 259/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «La Casa Amarilla, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 31 de marzo de 2010, solicitando, al amparo, artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como

titular de más del 5% del capital social de «La Casa Amarilla, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador, don, se opuso a dicha pretensión, alegando, en síntesis: 1.º) Que el nombramiento de auditor es innecesario puesto que los administradores sociales convocarán a la Junta General ordinaria y propondrán la conveniencia de contratar un auditor de cuentas para verificar las correspondientes a los ejercicios 2006, 2007, 2008 y 2009. Dicha auditoría será mucho más amplia y de mayor alcance que la que solicita el Sr. 2.º) Que el solicitante de la auditoría es administrador mancomunado de la sociedad, siendo responsable de la formulación de las cuentas anuales, negándose a firmar las que el otro administrador mancomunado preparó en solitario. 3.º) Que como se desprende de lo anterior, su actuación denota una clara intención de obstaculizar la marcha de la sociedad y de enmascarar sus incumplimientos como administrador social, lo que evidencia un manifiesto abuso de derecho y fraude de ley.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 12 de junio de 2010, acordó estimar la solicitud formulada, sobre la base de que el ejercicio del derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas solo está condicionado a que el solicitante reúna los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos. Respecto de las alegaciones relativas a la mala fe del solicitante recordó la doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado, conforme a la cual el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cfr.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición y añadiendo que la intención última de los socios no es tener la opinión de un experto independiente, sino la de crear un perjuicio económico a la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Regla-

mento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero de 2006 y, como más reciente, la de 8 de junio de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la decisión adoptada por la Registradora Mercantil de, frente a la cual no pueden prosperar ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente: En primer lugar, el hecho de que la sociedad considere innecesaria la petición del socio poco ha de importar para que éste ejercite el derecho que la ley le reconoce pues, como mantuvo la Registradora Mercantil, el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital) solo condiciona su ejercicio a que los solicitante reúnan las circunstancias de capital y tiempo que el mismo precepto especifica.

2.º En segundo lugar, respecto a la alegación de la sociedad que señala el obstáculo que puede suponer para el ejercicio de este derecho la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador solidario, cabe recordar la doctrina mantenida reiteradamente por este Centro Directivo, conforme a la cual la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador social, no ha de impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio. Esto solo ocurriría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales, por ser administrador único o si fuera administrador solidario, por que en este caso habría podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor de cuentas, lo que no habría podido hacer siendo administrador mancomunado, dado que en este caso, para contratar la auditoría voluntaria habría tenido que concurrir con el otro administrador (*cf*: art. 1.692 del Código Civil).

3.º Tampoco el hecho de que el solicitante haya incumplido su obligación de formular las cuentas anuales, junto con el otro administrador mancomunado, puede impedir que solicite del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor, puesto que, además de que es un condicionamiento no previsto ni legal ni reglamentariamente, la sociedad siempre podrá ejercitar la acción de responsabilidad contra el administrador que haya desatendido sus obligaciones.

4.º Por último, en cuanto a la mala fe del solicitante de la auditoría, este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf*: arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la

vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador mancomunado de «La Casa Amarilla, S. L.», y confirmar la Resolución de la Registradora Mercantil de de 12 de junio de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 16 de noviembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 5 de diciembre de 2011 (1.ª)

En el expediente 129/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Perón & Hostelería, S. L.».

HECHOS

I

Doña, en nombre y representación de «Marelia Servicios Integrales a Empresas, S. L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 23 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 83 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Perón & Hostelería, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su representante, don, se opuso a dicha pretensión negando la legitimación de la solicitante en cuanto que la instancia aparece firmada por poder, sin identificarse y no reconociéndose dicha firma como propia de la Sra. doña

III

El Registrador Mercantil núm. VIII de, con fecha 15 de abril 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la entidad mercantil solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que, en cuanto a la firma del solicitante, no le corresponde al Registrador cuestionar la autenticidad de la firma del solicitante de la auditoría. Así, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado existente al respecto (Resoluciones de 15 de enero de 1993, 30 de noviembre de 2004, 2 de abril de 2005, 2 de febrero de 2007 y 26 de agosto de 2009) señala que el Reglamento del Registro Mercantil, al regular el procedimiento sobre nombramiento de auditor, no ha querido ser riguroso en exigencias formales y desde luego no ha previsto que en todo caso las partes intervinientes en el procedimiento hayan de acreditar fehacientemente su identidad mediante la legitimación de las firmas de sus escritos, hecha notarialmente o mediante comparecencia personal ante el Registrador. Por ello, a efectos identificativos del socio solicitante, bastará con que en la instancia consten su nombre y apellidos y que ésta haya sido firmada por aquél. Es obvio, que tampoco se exige dicha acreditación respecto a quienes firman el escrito de oposición. En el presente caso, se alega por la sociedad que si la firma fuera de la solicitante, sobraría la expresión «por poder» dada su condición de administradora única de la sociedad que representa, y así podría entenderse en el caso de comparecer la solicitante en su propio nombre y derecho y no en representación de una sociedad pues, en este caso, es frecuente que se haga constar la citada expresión, con mayor motivo cuando en la propia instancia la solicitante hace referencia a su legitimación para representar a la sociedad «según poder que consta en la escritura de constitución» además de indicar todos los datos de identidad exigibles para la tramitación del expediente.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y que en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia, sin necesidad de reiteración. Añadió que sabe quién firma la solicitud y sabe también que no es doña

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 15 de enero de 1993, 30 de noviembre de 2004, 2 de abril de 2005, 2 de febrero de 2007 y 26 de agosto de 2009.

Acreditada en el expediente la legitimación del solicitante para instar el nombramiento registral de auditor de cuentas por la invocación que realiza en su instancia a los datos registrales que constan en la hoja abierta a la sociedad y, además, porque la sociedad no ha negado ni cuestionado en ningún momento la condición de socio de la entidad mercantil «Marelia Servicios

Integrales a Empresas, S. L.» ni tampoco la propiedad que ostenta sobre un número de participaciones sociales equivalentes al 13% del capital social, procede dilucidar una cuestión íntimamente conectada a la de la legitimación del socio y es la referida a la falta de legitimación notarial de la firma del solicitante.

Sobre esta cuestión, este Centro Directivo ha mantenido en numerosas resoluciones que el Reglamento del Registro Mercantil al regular este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, no ha querido ser riguroso en cuanto a las exigencias formales y, por tanto, no ha previsto que las partes hayan de acreditar fehacientemente su identidad mediante la legitimación de firmas ante Notario o mediante comparecencia ante el Registrador Mercantil, siendo suficiente que conste la identidad del solicitante y que la instancia haya sido firmada por él.

En el caso presente, el «Fdo: P.P.» no ha de implicar, necesariamente, que la persona que firma sea distinta a quien suscribe la instancia, sino que se debe a que quien firma y suscribe es la persona física que interviene en nombre y representación de la persona jurídica titular de las participaciones sociales que le dan derecho a obtener la auditoría de cuentas solicitada. El hecho de que esta persona sea administradora y no apoderada no obsta a que haya entendido que debía firmar «por poder», lo cual es irrelevante a estos efectos, sobre todo si se tiene en cuenta que la competencia de este Centro Directivo se limita a declarar la procedencia del nombramiento solicitado. Las cuestiones relativas a una posible suplantación de firma deberán ser planteadas y resueltas ante la jurisdicción civil ordinaria.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, don, representante de «Perón & Hostelería, S. L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. VIII de el 15 de abril de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 5 de diciembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 5 de diciembre de 2011 (2.^a)

En el expediente 250/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «AC Eléctric Products, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 3 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «AC Eléctric Products, S. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2009.

II

El 17 de mayo de 2010 la Registradora Mercantil de acordó, en base a lo establecido en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y teniendo en cuenta lo previsto en los artículos 72 y 73 de esta misma ley, estimar la solicitud de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009.

III

Contra dicha resolución, la sociedad, a través de su administrador don de, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante no reúne los requisitos exigidos por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y, en concreto, no reúne el requisito de legitimación, dado que ya no es socio de la compañía, al haber transmitido sus participaciones sociales, mediante acuerdo privado, a favor de los socios don y don El referido contrato de compraventa fue documentado en el Acta de la Junta General Extraordinaria de 19 de abril de 2002, en la que, además, el transferente renunció a su cargo de administrador solidario de la mercantil. Con posterioridad a dichos acuerdos, el solicitante de la auditoría compareció ante Notario otorgando escritura en la que renunciaba a su cargo de administrador solidario, pero no elevó a público el acuerdo de compraventa de sus participaciones sociales. 2.º) Que, el 27 de junio de 2003 don y don, formalizaron un acuerdo, en el que, con referencia a un proceso monitorio instado por este último al Juzgado de Primera Instancia de, alcanzaron los siguientes acuerdos: 1.º/ Reconocimiento de deuda a favor de don; 2.º/ Reconocimiento de pago de la cantidad adeudada. 3.º/ Compromiso de don de elevar a público el contrato privado de compraventa de participaciones sociales. Este último compromiso no llegó a ser cumplido por el solicitante de la auditoría, a pesar de haber sido reiteradamente requerido para ello. 3.º) Que de todo lo expuesto se deduce la falta de legitimación del solicitante por carecer de la condición de socio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de septiembre de 1993 y, como más recientes, la de 19 de octubre de 2007 y la de 11 de diciembre de 2009.

Niega la sociedad recurrente la legitimación del solicitante de la auditoría por carecer –en su opinión– de la condición de socio, al haber transferido mediante un acuerdo privado de compraventa sus participaciones sociales que le otorgaban la condición de socio y la legitimación para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas.

Sobre la cuestión de la legitimación del socio, este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente que, para entenderla acreditada, es suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por si sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende.

En el caso presente, el solicitante ha aportado el requerido principio de prueba mediante la invocación a la escritura de constitución y a los datos registrales de la sociedad, sin que las alegaciones formuladas por la representación social recurrente logren desvirtuar la presunción de legitimidad derivada de los asientos del Registro Mercantil. En efecto, tanto el artículo 26 de la antigua Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, como el actual artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital exigen para la validez de la transmisión de participaciones sociales el otorgamiento de escritura pública, siendo así que, en el caso presente y como bien indicó el recurrente, el acuerdo privado de compraventa nunca llegó a elevarse a público.

Por lo demás, cabe señalar que limitado ámbito de conocimiento que el Reglamento del Registro Mercantil atribuye a este procedimiento, impide a este Centro Directivo pronunciarse sobre cuestiones directamente relacionadas con la validez, efectividad y obligaciones asumidas por las partes en la alegada transmisión, cuestión sobre la que solo pueden pronunciarse los Tribunales de justicia.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador de «AC Eléctric Pro-

ducts, S. L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de el 17 de mayo de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 5 de diciembre de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 5 de diciembre de 2011 (3.ª)

En el expediente 243/2010 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Outumuro, S. A.»

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, el 30 de marzo de 2010, solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil como socia de «Outumuro, S. A.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad a través de su representante don, se opuso a dicha pretensión, alegando, en esencia, que la solicitante no ostenta el 5% exigido por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas.

III

A la vista de dicho escrito la Registradora Mercantil núm. VIII de, con fecha de 26 de abril de 2010, requirió a la solicitante de la auditoría para que acreditara su designación por las otras dos copropietarias de las acciones. Lo que así hizo la interesada, aportando al

expediente dos escrituras de poder otorgadas por doña y doña, copropietarias de las acciones en unión de la solicitante.

IV

De dicho escrito y de las escrituras adjuntas se dio traslado a la sociedad para que alegara lo que a su derecho conviniera. Así lo hizo la sociedad que, mediante escrito de 4 de junio de 2010, argumentó que en nada cambia la situación de falta de legitimación de la solicitante, puesto que, a 31 de marzo de 2010, carecía de la representación para instar el nombramiento en nombre y por propio y en nombre y por cuentas de las otras dos copropietarias.

V

Por resolución de 11 de julio de 2010 la Registradora Mercantil núm. VIII de, acordó estimar la solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado. Mantuvo respecto a las normas reguladoras de este derecho de nombramiento registral de auditor de cuentas por la minoría están contenidas en artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, en todo lo no previsto en esta normativa específica, es de aplicación las normas de procedimiento contenidas en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De este conjunto normativo resulta que el Registrador Mercantil debe examinar la solicitud y poner en conocimiento del interesado los posibles errores u omisiones de que adoleciera su instancia, concediendo un plazo prudencial para su subsanación. Respecto a la alegación de la sociedad relativa a la insuficiencia de las escrituras de apoderamiento aportadas por la solicitante, la Registradora mercantil sostuvo que los apoderamientos concedidos facultan ampliamente a la interesada para instar el nombramiento de auditor de cuentas en nombre de las demás copropietarias.

VI

Contra dicha resolución la indicada representación letrada de la sociedad interpuso, en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando, básicamente, los argumentos aducidos en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidos en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Insistió que los apoderamientos aportados son una mera relación de facultades de carácter limitativo, sin que de ellos pueda deducirse que está facultada para ejercitar los derechos que corresponden al socio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 15 de noviembre de 1993, 3 de abril de 1995 y, como más recientes, las

de 11 de mayo de 2004, 6 de julio de 2005, 30 de enero y 29 de junio de 2006 y 1 de diciembre de 2009.

1.º No pueden prosperar en el presente expediente ninguna de las alegaciones que la sociedad formula. En primer lugar, la solicitud fue presentada en el Registro Mercantil antes del vencimiento del plazo de tres meses exigido por el artículo 205.2 de la ley de Sociedades Anónimas (actual art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital) para ejercitar el derecho a la verificación de las cuentas del ejercicio inmediatamente vencido por auditor nombrado por la Registradora Mercantil. Así resulta del Libro Diario del Registro Mercantil de y del sello que consta en la propia instancia, donde claramente se observa la fecha de 30 de marzo de 2010.

El hecho de que la solicitante fuera requerida por el Registrador para la subsanación de la omisión señalada, no puede llevar a la conclusión de que su instancia fue retirada y vuelta a presentar con posterioridad, dado que en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas es aplicable, en todo lo no previsto en el Reglamento del Registro Mercantil, la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 71, relativo a la subsanación y mejora de la solicitud, exige a la autoridad pública encargada de resolver la instancia requerir al interesado para subsanar, durante un breve plazo, los posibles errores de que adolece. Y así lo hizo la Registradora Mercantil, quedando subsanado por la interesada el defecto advertido.

2.º Tampoco puede prosperar las alegaciones de la sociedad que cuestiona el alcance de los apoderamientos otorgado por las copropietarias de las acciones a favor de la tercera copropietaria y solicitante de la auditoría, toda vez que siendo poderes ambos de carácter especial para realizar cualquier acto de gestión y de disposición sobre las acciones que tienen en la sociedad, no cabe duda alguna que abarca también el ejercicio de un acto de mera administración, como lo es el de solicitar a la Registradora Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas para que, con cargo a la sociedad, verifique las correspondientes al último ejercicio económico, en este caso el ejercicio 2009.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, representante de «Outumuro, S. A.», y confirmar las Resoluciones del Registrador Mercantil de de 11 de julio de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 5 de diciembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 5 de diciembre de 2011 (4.ª)

En el expediente 260/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Trauco, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 31 de marzo de 2010, solicitando, al amparo, artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, del artículo 86.3 de la Ley de Sociedades Limitadas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Trauco, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de su administrador, don, se opuso a dicha pretensión, alegando, en síntesis: 1.º) Que el nombramiento de auditor es innecesario puesto que los administradores sociales convocarán a la Junta General ordinaria y propondrán la conveniencia de contratar un auditor de cuentas para verificar las correspondientes a los ejercicios 2006, 2007, 2008 y 2009. Dicha auditoría será mucho más amplia y de mayor alcance que la que solicita el Sr. 2.º) Que el solicitante de la auditoría es administrador mancomunado de la sociedad y, siendo responsable de la formulación de las cuentas anuales, se negó a firmar las que el otro administrador mancomunado preparó en solitario. 3.º) Que como se desprende de lo anterior, su actuación denota una clara intención de obstaculizar la marcha de la sociedad y de enmascarar sus incumplimientos como administrador social, lo que evidencia un manifiesto abuso de derecho y fraude de ley.

III

La Registradora Mercantil de, con fecha 12 de junio de 2010, acordó estimar la solicitud formulada, sobre la base de que el ejercicio del derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas solo está condicionado a que el solicitante reúna los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos. Respecto de las alegaciones relativas a la mala fe del solicitante recordó la doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado, conforme a la cual el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición y añadiendo que la intención última de los socios no es tener la opinión de un experto independiente, sino la de crear un perjuicio económico a la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero de 2006 y, como más reciente, la de 8 de junio de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la decisión adoptada por la Registradora Mercantil de....., frente a la cual no pueden prosperar ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente: En primer lugar, el hecho de que la sociedad considere innecesaria la petición del socio poco ha de importar para que éste ejercite el derecho que la ley le reconoce pues, como mantuvo la Registradora Mercantil, el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital) solo condiciona su ejercicio a que los solicitante reúnan las circunstancias de capital y tiempo que el mismo precepto especifica, las cuales han quedado suficientemente acreditadas en el expediente iniciado a su instancia.

2.º En segundo lugar, respecto a la alegación de la sociedad que señala el obstáculo que puede suponer para el ejercicio de este derecho la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador solidario, cabe recordar la doctrina mantenida reiteradamente por este Centro Directivo, conforme a la cual la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador social, no ha de impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio. Esto solo ocurriría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales, por ser administrador único o si fuera administrador solidario, por que en este caso habría podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor de cuentas, lo que no habría podido hacer siendo administrador mancomunado, dado que en este caso, para contratar la auditoría voluntaria habría tenido que concurrir con el otro administrador (*cf.*: art. 1.692 del Código Civil).

3.º Tampoco el hecho de que el solicitante haya incumplido su obligación de formular las cuentas anuales, junto con el otro administrador mancomunado, puede impedir que solicite del Registrador Mercantil el nombramiento de un

auditor, puesto que, además de que es un condicionamiento no previsto ni legal ni reglamentariamente, la sociedad siempre podrá ejercitar la acción de responsabilidad contra el administrador que haya desatendido sus obligaciones.

4.º Por último, en cuanto a la mala fe del solicitante de la auditoría, este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, administrador mancomunado de «Trauco, S. L.», y confirmar la Resolución de la Registradora Mercantil de de 12 de junio de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 5 de diciembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 7 de diciembre de 2011

En el expediente 253/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «No Somos Socios, S. L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 26 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y

siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «No Somos Socios, S. L.», el nombramiento de un auditor con el fin de conocer si las cuentas anuales del ejercicio 2009 ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

II

La sociedad, a través de su apoderado don, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la sociedad no está obligada a la verificación de sus cuentas anuales por auditor. No obstante lo anterior, la sociedad ha nombrado a la firma auditora «Muñoz Vázquez Asociados, S. A.» para que verifique las cuentas del ejercicio 2009.

III

El Registrador Mercantil núm. XIV de, con fecha 21 de abril de 2010, acordó requerir a la sociedad para que en un plazo no superior a diez días aportara al expediente la fecha fehaciente del nombramiento voluntario efectuado. A dicho requerimiento la sociedad contestó mediante escrito de 4 de mayo de 2010, exponiendo las alegaciones que a su derecho convenían.

IV

Por resolución de 11 de mayo de 2010, el Registrador Mercantil núm. XIV de acordó desestimar la oposición de la sociedad. Tras señalar que la entidad mercantil solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, en la documentación aportada por la sociedad junto al escrito de oposición no concurre ninguna de las circunstancias exigidas por el artículo 1.227 del Código Civil para poder considerar que la fecha que en los mismos consta está dotada de fehaciencia.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General insistiendo en que la sociedad aportó documentación suficiente como para probar la contratación de la auditoría de cuentas y añadiendo que el solicitante solo persigue entorpecer la buena marcha de la sociedad.

VI

Con fecha 23 de diciembre de 2010 don, solicitante de la auditoría presentó en el Registro Mercantil de un escrito desistiendo de su solicitud de auditar las cuentas correspondientes al ejercicio 2009 que, remitido por el Registrador Mercantil núm. III de el 27 de diciembre de 2010, tuvo entrada en el Registro Auxiliar J.B.3 de este Departamento el 28 de diciembre de dicho año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar el desistimiento presentado y declarar concluso el procedimiento sobre nombramiento de auditor instado por don, solicitante de la auditoría para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2009 de «No Somos Socios, S. L.» y, en consecuencia, procedente el nombramiento de auditor solicitado.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 7 de diciembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 12 de diciembre de 2011 (1.ª)

En el expediente 245/2010 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor razonable de las acciones a instancia de una socia de «Pradoc, S. A.»

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 24 de junio de 2010, solicitando, al amparo del artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil el nombra-

miento de un auditor de cuentas para determinar su valor razonable de las acciones al haber ejercitado uno de los otros socio el derecho de adquisición preferente, tras comunicar al órgano de administración social su intención de transmitir sus acciones a una tercera persona, no socia de la entidad mercantil «Pradoc, S. A.».

II

La sociedad, a través de don, persona física representante de la persona jurídica que ejerce la administración «Lares y Chaos S. L.», se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia, que la sociedad ya tiene designado un auditor de cuentas que ha emitido informe sobre la valoración de las acciones, tal como prevé el artículo 8 de los Estatutos Sociales.

III

El Registrador Mercantil de núm. XV de, con fecha 15 de julio de 2010 resolvió desestimar la solicitud, al entender que no concurre supuesto legal alguno que permita acudir al nombramiento registral de auditor de cuentas, siendo así que, cuando se trata de determinar el valor aproximado de las participaciones sociales, la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas debe estar indisolublemente unida a la concurrencia de causa legal, sin que la previsión en los Estatutos Sociales pueda ampliar los supuestos legales de intervención del Registrador Mercantil.

IV

Contra dicha resolución la solicitante del nombramiento registral de auditor, doña, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección general, alegando, en esencia: 1.º) Que el nombramiento de auditor se interesó en atención al ejercicio del derecho de adquisición preferente de los accionistas de «Pradoc, S. A.», tal como se prevé en el artículo 8 de los Estatutos Sociales que abre a los socios la posibilidad de solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, cuando los socios no llegaran a un acuerdo sobre el valor razonable de las acciones. 2.º) Que una vez puesto de manifiesto el desacuerdo entre los socios sobre el nombramiento de un terceros para realizar dicha valoración y visto el contenido del artículo 8.2.f) de la Ley de Auditoría de Cuentas de 12 de julio de 1988, en su redacción dada por la Ley 44/2002 de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, es procedente solicitar el nombramiento por el Registrador Mercantil. 3.º) Que en este caso, debía ser de aplicación analógica lo previsto en el artículo 100 de la ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 351 y siguientes y 363 del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de febrero de 1993, 20 de enero de 1998 y, como más reciente, la de 2 de marzo de 2002 y 17 de octubre de 2006.

La cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar si estamos o no en presencia de un supuesto establecido en la Ley para su procedencia. En efecto, constituye doctrina de esta Dirección General —que nuevamente se reitera— que el nombramiento de auditor para determinar el valor real de las acciones o participaciones a que se refiere el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil está indisolublemente unido a «los casos establecidos en la Ley» para el ejercicio de este derecho. En otras palabras, que no es un derecho que pueda ejercitarse sin más por cualquier socio con el fin de conocer el valor de sus acciones o con el fin de dirimir la disconformidad que pueda existir entre las partes esta cuestión participaciones y, por tanto, necesariamente tiene que concurrir la circunstancia de tratarse de un supuesto de los tasados por la Ley.

En el caso presente, procede confirmar la decisión adoptada por el Registrador Mercantil de, dado que ni la antigua Ley de Sociedades Anónimas —vigente cuando se presentó en el Registro Mercantil la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas— ni la actual Ley de Sociedades de Capital prevé la posibilidad de solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, cuando se trata de adquisición o transmisión de acciones en el ejercicio del derecho de adquisición preferente, puesto que la actuación del Registrador Mercantil, como autoridad pública competente designada tanto en la Ley como en el Reglamento del Registro Mercantil, solo procede en los casos legalmente previstos y por los procedimientos reglamentariamente establecidos.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, en representación de «Pradoc, S. A.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil núm. XV de de 15 de julio de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 12 de diciembre de 2011.—Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.—Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 12 de diciembre de 2011 (2.^a)

En el expediente 235/2010 *b*) sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Electryon S. A.»

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 29 de marzo de 2010, solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de «Electryon S. A.», no encontrarse la sociedad incluida en los supuestos legalmente establecidos de revisión obligatoria de las cuentas anuales e informe de gestión y no tener designado auditor de cuentas, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

La sociedad, a través de don en calidad de administrador, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la solicitante de la auditoría carece de legitimación, dado que rechazó un puesto en el Consejo de Administración en el que habría podido estar informada de la actuación social y de las cuentas del ejercicio cuya auditoría pretende. 2.º) Que a la vista del escrito de la solicitante resulta que la causa de la solicitud es la de realizar ciertas operaciones de carácter mercantil, de donde se deduce claramente el fin espurio de perjudicar doblemente a la sociedad, de un lado, por los gastos que la auditoría comporta y, de otro, por que esas operaciones mercantiles que pretende realizar, no son otras que la venta de acciones, si bien no a terceros extraños, sino a los socios mayoritarios de la sociedad. La vía adecuada para determinar el valor real de éstas es la establecida en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil. 3.º) Que, reiteradamente, la solicitante ha reclamado una auditoría de cuentas, sin tener en consideración que en las realizadas sobre los ejercicios anteriores los auditores mantuvieron en sus informes que las cuentas reflejaban la verdadera situación patrimonial y financiera de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 30 de junio de 2010, acordó estimar la solicitud formulada, por entender que la solicitante reunía las condiciones de capital y tiempo exigidas por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas. Mantenía que el hecho de que se le hubiera ofrecido un cargo en el Consejo de Administración no le priva del derecho a la verificación contable. En cuanto a las motivaciones que la llevan a solicitar la auditoría, resulta imposible examinarlas en este procedimiento. En cuanto a los costes de la auditoría, la ley de Sociedades Anónimas los atribuye a la sociedad.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición y, añadiendo: Que es difícil entender que no existe mala fe en el ejercicio del derecho cuando durante varios ejercicios consecutivos los auditores encargados de realizar el informe instado por la solicitante han mantenido que las cuentas sociales reflejan la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa. Y, asimismo, que la solicitud de nombramiento registral de auditor no puede ampararse en la realización de ciertas operaciones mercantiles, sin mayor precisión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 1996, 7 de octubre y 13 de diciembre de 2005, 30 de mayo de 2007 y 23 de abril de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de En efecto, el hecho de que la solicitante hubiera rechazado ser miembro del Consejo de Administración de la sociedad, no le priva en modo alguno de ejercer un derecho que el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas le reconoce como socia minoritaria. Más aún, si se tiene en cuenta que los derechos de información y verificación contable son derechos que, aunque relacionados, están plenamente diferenciados por su finalidad y requisitos, siendo independientes en cuanto a su ejercicio (*cf.* arts. 112, 205 y 212 de la Ley de Sociedades Anónimas).

2.º Tampoco pueden prosperar las alegaciones referidas a la supuestas motivaciones espurias de la solicitante, dado que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones que llevan al socio a formular su petición de auditoría, ya que si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no puedan presumirse. La parte que se sienta perjudicada –en este caso, la sociedad– siempre tendrá expedita a la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

3.º Por lo que se refiere a la causa de la solicitud, es reiterada la doctrina de este Centro Directivo en relación con la imprecisa o insuficiente expresión de la causa, pues en las sociedades no obligadas por ley a verificación contable, la causa de la solicitud del nombramiento registral de auditor, instada por

los socios minoritarios en base en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa para verificar las cuentas del ejercicio social vencido.

4.º Por último, en cuanto a la pretensión del recurrente de incorporar el resultado de los expedientes iniciados a la solicitud de nombramiento registral de auditor para verificar las cuentas de ejercicios anteriores, se ha de recordar que el derecho de auditoría es un derecho reiterable anualmente, sin que su ejercicio en periodos anteriores sea obstáculo para solicitar la verificación contable de ejercicios futuros.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, como administrador de «Electryon S. A.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de de 30 de junio de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 12 de diciembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 12 de diciembre de 2011 (3.ª)

En el expediente 256/2010 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Saegui, S. A.»

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en el Registro Mercantil de, solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro mercantil como socia de «Saegui, S. A.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

Tras varios intentos de notificación que resultaron infructuosos, finalmente, la sociedad el 26 de abril de 2010, a través de su letrado don, se opuso a dicha pretensión, alegando,

en esencia: 1.º) Que la instancia de la solicitante está presentada en plazo, pero su firma fue legitimada con posterioridad al cierre del ejercicio para el que solicitó la auditoría de cuentas. 2.º) Que la solicitante no es propietaria de las acciones que alega, dado el escrito presentado en el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Vitoria, de 14 de abril de 2010, Procedimiento de Divorcio Contencioso 240/2010, en los que manifiesta que todo el dinero para la constitución de la sociedad fue aportado por su esposo, don, por tanto carece de legitimación para solicitar la auditoría. 3.º) Que vulnera el principio de la buena fe, dado que la petición la efectúa una vez iniciado el proceso de divorcio y persiguiendo fines ajenos a la petición. 4.º) Que no obstante lo anterior, el administrador solidario de la compañía no se opone al nombramiento de auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de, con fecha 22 de julio de 2010, acordó estimar la solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado. Mantuvo respecto de la fecha de presentación de la instancia, que de su examen resulta que cumple el requisito temporal exigido por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 del reglamento del Registro Mercantil. Asimismo, señaló que la buena o mala fe no puede examinarse en este procedimiento, ya que, si bien es cierto que las motivaciones del socio pueden no ser siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca. A la sociedad siempre tendrá expedida la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados. En cuanto a la auditoría voluntaria alegada por la sociedad ésta solo enerva el derecho del socio cuando está inscrita en el Registro.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación letrada de la sociedad interpuso, en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando, básicamente, los argumentos aducidos en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidos en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que en el periodo de tiempo que va desde la presentación de la solicitud a la resolución de la misma, la sociedad cumplió con sus obligaciones de convocar y celebrar la Junta general en la que se aprobaron las cuentas anuales del ejercicio 2009 y, asimismo, cumplió con su obligación de pagar el impuesto de sociedades. Además de lo anterior la solicitud es extemporánea.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 15 de noviembre de 1993, 3 de abril de 1995 y, como más recientes, las

de 20 de enero y 4 de febrero de 2004, 30 de septiembre y 8 de noviembre de 2005, 17 de mayo de 2007 y 27 de abril de 2010.

1.º No pueden prosperar en el presente expediente ninguna de las alegaciones que la sociedad formula. En primer lugar, la solicitud fue presentada en el Registro Mercantil antes del vencimiento del plazo de tres meses exigido por el artículo 205.2 de la ley de Sociedades Anónimas para ejercitar el derecho a la verificación de las cuentas del ejercicio inmediatamente vencido por auditor nombrado por el Registrador Mercantil. Así resulta del Libro Diario del Registro Mercantil de y del sello que consta en la propia instancia, donde claramente se observa la fecha de 26 de marzo de 2010.

El hecho de que la solicitante fuera requerida por el Registrador para la subsanación del defecto señalado, no puede llevar a la conclusión de que ésta fue retirada y vuelta a presentar, dado que en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas es aplicable, en todo lo no previsto en el Reglamento del Registro Mercantil, la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 71, relativo a la subsanación y mejora de la solicitud, exige a la autoridad pública encargada de resolver la instancia requerir al interesado para subsanar, durante un breve plazo, los posibles errores de que adolece. Y así lo hizo el Registrador Mercantil, quedando subsanado por la interesada el defecto advertido.

2.º Tampoco puede prosperar las alegaciones de la sociedad que cuestionan la buena fe de la solicitante pues, como este Centro Directivo ha mantenido en numerosas ocasiones, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

3.º Por último, cabe señalar que el hecho de que el administrador único de la compañía haya convocado a la Junta general para la aprobación de las cuentas anuales, no puede ser óbice para que la socia minoritaria ejercite un derecho que la ley le reconoce, puesto que la función esencial del auditor nombrado por el Registrador Mercantil es la de verificar si las cuentas anuales se ajustan a las normas contables vigentes y reflejan la realidad patrimonial y financiera de la empresa.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don, representante de «Saegui, S. A.», y confirmar las Resoluciones del Registrador Mercantil de de 22 de julio de 2010.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 12 de diciembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 19 de diciembre de 2011 (1.ª)

En el expediente 127/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Parking Polis, S. A.».

HECHOS

I

Doña presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 21 de marzo de 2011 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como titular de más del 5% del capital social de «Parking Polis, S. A.», el nombramiento de un auditor para que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la sociedad de referencia es una sociedad familiar en la que su marido y ella misma tenían la mayoría de las acciones, siendo su ex marido, don, el administrador único durante el matrimonio y el proceso de liquidación de la sociedad. Finalmente se llegó a un acuerdo en junio de 2010, en virtud del cual el paquete mayoritario de acciones de esta sociedad se le adjudicaba a ella misma. Así, tras la celebración de la Junta General de la sociedad pasó a ser la administradora única. 2.º) Que su hija y solicitante de la auditoría ha reclamado ante la jurisdicción social que fue gerente de esta sociedad hasta el 1 de agosto de 2010, lo cual debió obedecer a la cercanía con su padre que era administrador de la sociedad en aquellos momentos, lo cual ya se puso de manifiesto en el juicio de liquidación de gananciales en donde fue llamada como testigo a favor de las tesis de su padre. 3.º) Que la solicitante de la auditoría carece de legitimación para instarla, dado que cuando se produjo el cambio de administración no se entregó el Libro de socios. A mayor abundamiento, su ex cónyuge y anterior administrador único,

don, entregó una copia de la página correspondiente a don, en donde no consta la venta de acciones a la reclamante. 4.º) Que la solicitud de nombramiento de auditor constituye un manifiesto abuso de derecho, puesto que, si como mantiene, fue gerente de la sociedad, debió estar al corriente de la marcha de la empresa y de las operaciones trascendentales de la misma e, incluso, podrían haber procedido a nombrar auditor de cuentas con carácter voluntario, de haberlo considerado conveniente. 5.º) Que la solicitante es administradora única de la entidad mercantil «Calero, S. A.» que se dedica al mismo objeto social que la entidad mercantil afectada por su solicitud. 6.º) Que, a pesar de que en la Junta general celebrada en junio de 2010 la solicitante de la auditoría consideró que no era conveniente nombrar auditor de cuentas, no obstante la administración consideró lo contrario y, por tanto, con carácter voluntario encargó la auditoría de cuentas a un profesional inscrito en el ROAC.

III

El Registrador Mercantil núm. X de, con fecha 16 de abril de 2011, acordó desestimar la oposición de la sociedad, por reunir la solicitante las circunstancias de capital y tiempo que la Ley exige, sin que pueda prosperar la alegación de falta de legitimación formulada por la sociedad, ya que, según ha declarado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, el Reglamento del Registro Mercantil no ha querido ser riguroso con el socio a la hora de exigirle la acreditación formal de su condición, siendo suficiente con que aporte un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre un número de acciones equivalentes, como mínimo, al 5% del capital social de la compañía y que, una vez aportado, para desvirtuar la presunción de titularidad es preciso que la sociedad pruebe, a su vez, que dicha titularidad nunca existió o se ha perdido. Se respeta así el principio de igualdad en las posiciones jurídicas de las partes en este procedimiento. En el presente caso, consta en los archivos del Registro la inscripción de la ampliación de capital, en la cual la solicitante suscribió 134 acciones de la compañía, así como el Acta notarial de la Junta celebrada el 28 de junio de 2010, con la asistencia del 100% del capital social, en la que se reconoce el porcentaje alegado por la interesada. En cuanto a la invocación a la mala fe con la que actúa la solicitante de la auditoría, como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados. Por último, en cuanto a la alegación por parte de la administradora única de haber contratado una auditoría voluntaria, cabe recordar que para que dicha auditoría pueda enervar el derecho del socio ha de reunir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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. En el caso presente, no consta acreditada fehacientemente la fecha del encargo de auditoría.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Mediante escrito de 23 de junio de 2011, ampliatorio a dicho recurso de alzada, la administradora única de la sociedad adjuntó el informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2010, realizado por el auditor voluntario designado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley Sociedades de Capital, los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 17 de mayo de 2007, 31 de octubre de 2009 ,27 de abril de 2010 y 15 de abril de 2010.

1.º No pueden prosperar frente a los fundamentos de la resolución recurrida, ninguna de las alegaciones formuladas por la recurrente. En primer lugar, en orden a la legitimación de la solicitante, este Centro Directivo ha entendido que es suficiente para entenderla acreditada la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por si sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende.

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba: la póliza de compra de 66 acciones de la sociedad y la escritura de ampliación de capital inscrita en el Registro Mercantil (arts. 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil), sin que la sociedad, por su parte, haya aportado prueba alguna demostrativa de que hubiera perdido su condición de socia, puesto que, como también ha mantenido esta Dirección General de los Registros y del Notariado que el Libro Registro de acciones nominativas no es, en modo alguno, la única forma de acreditar la

condición de socio ni tampoco la legitimación exigida por la ley para ejercer el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas.

Además de lo anterior, el Registrador Mercantil ha señalado que consta en el expediente que la solicitante aportó copia de la póliza de compra de 66 acciones del anterior titular y, asimismo, que acudió a la ampliación de capital social, tal como resulta del contenido de la inscripción que recoge la escritura de ampliación de capital social, por lo que resulta suficientemente legitimada para ejercitar el derecho que la ley le reconoce.

2.º Tampoco pueden prosperar las alegaciones de la recurrente que cuestionan la buena fe de la solicitante de la auditoría, pues el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

3.º Finalmente, en cuanto a la auditoría voluntaria alegada por la sociedad, se ha de recordar la doctrina de esta Dirección General conforme a la cual la auditoría voluntaria puede enervar el derecho del socio cuando acredita reunir dos condiciones, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado que el nombramiento voluntario de auditor fuese previo a la presentación de la instancia de la socia minoritaria solicitando el nombramiento por el Registrador Mercantil, con fecha de entrada de 21 de marzo de 2011, ya que la fotocopia del auditor de cuentas designado por la sociedad, aceptando la propuesta de la auditoría, si bien tiene fecha de 10 de diciembre de 2010, esta fecha carece de fehicencia, (*cf.* art. 1.227 del Código Civil) puesto que ni tiene firma legitimada ni tuvo entrada en el Registro Mercantil sino hasta la presentación del escrito

de oposición de la sociedad, el 12 de abril de 2011 y, consecuentemente, no puede enervar el derecho de la solicitante.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, administradora única de «Parking Polis, S. A.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. X de el 16 de abril de 2011.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 19 de diciembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de

Resolución de 19 de diciembre de 2011 (2.ª)

En el expediente 128/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Inmobiliaria Prado Sierra, S. A.».

HECHOS

I

Don, en nombre y representación de la entidad mercantil «Gabriela V, S. L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de el 25 de marzo de 2011 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y siendo su representada titular de más del 5% del capital social de «Inmobiliaria Prado Sierra, S. A.», el nombramiento de un auditor para que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la sociedad de referencia es una sociedad familiar en la que su marido y ella misma tenían la mayoría de las acciones, siendo su ex marido, don, el administrador único durante el matrimonio y el proceso de liquidación de la sociedad. Finalmente se llegó a un acuerdo en junio de 2010, en virtud del cual el paquete mayoritario de acciones de esta sociedad se le adjudicaba a ella misma. Así, tras la celebración de la Junta General

de la sociedad pasó a ser la administradora única. 2.º) Que la solicitud de nombramiento de auditor constituye un manifiesto abuso de derecho, puesto que el solicitante fue administrador único de la sociedad y, por tanto debe saber cual es el estado de las operaciones y, asimismo, siendo dicho solicitante socio de otra entidad mercantil dedicada al mismo objeto social, su petición podría suponer un intento de profundizar en ciertos detalles que distorsionarían la leal competencia entre ambas empresas. 3.º) Que, a pesar de que en la Junta general celebrada en junio de 2010 el solicitante de la auditoría consideró que no era conveniente nombrar auditor de cuentas, no obstante la administración consideró lo contrario y, por tanto, con carácter voluntario, encargó la auditoría de cuentas a un profesional inscrito en el ROAC.

III

El Registrador Mercantil núm. XIII de, con fecha 18 de abril de 2011, acordó desestimar la oposición de la sociedad, tras señalar que el solicitante reunía las circunstancias de capital y tiempo que la Ley exige, mantuvo que la invocación a la mala fe no puede enervar el derecho de la solicitante, puesto que, como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados. El hecho de que el solicitante haya sido administración social hasta mediados de 2010 no ha de impedir que ejercite un derecho que como socio le corresponde, máxime cuando no solicita el derecho en su propio nombre, sino en nombre y representación de la empresa «Gabriela V., S. L.». En cuanto a la auditoría voluntaria alegada por la sociedad, según reiterada doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado, solo puede enervar el derecho del solicitante si reúne dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 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. En el caso presente, no consta acreditada fehacientemente la fecha del encargo de auditoría.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Mediante escrito, con entrada en el Ministerio de Economía y Hacienda el 18 de mayo de 2011, ampliatorio a dicho recurso de alzada, la administradora única de la sociedad adjuntó el informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2010, realizado por el auditor voluntario designado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265. 2 de la Ley Sociedades de Capital, los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009, 27 de abril de 2010 y 15 de abril de 2010.

1.º La primera cuestión que plantea el presente expediente no es otra que la de determinar cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria alegada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, 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.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *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.

Porque si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado el cumplimiento de la primera condición, dado que la fecha que consta en la documentación aportada, que es el escrito del auditor de cuentas aceptando el encargo de la sociedad, carece de fehaciencia, puesto que no contiene testimonio notarial de legitimación de firmas, ni consta su entrada en un registro público, más que cuando se aportó junto al escrito de oposición a la solicitud presentado por la sociedad el 12 de abril de 2011 y, por tanto, se ha de concluir que no es previo

a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil el 25 de marzo de ese mismo año.

2.º Tampoco pueden prosperar las alegaciones de la recurrente que cuestionan la buena fe del solicitante de la auditoría, pues el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cfr.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

3.º Por último, cabe señalar que el hecho de que el representante de la entidad mercantil que solicita la auditoría, «Gabriela V., S. L.», haya ejercido la administración en exclusiva de los asuntos sociales durante una parte del año 2010 no ha de impedir que la entidad mercantil interesada ejercite su derecho, puesto que, siendo como es titular del mínimo de capital social legalmente exigido, puede actuar representada por la persona física que ostenta su administración, sin perjuicio de que ésta última persona física hubiera ejercido en el pasado la administración de la sociedad afectada por la solicitud de auditoría.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña, administradora única de «Inmobiliaria Prado Sierra, S. A.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. XIII de el 18 de abril de 2011.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 19 de diciembre de 2011.–Firmado: La Directora general de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.–Sr. Registrador Mercantil de