2. NOMBRAMIENTO DE AUDITORES DE CUENTAS Y EXPERTOS INDEPENDIENTES

Resolución de 9 de enero de 2012 (1.ª)

En el expediente 240/10 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Jesús Vela, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., como administrador único de la empresa «Jesús Vela, S.L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Cantabria el 13 de noviembre de 2009 solicitando, al amparo del artículo 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2008. Alegaba, como fundamento de su solicitud, que la Junta general de la sociedad, teniendo obligación de nombrar auditor de cuentas, no procedió a su nombramiento antes de la finalización del ejercicio a auditar, según lo previsto en el artículo 204 de la Ley de Sociedades Anónimas.

II

La Registradora Mercantil de Cantabria, con fecha de 21 de abril de 2010 nombró auditor de cuentas a don ..... que, en esa misma fecha, aceptó el encargo.

III

Solicitada la recusación del auditor por la sociedad, ésta fue aceptada por el auditor de cuentas, por lo que la Registradora Mercantil de Cantabria, con fecha de 16 de abril de 2010, procedió a la designación de un nuevo auditor, la cual recayó en don ..... que aceptó el encargo el día 21 de abril de 2010.

IV

Por escrito presentado en el Registro Mercantil de Cantabria el 2 de junio de 2010, el auditor de cuentas designado, Rafael Ruiz Serrano, puso en conocimiento de la Registradora Mercantil la imposibilidad de realizar la auditoría por causas no imputables a su labor como auditor y, asimismo, manifestó que no podía emitir un informe, expresando una opinión sobre las cuentas anuales y el informe de gestión, del ejercicio 2008 a efectos de lo previsto en el artículo 361 del Reglamento del Registro Mercantil, dado que no se le habían facilitado las cuentas anuales formuladas.

Registradora Mercantil de Cádiz el día 1 de abril de 2011, designó nombrar auditor de cuentas a don ..... quien con fecha de 7 de abril de 2011 aceptó el encargo de auditar las cuentas anuales del ejercicio 2010 de la precitada sociedad.

V

Por su parte, la sociedad, mediante escrito con entrada en el Registro Mercantil de 28 de junio de 2010, solicitó de la Registradora Mercantil, la recusación del auditor de cuentas, por entender que concurre la causa de enemistad manifiesta. Alegaba en esencia: 1.º) Que el 22 de abril de 2010 la sociedad recibió una carta de encargo del auditor en la que exigía las cuentas aprobadas por los administradores –lo cual es jurídicamente imposible, dado que solo está facultada para la aprobación de cuentas la Junta General–. Asimismo, exigía el pago del 50% de los honorarios a la firma de la carta de encargo y el otro 50% a la entrega del borrador del informe de auditoría. Dicha carta de encargo está fechada el 22 de abril de 2009, es decir, hay un error en el año que debía corregirse para poder suscribir la referida carta. 2.º) A partir de esa fecha el administrador de la sociedad se vio obligado a enviar al auditor de cuentas diversos correos electrónicos cuyo contenido se da por reproducido, dado que están incluidos en el último de 28 de mayo de 2010. El 27 de mayo el auditor de cuentas quedó en remitir nueva carta de encargo para poder proceder a su firma y, asimismo, quedó en remitir la factura justificativa de la entrega inicial de honorarios para, simultáneamente, proceder a su abono y a la entrega de la documentación contable por él solicitada, ya que la copia de las cuentas anuales y del informe de gestión ya habían sido entregados. 3.º) Con fecha 30 de mayo el auditor de cuentas contestó al correo enviado dos días antes por la sociedad, manifestando que no es su intención cumplir con su cometido, aduciendo para ello una serie de razones que ya habían sido discutidas y resueltas por el asesor de la sociedad. En suma, el auditor no envió la carta de encargo definitiva, puesto que la primera recibida no es más que un borrador, tal y como indica en el encabezado. 4.º) Con fecha 1 de junio de 2010 el mencionado auditor de cuentas remitió a la sociedad, mediante burofax, la carta de encargo de auditoría, solicitando se le remita un ejemplar de la misma firmado o bien con indicación del lugar y del momento en el que puede procederse a su firma. 5.º) Dos días después el auditor de cuentas envió a la sociedad el escrito presentado en el Registro Mercantil, informando a su titular que la sociedad, al día de la fecha, no ha dado una contestación formal por escrito de la aceptación de la carta de encargo de auditoría y, por tanto, no puede realizar el informe de auditoría. Dichas manifestaciones del auditor son totalmente falsas, porque el hecho de que el informe de auditoría no se haya evacuado, solo es imputable al propio auditor y no a la sociedad.

VI

La Registradora Mercantil de Cantabria, con fecha de 2 de julio de 2010, acordó no estimar esta nueva solicitud de recusación. Mantuvo que no es posible legitimar una actuación obstruccionista de *facto* de las labores a realizar por el auditor de cuentas, porque dicha práctica conllevaría desnaturalizar la función del auditor designado por el Registro, de modo que, ante la imposibilidad de informar sobre si las cuentas anuales reflejan la realidad patrimonial y financiera de la empresa, el auditor debe emitir informe con opinión denegada por limitación del alcance de los trabajos. En el caso presente, la sociedad intentó la recusación con posterioridad a que el auditor emitiera su informe manifestando que no podía realizar su trabajo por causas no imputables al mismo. Asimismo, de la documentación aportada al expediente, resulta que la enemistad de la que habla la sociedad solo es un malestar por parte de ésta en cuanto al modo de ejecución del trabajo del auditor. Las circunstancias alegadas por la sociedad no pueden dilucidarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido, además de revestir un macado carácter subjetivo que haría casi imposible su constatación. La Registradora Mercantil concluyó su informe manteniendo que aceptar las tesis de la sociedad sería abrir un camino para el incumplimiento del artículo 204 de la Ley de Sociedades Anónimas, norma que quedaría vacía de contenido.

VII

La indicada representación social, disconforme con la anterior resolución, presentó un escrito el 8 de julio de 2010, solicitando a la Registradora Mercantil la revocación de la resolución dictada el 2 de julio de 2010, con el fin de evitar la interposición de un recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Alegaba, en apoyo de su pretensión: 1.º Que se ha cometido un defecto procedimental en la tramitación de su solicitud de recusación, dado que conforme al artículo 342 del Reglamento del Registro Mercantil, de la solicitud de recusación se ha de dar traslado al auditor de cuentas para que este acepte la recusación o bien se oponga y alegue lo que tenga por conveniente, en el plazo de cinco días y antes de que la Registradora Mercantil adopte su resolución 2.º Que la sociedad entregó al auditor, Sr. ....., las cuentas anuales formuladas así como el informe de gestión, estando a la espera de que el auditor de cuentas enviase la carta de encargo definitiva a la que se comprometió. 3.º Que la sociedad no ha tenido conocimiento del escrito presentado por el auditor en el Registro Mercantil manifestando la imposibilidad de realizar su trabajo, hasta después de que se hubo presentado. 4.º Que dicho escrito no puede considerarse como un verdadero informe de auditoría, a tenor de lo dispuesto en la Consulta número 5 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas («BOIAC» número 30 de 1997). Todo ello sin perjuicio de que las cuentas anuales sí le fueron entregadas.

VIII

Con fecha de 17 de julio de 2010 la Registradora Mercantil de Cantabria desestimó la solicitud de revocación formulada por la sociedad, reiterando en todos sus extremos el anterior acuerdo de 2 de julio de 2010 e informando a la sociedad que su resolución de 2 de julio había sido enviada por correo ordinario al auditor de cuentas, don ....., con copia del escrito de recusación.

IX

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 17 de julio de 2010, por el que solicitaba la revocación de la resolución registral y añadiendo que si el auditor fue notificado de la solicitud de recusación y no había presentado oposición, lo procedente es anular el nombramiento y proceder al de un nuevo auditor de cuentas, como exige el artículo 342 del Reglamento del Registro Mercantil.

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 5 de julio de 2001, 17 de marzo y 20 de abril de 2006, 26 de mayo de 2008 y la de 5 de noviembre de 2009.

1.º Con carácter previo y en cumplimiento de la obligación que la ley impone a la autoridad que resuelve el recurso de decidir cuantas cuestiones plantee el expediente (art. 113.3 de la Ley de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) se ha de señalar el error procedimental cometido por el recurrente que, sin atender al régimen de impugnación indicado por la Registradora Mercantil en su resolución de 2 de julio de 2010, por la que desestimó la solicitud de recusación del auditor planteada por la sociedad, pretendió, sin fundamento legal o reglamentario alguno, que la Registradora Mercantil revocara su propia resolución desestimatoria. Como ha mantenido este Centro Directivo en numerosas ocasiones, la competencia del Registrador Mercantil finaliza con su decisión de estimar o no la solicitud planteada, pues el Reglamento del Registro Mercantil no ha previsto, en materia de nombramiento o recusación de auditores de cuentas, ninguna otra impugnación ante la misma autoridad pública que adoptó el acuerdo recurrido, sino que solo ha previsto el recurso de alzada ante este Centro Directivo.

2.º En cuanto a la cuestión de fondo planteada, la relativa a la recusación del auditor de cuentas designado por la Registradora Mercantil, no puede prosperar la pretensión del recurrente, dado que el artículo 342 del Reglamento del Registro Mercantil es suficientemente claro cuando establece que solo antes de la emisión del informe de auditoría, los interesados podrán solicitar la recusación de auditor de cuentas, siendo así que, en el supuesto que nos ocupa, el informe de auditoría con opinión denegada por limitación absoluta del alcance de los trabajos (art. 361 del Reglamento del Registro Mercan-

til) tuvo entrada en el Registro Mercantil de Cantabria el 2 de junio de 2010 y el escrito de la sociedad solicitando su recusación tuvo entrada en el Registro Mercantil de ..... el día 28 del mismo mes y año, es decir, muy posteriormente a que el auditor hubiera emitido su informe, por lo que, consecuentemente se ha de desestimar por extemporánea la pretensión del recurrente.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso interpuesto por don ....., administrador único de «Jesús Vela, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registradora Mercantil de Cantabria de 17 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, 9 de enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de Cantabria.

Resolución de 9 de enero de 2012 (2.ª)

En el expediente 251/10 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de un socio de «Construbn 2007, S.L.»

HECHOS

I

Doña ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Castellón el 16 de julio de 2010, solicitando, al amparo, del artículo 100.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y como titular de 3002 participaciones sociales de «Construbn 2007, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar su valor aproximado con el fin de ejercer su derecho de separación social.

II

Traslada dicha instancia a la sociedad, ésta no ejerció su derecho a oponerse a la solicitud de nombramiento de auditor.

III

El Registrador Mercantil de Castellón, con fecha 26 de julio de 2010, acordó estimar la solicitud, declarando procedente el nombramiento solicitado.

IV

Contra dicha resolución don ....., en nombre y representación de Construbn 2007, S.L. interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección general, alegando, en síntesis: 1.º) Que no procede el nombramiento de auditor de cuentas por no encontrarse el solicitante en el supuesto del artículo 95.f) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. 2.º) Que la Junta general de 3 de junio de 2010 adoptó el acuerdo de proceder a la ampliación de capital social en 6000 euros, creando para ello participaciones sociales por importe de un euro para que los socios, en el plazo de un mes, pudieran ingresar el importe de las participaciones que subscribieran en las cuentas facilitadas por la sociedad. Como segunda decisión se adoptó el acuerdo de crear prestaciones accesorias, acuerdo que el solicitante de la auditoría votó en contra, dejando constancia en el acta de la Junta general de que ejercería su derecho de separación. 3.º) Que no obstante lo anterior, su conducta siguió siendo la propia de un socio en el pleno ejercicio de sus derechos y obligaciones. 4.º) Que una vez convocada la Junta general para el 30 de junio de 2010 con el fin de aprobar las cuentas del ejercicio vencido, solicitó por burofax la presencia de un Notario. En ese mismo documento, reiteró su voluntad de separarse de la sociedad. 5.º) Que los administradores sociales convocaron un tercera Junta general para el día 26 de julio de 2010, con el fin revisar el acuerdo de exigir prestaciones accesorias, revocándolo o continuando con dicha exigencia. En esta ocasión el socio comunicó a la sociedad por medio de burofax de 20 de julio de 2010 que ya no era socio de la compañía. 5.º) Que finalmente fue revocado el acuerdo litigioso, por lo que ha decaído el derecho del socio a separarse de la compañía.

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 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 deter-

minar el valor aproximado de las 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, ha quedado acreditada la concurrencia de la causa legal de separación prevista en el artículo 95.*f)* de la Ley de Sociedades Responsabilidad Limitada –actual artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital– al constar en el expediente el acuerdo adoptado por la Junta general de socios, celebrada el 3 de junio de 2010, de crear prestaciones accesorias a la obligación de realizar aportaciones dinerarias dirigidas a aumentar el capital social de la compañía. En efecto no constando en los Estatutos sociales ninguna disposición a contraria al ejercicio de esta causa legal de separación, ni tampoco un procedimiento de valoración de participaciones sociales distinto al contenido en el artículo 100, resulta procedente el nombramiento solicitado.

2.º No puede prosperar la pretensión de la sociedad, dirigida a enervar el derecho del socio a solicitar el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil, sobre la base de que, con posterioridad a que el socio manifestara su voluntad de separarse de la sociedad, se convocó Junta General con el fin de dejar sin efecto el anterior acuerdo, evitando así el reembolso al socio de sus participaciones sociales, dado que no se aporta al expediente otro medio de prueba que la convocatoria de la Junta General de socios a celebrar el 26 de julio de ese mismo año, remitida por burofax el 9 de julio de 2010, sin que conste el certificado del acta de la referida Junta General, de la que pueda deducirse la revocación del acuerdo de modificación estatutaria que suscitó la disconformidad del socio peticionario de la auditoría de cuentas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en representación de «Construbn 2007, S.L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Castellón de 26 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, 9 de enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Castellón.

Resolución de 11 de enero de 2012

En el expediente 252/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Técnicas de Medida y Metalografía, S.A.».

HECHOS

I

Don …… presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid 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 del 5% del capital social de «Técnicas de Medida y Metalografía,S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2009.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad para dar cumplimiento al trámite de oposición previsto en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil, ésta no presentó oposición al nombramiento solicitado por la minoría.

III

El Registrador Mercantil número III de Madrid, con fecha 14 de junio de 2010, tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos por el artículo 205.2 de la ley de Sociedades Anónimas, acordó estimar la solicitud y designar como auditor de cuentas a la compañía auditora «Vals Time, SLP», que, a través de su representante, doña ....., aceptó el encargo de auditoría en esa misma fecha.

VI

Con fecha 31 de julio de 2010 tuvo entrada en el Registro de Madrid. un escrito presentado por el propio solicitante de la auditoría de cuentas, don ....., renunciando a su instancia, sobre la base de la difícil situación económica de la entidad mercantil afectada por su solicitud. Dicho escrito fue despachado por el Registrador Mercantil número III de Madrid, el 9 de agosto de 2010, declarándose incompetente para admitir la renuncia a la auditoría de cuentas.

V

Finalmente, el 22 de septiembre de 2010 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un escrito firmado por el solicitante de la auditoría de cuentas, don ....., reiterando su renuncia a la solicitud de auditoría de 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, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de julio de 1993, 21 de enero de 1999 y, como más reciente, la de 16 de agosto de 2010.

1.º En el expediente que nos ocupa procede confirmar la decisión adoptada por el Registrador Mercantil número III de Madrid el 9 de agosto de 2010, declarándose incompetente para aceptar la renuncia a la solicitud de auditoría presentada por el solicitante, pues las normas reguladoras de este procedimiento registral de nombramiento de auditor, contenidas en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, no atribuyen al Registrador Mercantil competencia para resolver las cuestiones suscitadas por las partes –vía impugnación de su resolución o bien vía desistimiento de la solicitud– una vez que ha adoptado su decisión de declarar la procedencia del nombramiento solicitado. Dicha competencia reside en la Dirección general de los Registros y del Notariado, por disponerlo así el artículo 354.3 del citado Reglamento del Registro Mercantil.

2.º En cuanto a la cuestión sustantiva planteada por el solicitante, no puede aceptarse su renuncia formulada, una vez designado auditor de cuentas. 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 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil, 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 trascurridos los plazos previstos para su impugnación sin haber interpuesto el recurso pertinente.

En el caso presente, la resolución del Registrador Mercantil número III de Madrid declarando la procedencia del nombramiento devino firme, transcurrido el plazo de quince días para su impugnación sin haberse interpuesto recurso de alzada ante este Centro Directivo, siendo así que 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 don ....., solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil «Técnicas de Medida y Metalografía,S.L.», contra la decisión

dictada por el Registrador Mercantil número III de Madrid el 9 de agosto 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 enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número III de Madrid.

Resolución de 12 de enero de 2012 (1.ª)

En el expediente 257/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Proyectos e Inversiones Rey de Romano, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid 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 «Proyectos e Inversiones Rey de Romano, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

Tras el examen de dicha solicitud, el Registrador Mercantil número X de Madrid requirió a la peticionaria mediante diligencia para mejor proveer para que, en el plazo de diez días, presentara en el Registro la instancia por triplicado, conforme a lo establecido en el artículo 351.1 del Reglamento del Registro Mercantil. Así lo hizo la solicitante, mediante escrito presentado en el Registro Mercantil el 15 de abril de 2010.

III

Notificada la anterior instancia por correo certificado a la sociedad «Proyectos e Inversiones Rey de Romano, S.L.», dicha notificación resultó infructuosa, por lo que el Registrador Mercantil número X de Madrid, de conformidad con lo previsto en el artículo 59.4 de la Ley de Régimen Jurídico y del procedimiento Administrativo Común, acordó publicar la comunicación en el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid», el 24 de junio de 2010.

IV

Por resolución de 14 de septiembre de 2010 el Registrador Mercantil número X de ....., acordó declarar procedente el nombramiento de auditor solicitado, dado que, tal y como resulta del contenido del Registro, la solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos y la sociedad no ha presentado oposición. En dicha resolución acordó designar auditora de cuentas, por el procedimiento ordinario previsto en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil, a doña ..... que, en su propio nombre, aceptó el encargo de auditoría.

V

Con fecha de 4 de octubre de 2010 tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid un escrito presentado en la Oficina de Correos y Telégrafos el 30 de septiembre del mismo año por don ....., en su condición de Presidente del Consejo de Administración de la entidad mercantil «Proyectos e Inversiones Rey de Romano, S.L.», en el que recurría ante este Centro Directivo la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid el 14 de septiembre de 2010, alegando, resumidamente: 1.º) Que se ha vulnerado el derecho de defensa de la sociedad, puesto que la instancia de la socia minoritaria solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas no fue notificada a la sociedad, infringiendo lo previsto en la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 59 dispone que la notificación se efectuará por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción. Sólo el número 5 de dicho precepto legal prevé la posibilidad de notificar mediante anuncios publicados en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma. Consecuentemente, la resolución declarando la procedencia del nombramiento de auditor de cuentas es nula de pleno al haber vulnerado el derecho de la sociedad a la defensa de sus intereses. 2.º) Que la solicitante de la auditoría de cuentas no asistió a la Junta General de la sociedad celebrada el 29 de junio de 2010, en cuyo orden del día figuraba la aprobación de las cuentas del ejercicio 2009. De dicha actuación se deduce su mala fe y ánimo de perjudicar a la sociedad. 3.º) Que la peticionaria subscribió un pacto de sindicación de participaciones sociales, en virtud del cual se comprometía a sindicar las que adquiriera por mitad a través del convenio de disolución de la sociedad de gananciales, a favor de las que tiene don ..... a efectos de voto en Juntas generales y de representación en órganos de administración social. Mediante la solicitud de auditoría la peticionaria incumple el convenio sucrito. 4.º) Que de todo lo anterior resulta que la sociedad tendrá que asumir unos gastos que son consecuencia de una auditoría innecesaria y solicitada con mala fe.

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, 11, 19, 24 y 27 de enero de 2007 y 12 de junio de 2009.

1.º No pueden prosperar, frente al fundamento de la resolución recurrida, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, por lo que se refiere al defecto procedimental alegado, relativo a la falta de notificación de la instancia presentada por la socia minoritaria, cabe señalar que constan en el expediente dos intentos de notificación por correo certificado al domicilio social de la entidad mercantil afectada por la solicitud, realizadas los días 19 y 30 de abril. No siendo recepcionadas por la sociedad, el Registrador Mercantil de Madrid, procedió a la publicación del correspondiente anuncio en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, conforme a lo previsto en el artículo 58.4 de la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Por lo tanto, su actuación fue ajustada a derecho, dado que adoptó los medios previstos en la precitada ley para que la sociedad pudiera conocer la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas y ejercitara, de estimarlo conveniente, su derecho a oponerse al nombramiento.

2.º En segundo lugar, alega la sociedad, como cuestión sustantiva, que la solicitante no podría ejercitar su derecho a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, debido a su inasistencia a la Junta general celebrada el 29 de junio de 2010, cuyo punto del orden del día era la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior. Pues bien, sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido 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.

3.º Respecto a la alegación societaria sobre el incumplimiento del pacto de sindicación de participaciones sociales que la peticionaria suscribió con ocasión de la firma del convenio de la sociedad de gananciales, además de recordar al recurrente que se trata de una cuestión para cuya resolución solo

son competentes los jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil, cabe señalar que los pactos privados en nada puede afectar a este procedimiento registral de nombramiento de auditor de cuentas, dado que el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital) solo condiciona su ejercicio a que el solicitante reúna las circunstancias de capital y tiempo que determina.

4.º Tampoco puede prosperar la alegación que atribuye a la solicitante motivaciones espurias, 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.

5.º Por último indicar, respecto al posible perjuicio económico que el nombramiento de auditor puede ocasionar a la sociedad, que el artículo 205.2 de la ley de Sociedades Anónimas dispone de manera taxativa –sin dejar margen interpretativo alguno– que los gastos del auditor nombrado corren siempre a cargo de la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., presidente del Consejo de Administración de «Proyectos e Inversiones Rey de Romano, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número X de Madrid el 14 de septiembre 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 enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número X de Madrid.

Resolución de 12 de enero de 2012 (2.ª)

En el expediente 64/10 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Rubilabor, S.L.»

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 19 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 «Rubilabor, 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 que la sociedad se encuentra en situación de concurso desde el 27 de enero de 2010, lo que implica que no tiene obligación de verificar ni formular cuentas anuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.3 de la Ley Concursal. En este caso, la administración concursal de la sociedad ha recaído en don ..... que es auditor y economista. No sería de recibo en la indicada situación tener que pagar los honorarios de un auditor de cunetas nombrado por el Registrador Mercantil.

III

El Registrador Mercantil número XI de Barcelona, con fecha 5 de marzo 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, 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 situación de concurso no exime a ésta del nombramiento registral de auditor a instancia de la minoría, puesto que la excepción del artículo 46 de la Ley Concursal solo puede aplicarse a las sociedades obligadas por ley a la verificación contable, no a aquellas que, con carácter general, están exentas de esta obligación. La falta de notificación a la administración concursal obedece a que la declaración de concurso no consta inscrita en el Registro, no resulta tampoco de las actuaciones obrantes en el expediente la aceptación del cargo de administrador concursal nombrado, por lo que, habiéndose acreditado dicho nombramiento mediante una mera fotocopia, procede resolver el fondo de asunto, dado que el contenido de la decisión no variaría aunque se realizara la referida notificación.

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 y alegando: 1.º) Que la resolución recurrida funda su denegación en que el artículo 46 de la Ley Concursal determina la exención de la obligación de auditarse para las sociedades obligadas, cuando dicho precepto no establece diferencia alguna. Es más se exime a todas las sociedades de la obligación de someter a auditoría sus primeras cuentas anuales, mientras ejerza sus funciones la administración concursal. 2.º) Que el Registrador Mercantil pone en tela de juicio el nombramiento de la administración concursal por cuanto que solo se aportó fotocopia del auto declarando el concurso. Para solventar dicho escollo se adjunta el auto original declarando el concurso y nombrando administrador judicial. 3.º) Que, en atención a lo expuesto, no sería de recibo para la sociedad tener que afrontar el pago de honorarios de un auditor de cuentas nombrado por el 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, 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 la de 1 de junio de 2011 («BOE» 1-07-2011).

Procede confirmar el fundamento de derecho único de la resolución recurrida. En efecto, como indicó el Registrador Mercantil de Barcelona, el ámbito material de aplicación del artículo 46.1 de la Ley Concursal se refiere a las sociedades que no pueden presentar en el Registro Mercantil sus cuentas en forma abreviada y que, por tanto, están obligadas a presentar, junto con estas, el informe de auditoría. Así se desprende del tenor literal del precitado artículo que inicia la regulación manteniendo que «declarado el concurso, subsistirá la obligación de formular y la de auditar las cuentas anuales». Dicha obligación de auditar solo concierne *a priori* a las sociedades indicadas.

Por tanto, debe rechazarse en el presente expediente la alegación que la sociedad formula en su escrito de recurso y ello porque, aunque haya acreditado el nombramiento judicial de un administrador concursal y la aceptación de éste, es doctrina de este Centro Directivo –que nuevamente se reitera– que es posible ejercitar el derecho que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital durante el periodo concursal, puesto que la declaración del concurso no supone la extinción de su personalidad jurídica, la cual subsiste en tanto no se declare por resolución judicial la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor y la extinción de la persona jurídica, con el consiguiente cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda *(cfr*: art. 178.3 de la Ley Concursal).

Por último y, aun cuando no afecte a la resolución del presente expediente, debe tenerse en cuenta que la excepción de auditoría prevista para las primeras

cuentas anuales formuladas tras la declaración judicial de concurso, ha sido suprimida en la nueva redacción del artículo 46, efectuada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de «Rubilabor, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XI de Barcelona 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, 12 de enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XI de Barcelona.

Resolución de 12 de enero de 2012 (3.ª)

En el expediente 258/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Xolusat, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., en nombre y representación de don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 25 de marzo de 2010 alegando que su representado es titular de más del 5% del capital social de «Xolusat, S.L.» y solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

El Registrador Mercantil número III de Madrid, el 29 de marzo de 2010, requirió al solicitante de la auditoría para que aportara a expediente el original o testimonio notarial de poder. Lo que así hizo, con fecha de 9 de abril de 2010, aportando la documentación requerida y ratificándose en su solicitud de auditoría de cuentas.

III

Notificada la sociedad por correo certificado de la presentación de dicha solicitud, ésta no formuló oposición al nombramiento registral de auditor cuentas.

IV

El 20 de mayo de 2010, el Registrador Mercantil número III de Madrid 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.

V

El 13 de julio de 2010, el Registrador Mercantil número III de Madrid, designó auditor de cuentas a don ..... que aceptó el encargo de auditoría.

VI

El 3 de septiembre de 2010 tuvo entrada en el Registro Mercantil de ..... un escrito de don ....., solicitante de la auditoría de cuentas, renunciando a su solicitud por quedar clarificadas sus dudas sobre el objeto de la auditoría de cuentas.

VII

El Registrador Mercantil número III de Madrid, el 6 de septiembre de 2010, se declaró incompetente para admitir el desistimiento del solicitante y concediendo el plazo de quince días para recurrir en alzada esta decisión ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

VIII

Disconforme con la anterior decisión, don ....., administrador único de la entidad mercantil Xolusat, S.L. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que ante la grave situación económica que vive la sociedad, el administrador único se puso en contacto con el auditor de cuentas designado por el Registrador Mercantil, solicitándole una rebaja en la provisión de fondos, a lo que el auditor de cuentas accedió, rebajando la cantidad reclamada en este concepto. Aun así dicha rebaja es claramente insuficiente para resolver el problema. 2.º) Que en la Junta General de la compañía, celebrada el 1 de septiembre de 2010, el socio solicitante de la auditoría de cuentas manifestó su intención de desistir de su instancia solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas. 3.º) Que, a pesar de ser perfectamente legítimo desistir de la solicitud, una vez presentado el desistimiento, el Registro Mercantil número III de Madrid se declaró incompetente para admitirlo, causando así un perjuicio económico la sociedad.

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 7 de 1993, 21 de 1 de 1999 y, como más reciente, la de 16 de agosto de 2010.

1.º En el expediente que nos ocupa procede confirmar la decisión adoptada por el Registrador Mercantil número III de Madrid el 6 de septiembre de 2010, declarándose incompetente para aceptar la renuncia a la solicitud de auditoría presentada por el solicitante, pues las normas reguladoras de este procedimiento registral de nombramiento de auditor, contenidas en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, no atribuyen al Registrador Mercantil competencia para resolver las cuestiones suscitadas por las partes –vía impugnación de su resolución o bien vía desistimiento de la solicitud– una vez que ha adoptado su decisión de declarar la procedencia del nombramiento solicitado. Dicha competencia reside en la Dirección general de los Registros y del Notariado, por disponerlo así el artículo 354.3 del citado Reglamento del Registro Mercantil.

2.º En cuanto a la cuestión sustantiva planteada por la sociedad, no puede aceptarse la renuncia formulada por el solicitante de la auditoría, una vez designado auditor de cuentas. 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 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil, 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 trascurridos los plazos previstos para su impugnación sin haber interpuesto el recurso pertinente.

En el caso presente, la resolución del Registrador Mercantil número III de Madrid declarando la procedencia del nombramiento devino firme, transcurrido el plazo de quince días para su impugnación sin haberse interpuesto recurso de alzada ante este Centro Directivo, siendo así que 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 interpuesto don ....., administrador único de la entidad mercantil Xolusant, S.L. contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número III de Madrid de 6 de septiembre 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 enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número III de Madrid.

Resolución de 16 de enero de 2012

En el expediente 212/10 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Manila Toledo, S.L.»

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Toledo 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 7% del capital social de «Manila Toledo, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

Notificada dicha solicitud a la sociedad, su administradora única, doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que no se cumplen los requisitos del artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil por cuanto que no ostenta la titularidad exigida del 5% del capital social de la sociedad, dado que las participaciones que ostentaba fueron donadas a sus hijas doña .....y doña ..... La escritura de donación fue autorizada por el Notario de Madrid don ....., el día 17 de febrero de 2009, bajo el número 996, de su protocolo. 2.º) Que la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas no fue acompañada de los documentos acreditativos de la legitimación del solicitante. 3.º) Que la Junta Notarial *(sic)* de la sociedad, celebrada el 9 de septiembre de 2009, ante el Notario de Toledo,

don ....., acordó el traslado del domicilio social de Toledo a Madrid. 4.º) Que la sociedad trasladó su domicilio social a Madrid en virtud de acuerdo de la Junta General de la que se levantó acta notarial el 9 de septiembre de 2009. A dicha Junta General asistió el solicitante, don ....., a quien se le reconoce la titularidad de 200 acciones, números 401 a 600.

III

La Registradora Mercantil de Toledo, con fecha 29 de abril de 2010, acordó estimar la oposición a la solicitud formulada, puesto que el solicitante trasmitió a sus hijas mediante una donación las participaciones que poseía en la sociedad. Respecto a la competencia del Registro Mercantil de Toledo, no admitió la alegación societaria que la cuestionaba, dado que la sociedad continúa inscrita y domiciliada en este Registro.

IV

Contra dicha resolución el solicitante de la auditoría de cuentas, don ....., interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando su petición de auditoría y alegando, en esencia, que la escritura de donación en la que se hizo constar la transmisión a sus hijas de las participaciones sociales que el solicitante de la auditoría ostenta en la empresa «Manila Toledo, S.L.» fue objeto de subsanación, mediante otra escritura que con este fin autorizó el Notario de Madrid don ....., el 21 de diciembre de 2009, bajo el número 7602 de su protocolo notarial. Dicha escritura rectifica la anterior, subsanando el mencionado error y, consecuentemente, sigue siendo titular del porcentaje de capital social alegado en la instancia y está legitimado para ejercitar el derecho a la verificación contable.

V

A la vista del anterior escrito de recurso de alzada, la Registradora Mercantil de Toledo, mediante diligencia para mejor proveer, requirió al solicitante de la auditoría de cuentas para que aportara al expediente las escrituras públicas a las que hizo referencia en su escrito de recurso.

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, 24 de mayo de 2005 y 14 de febrero y 19 de diciembre de 2006.

Se debate en el presente expediente si el solicitante de la auditoría reúne o no la legitimación requerida por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas –vigente cuando se inició el expediente con la presentación de la

instancia en el Registro Mercantil de Toledo –para solicitar y obtener de la Registradora Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas.

La cuestión de la legitimación del socio 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 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, las dudas suscitadas sobre la condición de socio del solicitante y sobre la titularidad que ostenta sobre un número de acciones equivalentes al 5% de capital social, han quedado despejadas en esta instancia, al haber aportado el recurrente y solicitante de la auditoría copia simple de la escritura pública de subsanación de otra de donación, autorizada por el Notario de Madrid, don ....., el 21 de diciembre de 2009, bajo el número 7.602 de su protocolo notarial, por la que se rectifica y subsana la anterior escritura de donación, en la que, por error, se hizo constar la donación a sus hijas de las acciones que el solicitante ostenta en la empresa «Manila Toledo, S.L.» Habiendo presentado su instancia dentro del plazo de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio económico que el precitado artículo 205.2 exige para ejercitar el derecho a la verificación contable, se ha de concluir que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo requeridos para obtener el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por el solicitante de la auditoría de cuentas, don ..... contra la decisión adoptada por la Registradora Mercantil de Toledo de 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, 16 de enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de Toledo.

Resolución de 18 de enero de 2012

En el expediente 249/2010 sobre recusación de auditor de cuentas a instancia de un accionista de «Gabinet d'Organització Administrativa, S.L.».

HECHOS

I

D ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Lleida el 23 de marzo de 2010 alegando la titularidad de más del 5% del capital social de «Gabinet d'Organització Administrativa, S.L.» y solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

Tras varios intentos de nombramiento de auditor que resultaron infructuosos por causa de incompatibilidad, la Registradora Mercantil accidental de Lleida, el 12 de julio de 2010, designó, finalmente, auditor de cuentas a la firma auditora «Jab Systems Auditors, S.L.» Dicho encargo de auditoría fue aceptado por el administrador único de la citada empresa auditora, don ....., el 15 de julio de 2010.

III

El 21 de julio de 2010 tuvo entrada en el Registro Mercantil de Lleida un escrito dirigido a la Registradora Mercantil de Lleida y firmado por don ....., en su calidad de administrador solidario de la entidad mercantil «Gabinet d' Organització Administrativa, S.L.» afectada por la solicitud de nombramiento de auditor, solicitando la recusación de éste, en base a las siguientes alegaciones: 1.º) Que el auditor designado envió un fax a la sociedad solicitando la provisión de fonos, solicitud que es improcedente, toda vez que no de ha firmado la carta de encargo de la auditoría. 2.º) Que el auditor manifiesta en su escrito que está establecido en Madrid y, de hecho, el fax proce de un número de aquella circunscripción, lo cual vulnera categóricamente lo establecido en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil, a pesar de que probablemente tenga designada una corresponsalía o una dirección en la ciudad de Lleida, para aparentar que cumple con el citado precepto. 3.º) Que, en todo caso, la persona que suscribe el fax, Sr. ....., no es la persona que realiza o realizará la auditoría de cuentas, por no estar auditor habilitado para actuar en esa circunscripción territorial.

IV

Trasladado dicho escrito de recusación al auditor de cuentas, éste presentó en el Registro Mercantil sus alegaciones, rebatiendo las causas aducidas por la sociedad en su solicitud de recusación.

V

El 5 de agosto de 2010, la Registradora Mercantil accidental de Lleida resolvió desestimar la recusación planteada por la sociedad por entender que ninguna de las causas de recusación alegadas por la sociedad están contempladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en concreto, la que considera excesivos los honorarios reclamados por la firma auditora. Respecto a la incompatibilidad alegada por la sociedad sobre la circunscripción territorial de la empresa auditora, señaló que el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil regula el sistema para designar auditores y establece que aquellos que tengan oficina o despacho abierto en las circunscripciones territoriales podrán figurar en las listas correspondientes a cada una de ellas. En la referida lista confeccionada por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, remitida a principios de año, consta la referida entidad auditora en la circunscripción territorial de Lleida. Del mismo modo, la entidad auditora designada por el Registro manifestó en su aceptación que no está incursa en causas de incompatibilidad. En cuanto a los demás extremos alegados por la sociedad, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento, impide dilucidar cuestiones.

VI

Mediante escrito presentado en el Registro Mercantil de Lleida el 3 de agosto de 2010, la empresa auditora designada por la Registradora Mercantil, solicitó una prórroga para la realización del informe de auditoría de cuentas, debido a la complejidad de los trabajos a realizar. Dicha prórroga fue concedida por la Registradora Mercantil el 18 de agosto del mismo año.

VII

Contra la resolución que denegó la solicitud de recusación, la sociedad, a través de su administrador solidario, don ....., interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, básicamente, las mismas causas de recusación aducidas en su solicitud de recusación y que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia, sin necesidad de reiteración.

VIII

Finalmente, el 29 de julio de 2011, la Registradora Mercantil de Lleida, remitió un oficio a esta Dirección General, con entrada en el Registro General del Departamento el 4 de agosto de 2011, al que adjuntó un escrito del solicitante de la auditoría, don ....., con firma legitimada notarialmente, en el que renunciaba a su solicitud de auditoría de las 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 Común, artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 205.2 de la Ley de Socie-

dades 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 7 de 1993, 21 de 1 de 1999 y, como más reciente, la de 16 de agosto de 2010.

1.º En el expediente que nos ocupa, no puede aceptarse la renuncia formulada por el solicitante de la auditoría, una vez designado auditor de cuentas. 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 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil, 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 trascurridos los plazos previstos para su impugnación sin haber interpuesto el recurso pertinente.

En el caso presente, la resolución de la Registradora Mercantil accidental de ..... designando auditor de cuentas devino firme, transcurrido el plazo de quince días para su impugnación sin haberse interpuesto recurso de alzada ante este Centro Directivo, siendo así que, como pone de manifiesto la doctrina de esta Dirección General, el procedimiento sobre nombramiento de auditor finaliza con la declaración sobre la procedencia del nombramiento y no con la entrega del informe de auditoría.

2.º Tampoco pueden prosperar las alegaciones de la sociedad recurrente, invocadas como causa de recusación de auditor. En primer lugar, porque la Registradora Mercantil actuó conforme a derecho, por el procedimiento ordinario y reglado del artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil. Los defectos que pudieran existir en las listas remitidas anualmente por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas habrán de ser denunciadas antes este organismo que, además, es el competente para pronunciarse sobre las cuestiones relativas al ejercicio de la actividad auditora, conforme a lo previsto en la Ley de Auditoría de Cuentas, en su Reglamento de ejecución y en las Normas Técnicas de Auditoría.

3.º En segundo lugar, no supone causa de recusación la solicitud, por parte del auditor de cuentas, de una provisión de fondos, no solo porque esta circunstancia no está contemplada entre las causas reguladas del artículo 343 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable a este procedimiento por disponerlo así el artículo 341 del Reglamento del Registro Mercantil, sino porque, además, la exigencia de tal provisión se ajusta a lo dispuesto en las Normas Técnicas de Auditoría.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto:

1.º Desestimar, el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador solidario de la entidad mercantil Gabinet d' Organització Administrativa

contra la resolución de la Registradora Mercantil de Lleida de 5 de agosto de 2010.

2.º Inadmitir la renuncia a la solicitud presentada por don ....., solicitante de nombramiento registral de auditor de cuentas del ejercicio 2009 para la sociedad Gabinet d' Organització Administrativa.

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 enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de Lleida.

Resolución de 19 de enero de 2012 (1.ª)

En el expediente 161/10 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 A Coruña 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 A Coruña 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 2009, tras recibir devuelta la anterior notificación con la indicación «AUSENTE DE REPARTO», la Registradora Mercantil de A Coruña 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.

V

Por resolución de 9 de junio de 2011, esta Dirección General de los Registros y del Notariado acordó retrotraer el procedimiento al momento previo al acuerdo de la Registradora Mercantil de A Coruña, declarando motivadamente la procedencia o improcedencia del nombramiento de auditor de cuentas solicitado por la minoría.

VI

En cumplimiento de dicha Resolución, la Registradora Mercantil de A Coruña, tras notificarla a la sociedad y a los solicitantes, dictó un nuevo acuerdo el 27 de junio de 2011, declarando la procedencia del nombramiento solicitado por entender acreditada la legitimación de los solicitantes, según resultaba del contenido del Registro y comunicando a la sociedad la posibilidad de recurrir en alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado.

VII

Contra dicha resolución, la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, negando la legitimación de don ..... por haber sido excluido de la sociedad, tras el acuerdo de la Junta General de 25 de febrero de 2005. Dicho acuerdo fue impugnado judicialmente por don ....., siendo finalmente desestimado su recurso de apelación por la Audiencia Nacional de A Coruña, según sentencia de 5 de junio de 2006, cuya copia adjuntaba. Añadía que el verdadero motivo de la solicitud era el ánimo 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 2002, la de 19 de octubre de 2007, 13 de mayo de 2008 y 21 de julio de 2010.

1.º No pueden prosperar en la presente resolución ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad. En primer lugar, en cuanto a la legitimación, del peticionario de la auditoría, este Centro Directivo ha mantenido en numerosas resoluciones que basta con 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–. 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 Registradora Mercantil de A Coruña ha confirmado en el acuerdo recurrido que su legitimación resulta de los datos que constan en el Registro (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, dado que el acuerdo de exclusión adoptado por la Junta general de la compañía el 25 de febrero de 2006 no basta por sí solo para entender que el peticionario ha perdido tal condición. En efecto, conforme a lo dispuesto en los artículos 95 y siguientes de la antigua Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, vigente en el momento de presentación de la solicitud de auditoría, el acuerdo de la Junta general solo inicia un procedimiento que continúa con el establecimiento de un valor razonable de las participaciones sociales del socio excluido –bien por alcanzar un acuerdo entre el socio y la sociedad, bien por determinarlo un auditor nombrado a tal fin por el Registrador Mercantil y que concluye con el reembolso de las participaciones sociales o la consignación de su importe por el/los administradores. No habiéndose acreditado estos extremos, tampoco puede entenderse probada la pérdida de la condición de socio del peticionario de la auditoría.

A mayor abundamiento, cabe señalar que la copia de la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Nacional de A Coruña de 5 de junio de 2006 solo acredita la validez del acuerdo social de exclusión, por no haber prosperado la acción de impugnación de acuerdos sociales, iniciada por el solicitante de la auditoría, don ....., pero, en ningún caso, puede deducirse de la copia de la sentencia adjunta al escrito de interposición del recurso que, efectivamente, se haya culminado el proceso de exclusión, con la consiguiente consignación del valor de sus participaciones sociales.

2.º Tampoco puede prosperar las alegaciones que cuestionan la buena fe de los solicitantes pues, como este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente, 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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de Rolopel contra el acuerdo dictado por la Registradora Mercantil de A Coruña de 27 de junio 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 enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de A Coruña.

Resolución de 19 de enero de 2012 (2.ª)

En el expediente 217/10 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Stampa Digital Print & Technical Project, S.L.»

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Sevilla 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 «Stampa Digital Print & Technical Project, 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 que la sociedad se encuentra en situación de concurso desde el Auto de 13 de octubre 2009, dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla y tiene administrador concursal nombrado por el Juez, por lo no tiene obligación de verificar ni formular cuentas anuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.de la Ley Concursal. La finalidad de dicho precepto legal es la de evitar que a sociedad incurra en gastos innecesarios, teniendo en cuentas su situación y que las primeras cuentas anuales son las correspondientes al ejercicio 2009.

III

El Registrador Mercantil número III de Sevilla, con fecha 10 de marzo 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, 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 situación de concurso no exime a ésta del nombramiento registral de auditor a instancia de la minoría, dado que el concurso tiene carácter voluntario, conservando el deudor las mismas facultades de administración de su patrimonio, quedando sometido su ejercicio a la intervención del administrador concursal. Por tanto, no es aplicable al caso presente la excepción del artículo 46.1 de la Ley Concursal, sino lo establecido en su apartado 2, conforme al cual la formulación de cuentas anuales durante el concurso corresponde al deudor bajo la supervisión del administrador concursal. Del mismo modo, la administración concursal y el auditor son figuras no identificables ni por las condiciones del nombramiento ni por sus funciones, ya que la finalidad de la auditoría es la verificación de las cuentas anuales entregadas, con balance, cuenta de pérdidas y ganancias e informe de gestión, realizado por un profesional cualificado que ha de cumplir con unas normas, legales, reglamentarias y técnicas.

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 e insistiendo que el artículo 46.1 de la Ley exime de realizar la auditoría de cuentas anuales que se preparen mientras esté en funciones la administración concursal.

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 la de 1 de junio de 2011 (BOE 1-07-2011).

Procede confirmar el fundamento de derecho único de la resolución recurrida. En efecto, como indicó el Registrador Mercantil de Sevilla, el ámbito material de aplicación del artículo 46.1 de la Ley Concursal se refiere a las sociedades que no pueden presentar en el Registro Mercantil sus cuentas en forma abreviada y que, por tanto, están obligadas a presentar, junto con estas, el informe de auditoría. Así se desprende del tenor literal del precitado artículo que inicia la regulación manteniendo que «declarado el concurso, subsistirá la obligación de formular y la de auditar las cuentas anuales». Dicha obligación de auditar solo concierne *a priori* a las sociedades indicadas.

Por tanto, debe rechazarse en el presente expediente la alegación que la sociedad formula en su escrito de recurso y ello porque, aunque haya acreditado el nombramiento judicial de un administrador concursal y la aceptación de éste, es doctrina de este Centro Directivo –que nuevamente se reitera– que es posible ejercitar el derecho que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital durante el periodo concursal, puesto que la declaración del concurso no supone la extinción de su personalidad jurídica, la cual subsiste en tanto no se declare por resolución judicial la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor y la extinción de la persona jurídica, con el consiguiente cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda *(cfr.* art. 178.3 de la ley Concursal).

Por último y, aun cuando no afecte a la resolución del presente expediente, debe tenerse en cuenta que la excepción de auditoría prevista para las primeras cuentas anuales formuladas tras la declaración judicial de concurso, ha sido suprimida en la nueva redacción del artículo 46, efectuada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de «Stampa Digital Print & Technical Project, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número III de Sevilla 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, 19 de enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número III de Sevilla.

Resolución de 19 de enero de 2012 (3.ª)

En el expediente 263/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de la entidad mercantil «Grupo Innovación Menesteo, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., en su calidad de administrador único de la entidad mercantil «Campus El Sabio» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Cádiz el 19 de febrero de 2010 solicitando, en nombre de la sociedad a la que representa, como titular del 50% del capital social de «Grupo Innovación Menesteo, S.L.» el nombramiento de un auditor de la citada entidad para que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

II

La sociedad, a través de su administradora única doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando que la cuestión objeto de la pretensión ha sido planteada ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz, y se encuentra pendiente de resolución. Adjuntaba a su escrito copia de la providencia de admisión de la solicitud de convocatoria de Junta general, planteada por la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, Campus El Sabio, S.L.; copia del recurso de reposición contra dicha providencia, interpuesto por la representación procesal de doña ....., administradora única de la entidad mercantil Grupo Innovación Menesteo; y copia de la providencia de admisión del anterior escrito.

III

A la vista de dicho escrito, la Registradora Mercantil de Cádiz, requirió al solicitante de la auditoría, para que alegara lo que estimara oportuno en defensa de sus intereses. Lo que así hizo, mediante escrito de 24 de junio de 2010, en el que se ratificaba en su petición, por ostentar las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas. Alegó que el Hecho I

del escrito de oposición social, en el que se alega que el solicitante es titular del 0,83 de las participaciones de la entidad mercantil Grupo Innovación Menesteo constituye una evidente falsedad, tal como se deduce de la escritura de subsanación de errores materiales cometidos por el Notario autorizante. Adjuntaba a su escrito copia del Acta de 15 de marzo de 2010, autorizada por el Notario de Jerez de la Frontera, don ....., bajo el número 324 de su protocolo notarial, por la que se subsana y corrige la escritura pública de constitución de la sociedad, autorizada por el Notario don ....., el 15 de marzo de 2006, bajo el número 736 de su Protocolo.

IV

Por resolución de 30 de junio de 2010, la Registradora Mercantil de Cádiz accedió al nombramiento de auditor solicitado, por entender que la legitimación del solicitante no había sido desvirtuada por la sociedad, dado que de la providencia del Juez y de las demás copias de documentos judiciales aportados al escrito de oposición, no resulta que se esté discutiendo en vía judicial ni la condición de socio del solicitante ni el porcentaje de participación que ostenta en la sociedad.

V

Notificada dicha resolución a las partes, la indicada representación social interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando la alegación única de su escrito de oposición, la cual se da por reproducida en la presente instancia, sin necesidad de repetición.

VI

Por escrito complementario al de interposición del recurso de alzada, presentado en el Registro Mercantil el 25 de octubre de 2010, la representación social del «Grupo Innovación Menesteo, S.L.», reiteró su petición de denegación de la auditoría por falta de legitimación del solicitante y adjuntó a dicho escrito fotocopia del Auto dictado por la Juez titular del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz, por el que se denegaba la solicitud de convocatoria de Junta General por no reunir el solicitante el 5%, exigido para solicitar la convocatoria judicial.

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.

La única cuestión que plantea el expediente en estudio se centra en determinar si ha quedado o no acreditada la legitimación del recurrente para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas.

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 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: el Acta de subsanación de escritura, otorgada por don ....., bajo el número 324 de su protocolo notarial, el 15 de marzo de 2010, de la que resulta que el Notario rectifica la escritura fundacional de la entidad mercantil Grupo Innovación Menesteo otorgada don ....., bajo el número 736 de su protocolo, en la que, debido a un error material, se consignó que el capital de la sociedad estaba conformado por participaciones sociales numeradas de 1 a 6000, siendo así que la expresión correcta habría sido de 1 a 100. Por tanto, con la aportación de esta Acta notarial de subsanación el solicitante ha aportado el principio de prueba requerido por este Centro Directivo, dejando constancia de que su participación en el capital social es del 50%.

La sociedad, por su parte, no ha logrado desvirtuar dicha legitimación, pues de la fotocopia del Auto dictado por la titular del Juzgado de lo Mercantil de ....., dictado el 20 de julio de 2010, no resulta que dicha decisión judicial haya adquirido firmeza. En efecto, de las tres hojas que contiene el fax de remisión de dicha resolución judicial, solo se aportaron al expediente la dos primeras, luego queda por conocer si contra dicho Auto puede la parte que se sienta perjudicada interponer recurso de apelación, a la luz de lo dispuesto en el artículo 2109 y siguientes y artículo 2162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, reguladora de los actos de jurisdicción voluntaria y, por tanto, no ha quedado desvirtuada en el presenta expediente la legitimación del solicitante.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ....., administradora única de «Grupo Innovación Menesteo, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de ..... el 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 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, 19 de enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Cádiz.

Resolución de 23 de enero de 2012 (1.ª)

En el expediente 67/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Promociones Fedo, S.A.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Lleida el 14 de marzo de 2011 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 Fedo, S. A», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la sociedad ha designado auditor de cuentas para los ejercicios 2010, 2011 y 2012 a la entidad auditora »Obiols y Bellart, S.L.P». según contrato adjunto al presente escrito. Dicho nombramiento será ratificado por la Junta General de socios que será convocada para la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2010.

III

La Registradora Mercantil de Lleida, con fecha 31 de marzo de 2011, tras señalar que la solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que, aunque la existencia de una auditoría voluntaria puede enervar el derecho del socio minoritario, se requiere, según doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado que el nombramiento voluntario satisfaga 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, se ha procedido a la designación de auditor de cuentas con anterioridad a la petición del socio minoritario, pero no se ha garantizado el derecho del socio en ninguna de las formas señaladas.

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 innecesario y económicamente perjudicial para los intereses de la sociedad el nombramiento de u nuevo auditor de cuentas, dado que la finalidad del precepto que reconoce al socio minoritario este derecho es la de proporcionarles una información veraz sobre las cuentas de la sociedad. 2.º) Que ya está en marcha el informe de auditoría que se le entregará a la sociedad a partir del 30 de abril de 2011. 3.º) Que se entienden cumplidos los requisitos exigidos por la Dirección General de los Registros y del Notariado para que la auditoría voluntaria enerve el derecho del socio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital 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, 30 de noviembre de 2005, 15 de junio de 2007 y 27 de junio de 2011.

1.º Se plantea nuevamente en este expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria contratada por la sociedad puede enervar el derecho del socio minoritario que reúne las condiciones de capital y tiempo. Sobre esta cuestión, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 265.2 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.

No entenderlo así significaría convertir en regla general lo que solo es una excepción al sistema de nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado la segunda de las dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, dado que no basta la mera alegación de que el informe de auditoría será entregado a la socia minoritaria, sino que, además es preciso acreditar en el momento de la resolución del recurso de alzada, que dicho informe ha sido remitido a la solicitante o se ha aportado al expediente o bien se ha inscrito en el Registro Mercantil, siendo así que la sociedad no ha optado por ninguno de estos medios para garantizar el derecho de la peticionaria de la auditoría de cuentas y, por tanto, ha de ser reconocido su derecho al nombramiento de auditor de cuentas por la Registradora Mercantil.

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 265.2 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 «Promociones Fedo, S.A.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Lleida el 31 de marzo 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, 23 de enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Lleida.

Resolución de 23 de enero de 2012 (2.ª)

En el expediente 4/2011 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales, a instancia de la administración social de «Unión de Empresas de Recuperación, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... y don ....., en su condición de Consejeros Delegados de «Unión de Empresas de Recuperación, S.L.», presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 16 de diciembre de 2010 solicitando, al amparo del artículo 353 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales de la empresa «Vilarvita Sans, S.L.» hasta ahora socia de la entidad mercantil de referencia. Alegaron que la Junta general en su reunión de 23 de septiembre de 2010 había acordado por mayoría la exclusión de dicha entidad mercantil como socio y adjuntaron a su solicitud copia del Acta notarial de la Junta en la que se adoptó el acuerdo de exclusión.

II

El Registrador Mercantil de Madrid, con fecha de 20 de diciembre de 2010, acordó desestimar la petición formulada por la sociedad, dado que el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de febrero de 1993, 20 de enero de 1998, 2 de marzo de 2002, 1 de diciembre de 2003, 20 de febrero de 2004, 4 de marzo de 2006 y 18 de enero de 2010, exigen la concurrencia de causa legal para que proceda el nombramiento de auditor para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales, siendo obligación del Registrador Mercantil pronunciarse en torno a la procedencia del nombramiento solicitado. El artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital en el que los solicitantes se amparan contempla el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil a falta de acuerdo de las partes sobre el valor razonable de dichas participaciones sobre las personas que hayan de valorarlas o sobre el procedimiento a seguir en la valoración, pero nada se alega, en el procedimiento de exclusión del socio, de las causas legales contempladas en el artículo 350 de la Ley de Sociedades de Capital. Tampoco en los Estatutos Sociales se contempla la causa alegada por la sociedad. Carece de efectos registrales que dicha causa figure en el copia de escritura de elevación a público de un acuerdo parasocial de la entidad mercantil «Unión de Empresas de Recuperación, S.L.» que, además, determina que la valoración de las participaciones sociales se realizará por una sociedad auditora de reconocido prestigio.

III

Contra dicha resolución y por la indicada representación social se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis; 1.º) Que la causa de la petición es el acuerdo de expulsión de un socio, adoptado por la Junta General

de 23 de septiembre de 2010, cuya acta notarial y cuya copia se adjuntó a la solicitud. 2.º) Que lo que hace el Registrador Mercantil es entrar a analizar la causa de expulsión del socio, lo que está fuera de su ámbito de su calificación. 3.º) Que la verdadera causa de expulsión de la sociedad, no es solo el incumplimiento de acuerdos para sociales, sino también en la infracción de la prohibición de competencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital. 4.º) Que, por lo que se refiere a los argumentos que se esgrimen, el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil se refiere exclusivamente a un procedimiento para el nombramiento solicitado que se remite al artículo 351 del mismo cuerpo reglamentario. Por lo que se refiere al pronunciamiento de fondo y, aún existiendo la posibilidad de pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia del nombramiento solicitado, ello nunca puede estar relacionado con un pronunciamiento sobre la causa de expulsión, sino única y exclusivamente sobre si se da el presupuesto de hecho que, en este caso, sea la expulsión de un socio, siendo al socio expulsado al que le corresponde acudir a la vía judicial para impugnar el acuerdo de expulsión.

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.

La única cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar sí 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, procede confirmar la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid, dado que no se ha acreditado en el expediente la concurrencia de ninguna de las causas legales de exclusión del socio *(cfr.* art. 350 de la Ley de Sociedades de Capital) que justifique acudir al procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales del socio excluido, que es el supuesto previsto en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ..... y don ....., en su condición de Consejeros Delegados de «Unión de Empresas de Recuperación, S.L.», y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Madrid de 20 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, 23 de enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 25 de enero de 2012 (1.ª)

En el expediente 11/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Reca Agrindus, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 14 de enero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Reca Agrindus, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administradora solidaria, doña ....., 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 a la sociedad «Contesa Consultores de Técnicas Empresariales, S.L.». Dicho nombramiento fue debidamente inscrito en el Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, con fecha 27 de enero de 2011, acordó desestimar 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 concurren 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, con anterioridad a la entrada de la solicitud en el Registro, se procedió al nombramiento de auditor de cuentas por la sociedad, contando en la inscripción 9.ª de su hoja registral, practicada el 11 de diciembre de 2009, en virtud de la documentación presentada el día 5 anterior, lo que garantiza al socio minoritario el informe de auditoría de las cuentas de 2010.

IV

Contra dicha resolución el socio minoritario y solicitante de la auditoría de cuentas, don ....., interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia, que la firma auditora, a día de hoy, todavía no ha emitido informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2008 de la sociedad «Hidoro Consulting, S.L.», de la que también es socio. Dicha firma auditora tampoco le ha facilitado los informes correspondientes a los ejercicios 2009 y 2010 de esta sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 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 inde-

pendiente, 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 presentó para su inscripción en el Registro Mercantil el nombramiento voluntario de auditor el 5 de diciembre de 2009 y fue finalmente inscrito el 11 de diciembre de 2009, causando la inscripción 9.ª en la hoja registral de la sociedad. Consecuentemente, la sociedad ha enervado el derecho del socio minoritario, al haber acreditado, en primer lugar que dicho nombramiento se efectuó con anterioridad a la presentación de su instancia en el Registro Mercantil que tuvo lugar el 14 de enero de 2011 y, en segundo lugar, mediante la inscripción del nombramiento ha garantizado su derecho al informe de auditoría.

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 «Reca Agrindus, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Madrid el 27 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, 25 de enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 25 de enero de 2012 (2.ª)

En el expediente 13/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Diana Prevención y Salud Laboral, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Badajoz el 12 de enero de 2012 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y como titular de más del 5% del capital social de «Diana Prevención y Salud Laboral, S.L.», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2010.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando que la sociedad ha convocado Junta general de socios para aprobar la declaración judicial de concurso voluntario, por lo que, conforme a lo previsto en el artículo 46 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se encuentra exenta de realizar la auditoría de las primeras cuentas que se preparen mientras esté en funciones la administración concursal.

III

El Registrador Mercantil de Badajoz, con fecha 24 de enero de 2011, resolvió no acceder a la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que, del historial registral no resulta que la sociedad afectada se encuentre inmersa en un procedimiento concursal. Por lo que se refiere al artículo 46 de la Ley Concursal, la sociedad se encuentra fuera de su ámbito de aplicación, dado que esta excepción solo sería aplicable a las sociedades obligadas por ley a presentar sus cuentas anuales junto con el informe de auditoría. Por tanto el socio minoritario mantiene su derecho al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil.

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 aducidas en el escrito de oposición y añadiendo que la Junta General aprobó el pasado 9 de febrero la declaración judicial de concurso por el 75% de capital social. Solicitaban a la Dirección General de los Registros y del Notariado que antes de resolver consultara el historial registral de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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.

Procede confirmar el fundamento de derecho único de la resolución recurrida. En efecto, como indicó el Registrador Mercantil de Badajoz, el ámbito material de aplicación del artículo 46.1 de la Ley Concursal se refiere a las sociedades que no pueden presentar en el Registro Mercantil sus cuentas en forma abreviada y que, por tanto, están obligadas a presentar, junto con estas, el informe de auditoría. Así se desprende del tenor literal del precitado artículo que inicia la regulación manteniendo que «declarado el concurso, subsistirá la obligación de formular y la de auditar las cuentas anuales». Dicha obligación de auditar solo concierne *a priori* a las sociedades indicadas.

Por tanto, debe rechazarse en el presente expediente la alegación que la sociedad formula en su escrito de recurso y ello porque, aunque llegara a prosperar la solicitud de concurso voluntario que la sociedad prevé presentar ante el Juzgado de lo Mercantil de Badajoz, es doctrina de este Centro Directivo –que nuevamente se reitera– que es posible ejercitar el derecho que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital durante el periodo concursal, puesto que la declaración del concurso no supone la extinción de su personalidad jurídica, la cual subsiste en tanto no se declare por resolución judicial la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor y la extinción de la persona jurídica, con el consiguiente cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda *(cfr.* art. 178.3 de la Ley Concursal).

Y, por último, aun cuando no afecte a la resolución del presente expediente, debe tenerse en cuenta que la excepción de auditoría prevista para las primeras cuentas anuales formuladas tras la declaración judicial de concurso, ha sido suprimida en la nueva redacción del artículo 46, efectuada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único, de «Diana Prevención y Salud Laboral, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Badajoz el 24 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, 25 de enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Badajoz.

Resolución de 26 de enero de 2012 (1.ª)

En el expediente 9/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Nico Aurum, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Valencia el 14 de enero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital 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 «Nico Aurum, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante ha sido apoderado de la sociedad hasta el 4 de mayo de 2010, fecha en la que los poderes fueron revocados, tal como consta inscrito en el Registro Mercantil. 2.º) Que la solicitante no procedió a la solicitud de auditoría de cuentas en la Junta general de socios. 3.º) Que la sociedad no puede permitirse costear los servicios de un auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil número I de Valencia, con fecha 25 de enero de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que el derecho de auditoría no es una medida excepcional, sino un derecho reconocido a los socios de sociedades mercantiles cuando reúnen los requisitos de capital y tiempo. La concurrencia en el solicitante de la condición de apoderado no impide que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio. Esto solo sucedería si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales (administrador único o administrador solidario) pues en este caso habría podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor de cuentas. Además, con fecha de 4 de

mayo de 2010, lo poderes de la solicitante fueron revocados. La alegación de que el socio no ha realizado ninguna petición de auditoría en la Junta General, tampoco puede prosperar, ya 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. Así mismo, el derecho a la información contable que también asiste al socio es un derecho que, aunque complementario del de auditoría, resulta diferente por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a su ejercicio. En cuanto a los gastos de auditoría, éstos, por expresa disposición del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, corren por 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 aducidas en su escrito de oposición e insistiendo en la falta de medios económicos para afrontar los gastos del auditor de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 2007 y 22 de octubre de 2010.

1.º No pueden prosperar, frente a los fundamentos 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 por 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, sobre el acceso a la información contable al que, según lo alegado por la sociedad, tiene la socia minoritaria, 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 *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital)

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 ....., administrador único de «Nico Aurum, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Valencia..... el 14 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, 26 de enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Valencia.....

Resolución de 26 de enero de 2012 (2.ª)

En el expediente 5/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cía. del Arte y Decoración Tarifeña, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Cádiz 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 33,33% del capital social de «Cía. del Arte y Decoración Tarifeña, 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

Notificada la sociedad el 9 de abril de 2010, su administrador único don ....., se opuso a dicha pretensión alegando que la firma de la solicitante no está legitimada notarialmente.

III

De dicho escrito, la Registradora Mercantil de Cádiz dio traslado a la solicitante que –después de haber sido devuelta la primera notificación– contestó mediante escrito de alegaciones de 11 de octubre de 2010.

IV

Por Resolución de 18 de octubre de 2010 la Registradora Mercantil acordó estimar la solicitud, al entender que el Reglamento del Registro Mercantil no ha querido se riguroso en cuanto a las exigencias formales y en consecuencia, basta para acreditar su legitimación con que en la solicitud conste su nombre y apellidos en unión de su firma, sin que sea necesario que acredite fehacientemente su autenticidad.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que se ha vulnerado el procedimiento previsto en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, toda vez que se admitió un escrito de alegaciones de 11 de octubre de 2010 y no se resolvió en el plazo de cinco días previsto en el número 3 del mencionado artículo. 2.º) Que, asimismo, el citado precepto exige que el solicitante acredite su legitimación, lo que no ha ocurrido en el caso presente, dado que la solicitante es una persona ajena a la compañía. Tampoco se presentaron documentos que acrediten que la peticionaria reúne al menos el 5% del capital social. 3.º) Que en ningún momento la Registradora Mercantil de Cádiz adveró la firma de la solicitante y no tiene fundamento que baste con la sola firma de la instancia y la indicación del nombre y de los apellidos.

VI

Con fecha 10 de junio de 2011, la Registradora Mercantil de Cádiz, envió un oficio a este Centro Directivo, al que adjuntaba el escrito presentado en la Oficina de Correos de Cádiz el 6 de junio de 2011 y dirigido a ese Registro Mercantil, en el que doña ..... desistía de su solicitud de auditoría de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 87.1, 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 «Cía. del Arte y Decoración Tarifeña, 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 enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Cádiz.

Resolución de 27 de enero de 2012 (1.ª)

En el expediente 8/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cinter Divulgación Técnica, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 3 de enero de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Cinter Divulgación Técnica, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador, don ....., se opuso a dicha pretensión, alegando, en síntesis: que el órgano de administración social acordó someter las cuentas de

los ejercicios 2010, 2011 y 2012 a la verificación de un auditor de cuentas. Dicho nombramiento recayó en la entidad mercantil «Gesem Auditores, S.L.P.».

III

El Registrador Mercantil número VIII de Madrid acordó el 12 de enero de 2011, requerir a la sociedad para que aportara al expediente la documentación acreditativa del nombramiento voluntario alegado. Lo que así hizo la sociedad mediante escrito de 17 de enero de 2011, al que adjuntó acta notarial de remisión de carta autorizada el día 31 de diciembre de 2010 pr el Notario de Madrid, don ..... y copia de la aceptación de la sociedad auditora. Dichos documentos fueron presentados a inscripción el 11 de enero de 2011.

IV

El Registrador Mercantil de Madrid, con fecha 19 de enero de 2011, 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 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 se ha acreditado que el nombramiento de auditor de cuentas fue anterior a la solicitud del socio, presentada en el Registro mercantil el 3 de enero de 2011, no se ha acreditado que la aceptación por parte del auditor fuera previa, dado que consta que la carta fue firmada el 10 de enero de 2011 y legitimada su firma el mismo día. Por tanto, en aplicación del artículo 1261 del Código Civil, 214 de la Ley de Sociedades de Capital, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, procede desestimar la oposición 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. Añadió que la aceptación del auditor designado por la sociedad se produjo el mismo día 31 de diciembre de 2010 y adjuntó declaración jurada del representante de la empresa auditora.

VI

El 9 de junio de 2011 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil número VIII de Madrid, al que adjuntó un escrito firmado por el solicitante de la auditoría de cuentas, don .....

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 87.1, 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 don ..... para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2010 de «Cinter Divulgación Técnica, 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, 27 de enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 27 de enero de 2012 (2.ª)

En el expediente 15/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Posada y Molina de Montajes, S.A.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Pontevedra el 3 de enero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 38% del capital social de «Posada y Molina de Montajes, S.A.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º Que la sociedad no está obligada a la verificación contable, al poder presentar sus cuentas en forma abreviada. No obstante, mediante anuncio publicado en el «BORME» el 22 de diciembre de 2010, se convocó a la Junta General para que procediera al nombramiento de auditor de cuentas. 2.º Que la competencia para nombrar auditor de cuentas reside en la Junta General de socios y solo si está no lo hace, podrán instarlo al Registrador Mercantil los socios que superen el 5% del capital social. 3.º Que el solicitante de la auditoría que, como administrador de la sociedad pudo instar un nombramiento anterior, convocando la Junta General pertinente, no lo hizo, lo que demuestra mala fe y un claro abuso de derecho.

III

La Registradora Mercantil de Pontevedra, el 19 de enero de 2011, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Respecto de las alegaciones de la sociedad, mantuvo que las intenciones que hayan llevado al socio a solicitar la auditoría de cuentas no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido. Quien se sienta perjudicado por su actuación siempre tendrá expedita la vía jurisdiccional para obtener la reparación de los perjuicios ocasionados. Respecto del socio, señaló reúne las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidos para solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, pero según resulta del historial jurídico de la sociedad, el órgano de administración social tiene carácter solidario con cargos vigentes. Finalizó su acuerdo señalando que la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador solidario, le impide el ejercicio del derecho, puesto que cualquiera de los tres administradores solidarios habría podido contratar los servicios de un auditor de cuentas para el ejercicio 2010.

IV

Contra dicha resolución el solicitante de la auditoría, don ....., interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, básicamente: 1.º) Que el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil establece bien claro que los socios que representen el 5% de capital social, están facultados para pedir el nombramiento de auditor de cuentas. 2.º) Que tal y como se señala en los artículos 160 *b)* y 264 solo es competente para el nombramiento de auditor de cuentas la Junta General de socios, n los administradores, aunque sean solidarios. 3.º) Que él, por su parte, se encuentra excluido de hecho de la administración de la sociedad, no tiene acceso al domicilio social ni a la documentación de la empresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Direc-

ción 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 16 de mayo de 2011.

El presente recurso plantea como única cuestión la de si el 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 administrador solidario de la sociedad.

Con carácter previo, se ha de señalar que, en contra de lo que entiende el recurrente, en materia de nombramiento de auditores de cuentas, existen diferencias sustanciales en la competencia para nombrar auditor en las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y aquellas otras sociedades que pueden presentar sus cuentas en el Registro Mercantil en forma abreviada y que, por tanto, están exentas de ésta obligación. Respecto a la competencia para el nombramiento, en el primer tipo de sociedades, dicha competencia reside, efectivamente, en la Junta general de socios en los términos establecidos en el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital, sin embargo en aquellas otras exentas de la obligación de auditar sus cuentas anuales, el órgano de administración social es también competente para contratar los servicios de un auditor de cuentas, por ser éste un acto más de gestión y buena administración.

Sobre la posibilidad de que el socio administrador de solicite del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, este 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 si 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 el solicitante de la auditoría, ha ejercido la administración solidaria de la compañía junto con otros dos administradores durante todo el ejercicio cuya auditoría solicita, lo que le brindó la oportunidad de contratar un auditor de cuentas, dadas las irregularidades que observó en la forma de llevar la administración social y dado que no tenía acceso a la documentación contable de la sociedad, actuación que no habría podido realizar si la administración fuera mancomunada, puesto que, en este caso, los administradores habrían tenido que actuar conjuntamente *(cfr.* art. 1692 del Código Civil).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ..., solicitante de la auditoría de cuentas para

«Posada y Molina de Montajes, S.A.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Pontevedra el 19 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, 27 de enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 30 de enero de 2012 (1.ª)

En el expediente 6/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Abansis Packaging, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Vizcaya el 13 de enero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más 5% del capital social de «Abansis Packaging, S.L.» el nombramiento de un auditor con el fin de conocer si las cuentas anuales del ejercicio 2010 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 no está obligada a la verificación de sus cuentas anuales por auditor. 2.º) Que dicho nombramiento es absolutamente innecesario y económicamente injustificado debido a que existe un contrato de prestación de servicios con la sociedad «Arrigunaga Asesores, S.L».

III

El Registrador Mercantil de Vizcaya, con fecha 26 de enero de 2011, 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 la procedencia del nombramiento de auditor de cuentas solicitado por la minoría.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, básicamente: 1.º) Que la sociedad ofrece para el ejercicio 2010 informes realizados por un profesional administrativamente habilitado para ello y, por tanto, la auditoría solicitada por el socio es totalmente injustificada e innecesaria. 2.º) Que el despacho «Arrigunaga Asesores, S.L.» se encarga de elaborar dichos informes que son entregados a la sociedad para la aprobación de las cuentas en la Junta general, habiendo entendido todos los socios que la labor realizada se ajusta a lo contratado. 3.º) Que la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas está condicionada a la nueva situación que presenta, desde el 10 de enero del presente, el socio solicitante del nombramiento, tal y como se puede comprobar en el Registro Mercantil de Bizkaia y no a un problema contable y fiscal.

V

El 21 de febrero de 2011 el Registrador Mercantil de Vizcaya procedió a la designación de auditor de cuentas, la cual recayó en la empresa «GZ Consultores y Auditores, S.L.».

VI

Por escrito de 23 de febrero de 2011 don ....., en representación de la sociedad, presentó un escrito en el alegaba que el hecho de no haber presentado el recurso en el Registro Mercantil no debe ser óbice para su estimación, ya que el recurso se presentó en plazo. En prueba de lo alegado, aportaba una copia del escrito de interposición del recurso, presentado el 7 de febrero de 2011. Solicitaba la estimación de dicho recurso y, subsidiariamente, la anulación del nombramiento de auditor de cuentas.

VII

Con fecha 3 de marzo de 2011, el solicitante de la auditoría de cuentas presentó en el Registro Mercantil de Vizcaya un escrito renunciando a la auditoría de cuentas del ejercicio 2010 el cual fue remitido por el Registrador Mercantil el 24 de marzo de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 87.1, 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Aun cuando el Registrador Mercantil de Vizcaya procedió a designar auditor de cuentas del ejercicio 2010, a pesar de que la sociedad interpuso recurso de alzada impugnando su decisión de 26 de enero de 2011 y, por tanto, antes de haber concluido el procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, por estar pendiente de la resolución de este Centro Directivo, procede aceptar la renuncia del solicitante a la auditoría de cuentas, dando así efectividad a su derecho de desistir o renunciar a su solicitud antes de haber finalizado el procedimiento.

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 2010 de «Abansis Packaging, 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 enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Vizcaya.

Resolución de 30 de enero de 2012 (2.ª)

En el expediente 7/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Integra Soluciones Empresariales, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Vizcaya el 13 de enero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más 5% del capital social de «Integra Soluciones Empresariales, S.L.», el nombramiento de un auditor con el fin de conocer si las cuentas anuales del ejercicio 2010 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 no está obligada a la verificación de sus cuentas anuales por auditor. 2.º) Que dicho nombramiento es absolutamente innecesario y económicamente injustificado debido a que existe un contrato de prestación de servicios con la sociedad «Arrigunaga Asesores, S.L.».

III

El Registrador Mercantil de Vizcaya, con fecha 26 de enero de 2011, 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 la procedencia del nombramiento de auditor de cuentas solicitado por la minoría.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, básicamente: 1.º) Que la sociedad ofrece para el ejercicio 2010 informes realizados por un profesional administrativamente habilitado para ello y, por tanto, la auditoría solicitada por el socio es totalmente injustificada e innecesaria. 2.º) Que el despacho «Arrigunaga Asesores, S.L.» se encarga de elaborar dichos informes que son entregados a la sociedad para la aprobación de las cuentas en la Junta general, habiendo entendido todos los socios que la labor realizada se ajusta a lo contratado. 3.º) Que la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas está condicionada a la nueva situación que presenta, desde el 10 de enero del presente, el socio solicitante del nombramiento, tal y como se puede comprobar en el Registro Mercantil de ..... y no a un problema contable y fiscal.

V

El 21 de febrero de 2011 el Registrador Mercantil de Vizcaya procedió a la designación de auditor de cuentas

VI

Por escrito de 23 de febrero de 2011 don ..., en representación de la sociedad presentó un escrito en el alegaba que el hecho de no haber presentado el recurso en el registro mercantil no debe ser óbice para su estimación, ya que el recurso se presentó en plazo. En prueba de lo alegado, aportaba una copia del escrito de interposición del recurso, presentado el 7 de febrero de 2011. Solicitaba la estimación de dicho recurso y, subsidiariamente, la anulación del nombramiento de auditor de cuentas.

VII

Con fecha 3 de marzo de 2011, el solicitante de la auditoría de cuentas, don ....., presentó en el Registro Mercantil de ..... un escrito renunciando a la auditoría de cuentas del ejercicio 2010 el cual fue remitido por el Registrador Mercantil el 24 de marzo de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 87.1, 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 don ..... para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2010 de «Integra Soluciones Empresariales, 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 enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil deVizcaya.

Resolución de 30 de enero de 2012 (3.ª)

En el expediente 14/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «HLB Transfrío 2006, S.L.»

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 12 de enero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del registro Mercantil y como titular de más del 50% del capital social de «HLB Transfirio 2006, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010.

II

Notificada la sociedad de dicha instancia, ésta no presentó oposición a la solicitud de auditoría de cuentas formulada por el socio minoritario.

III

El Registrador Mercantil número V de Madrid, el 4 de febrero de 2011, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, al considerar que el Registrador Mercantil está obligado a pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia del nombramiento solicitado por la minoría aunque la sociedad no hubiera presentado oposición. En atención a estas consideración desestimó la solicitud del socio minoritario pues, según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador solidario enerva su derecho a solicitar el nombramiento por el Registrador Mercantil, dado que habría podido por sí mismo contratar los servicios de un auditor de cuentas. De la hoja registral de la sociedad resulta que el solicitante ostenta el cargo de Consejero Delegado solidario, según consta en la inscripción 2.ª, practicada el 15 de febrero de 2007.

IV

Contra dicha resolución y por el solicitante de la auditoría de cuentas, don …, se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis: 1.º) Que, como consta en el acta de la Junta general de 15 de septiembre de 2010, certificada por don ....., su obligación en la empresa era la de gestionar el tráfico de rutas y repartos, mientras que la de elaborar las cuentas anuales correspondía a don ....., quien las entrega siempre fuera de plazo. 2.º) Que ante la situación caótica de información y ante la inexactitud de las cuentas, hizo constar su oposición en el acta, asimismo, impugnó el acuerdo aprobándolas. 3.º) Que, de la misma manera puede mantenerse que desde esa fecha ya no es Consejero de la mencionada entidad 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 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.

El presente recurso plantea una cuestión sobre la que este Centro Directivo se ha pronunciado reiteradamente. Dicha cuestión nos es otra que la relativa a la posibilidad de ejercitar el derecho por quien ostenta la administración solidaria de la sociedad. Al respecto, se ha de recordar que este Centro Directivo

ha mantenido que la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le atribuye por su condición de socio de la compañía. Esta incompatibilidad solo se daría si el solicitante hubiera administrado con carácter exclusivo los asuntos sociales o si fuera administrador solidario, pues en estos supuestos habría podido contratar los servicios profesionales de un auditor de cuentas como un acto propio de la gestión social, lo que no habría podido hacer si la administración fuera mancomunda, dado que en este caso, los administradores habrían tenido que actuar conjuntamente *(cfr.* art. 1692 del Código Civil).

En el supuesto planteado por el solicitante de la auditoría de cuentas y recurrente en alzada, poco ha de importar los acuerdos internos a los que hubieran llegado los administradores solidarios, dado que conforme a lo previsto en el artículo 252 de la ley de Sociedades de Capital, entre las obligaciones de los administradores se encuentra la de formular las cuentas anuales, obligación que ha de interpretarse en el contexto del artículo 225 del capítulo III del título VI de dicha Ley, relativo al deber de diligente administración, conforme al cual los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y cada uno de ellos deberá informarse de la marcha de la sociedad, debiendo responder frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

A mayor abundamiento, cabe señalar que, siendo el derecho reconocido a los socios por el precitado artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, un derecho que se ejercita en el ámbito del Registro Mercantil, pues es a su titular al que corresponde el nombrar al auditor de cuentas solicitado, no pueden prosperar alegaciones sobre situaciones de hecho que no se deducen con claridad de los asientos del Registro Mercantil.

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 «HLB Transfrío 2006, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número V de Madrid el 14 de febrero 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, 30 de enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número V de Madrid.

Resolución de 30 de enero de 2012 (4.ª)

En el expediente 16/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Escuela de Conductores del Álamo, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 5 de enero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 «Escuela de Conductores del Álamo S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su representante, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que al haber fallecido la administradora única, la sociedad carece de órgano de administración, estando pendiente de celebración la Junta general de socios que será convocada judicialmente y, por tanto, las cuentas correspondientes al ejercicio 2010 no pueden ser firmadas.

III

La Registradora Mercantil número XV de Madrid, con fecha 19 de enero de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que, es doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que el ejercicio del derecho del socio no puede ser negado por la falta de cuentas a verificar, ya que la presencia de los auditores puede servir, entre otros extremos, como acicate a su formulación. Por otro lado, no está previsto en estos expedientes la suspensión del nombramiento, siendo así que el derecho contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no está condicionado a que la sociedad formule, audite y apruebe sus cuentas anuales, por lo que no es procedente diferir la decisión sobre la procedencia del nombramiento hasta que la sociedad cumpla con sus obligaciones sociales, que pueden interferir en la ejecución del trabajo del auditor pero no en el nombramiento.

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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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, 30 de noviembre de 2005, 15 de junio de 2007 y 27 de junio de 2011.

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 los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 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, pues su finalidad es, esencialmente, 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 ha sido o no ajustada a derecho la llevanza de la contabilidad por el o los administradores sociales. Obviamente, de entre las muchas finalidades que puede cumplir este derecho 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 embrago, 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 su verdadera situación patrimonial.

2.º El hecho de que –según el recurrente– la sociedad no ponga objeción a que en el solicitante examine las cuentas anuales o la contabilidad cerrada del ejercicio 2010, no impide en modo alguno el ejercicio de su derecho a solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas pues 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. 196 y 197 en relación con el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, don ....., administrador único de «Escuela de Conductores del Álamo S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XV de Madrid el 19 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, 30 de enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XV de Madrid.

Resolución de 31 de enero de 2012 (1.ª)

En el expediente 17/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Natfood Ibérica, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., en nombre y representación de la sociedad «Coffee Trade Grouo, S.L.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 5 de enero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Natfood Ibérica, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para la verificación del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010. Adjuntaba a su escrito testimonio notarial por exhibición de documento expedido por el Notario de Girona, don ....., el día 17 de diciembre de 2010, relativo a la escritura de cese y nombramiento de la compañía «Coffee Trade Grouo, S.L.» otorgada el día 11 de agosto de 2005, ante el Notario de Figueres, don ....., bajo el número 1498 de su protocolo notarial.

II

Notificada dicha solicitud a la sociedad, a don ....., en nombre y representación de la sociedad, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Falta de legitimación del solicitante de la auditoría de cuentas, pues no acredita que sea titular del porcentaje de capital social alegado en la instancia. 2.º) Que la solicitud se presentó sin ninguna justificación, simplemente, amparándola en su legitimidad y sin concretar cuales son las razones. La sociedad solicitante nunca mostró ningún interés por las cuentas anuales de la sociedad y nunca ejercitó el derecho de información y examen de cuentas. 3.º) Que de lo expuesto se desprende que la solicitud se efectuó con evidente mala fe y abuso de derecho.

III

El Registrador Mercantil número VI de Barcelona, con fecha 25 de enero de 2011, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado. Tras señalar que en la hoja abierta a la sociedad consta que la entidad mercantil solicitante de la auditoría subscribió en el acto de constitución de la sociedad 1.380 participaciones sociales, ambas inclusive y que en el aumento de capital social acordado por la Junta General Extraordinaria y Universal celebrada el 2 de octubre de 2007 suscribió 520 participaciones sociales, recordó la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que estima suficiente que el solicitante aporte un principio de prueba de su condición de socio y de su legitimación y que una vez aportado, para desvirtuarla, la sociedad debe aportar, a su vez, prueba que acredite que dicha titularidad se ha perdido. Ningún sentido tiene aportar al Registro Mercantil un documento que ya está inscrito y, que por tanto, debe reputarse como un principio de prueba, además de la declaración de la representación social de la entidad mercantil solicitante, bajo su responsabilidad de ostentar más del 5% del capital social. La sociedad oponente se limita a negar dicha legitimación, sin acreditar que el solicitante perdió su titularidad sobre el número de participaciones que alega. En cuanto a la ausencia de justificación para solicitar la auditoría de cuentas, el Registrador Mercantil señaló que en las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital la causa es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa, por lo que el Reglamento del Registro Mercantil no exige su expresión, de alcance puramente formal. Por lo que se refiere al no ejercicio del derecho de información que la sociedad atribuye al solicitante, dicha alegación no puede prosperar, puesto que derecho de información y el de auditoría, aunque relacionados, son derechos diferentes tanto por su finalidad y requisitos como por las condiciones para su ejercicio. Por lo que se refiere a la mala fe del solicitante, como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, 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 *(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. Por último, indicó que en cuanto a los costes de la auditoría de cuentas, éstos por expresa disposición del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital son de cuenta 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, dando por reproducidas todas las alegaciones de su escrito de oposición. Añadió su disconformidad con la resolución recurrida, puesto que, en lo que se refiere a la legitimación, la información que consta en el Registro Mercantil no es actual y así el solicitante debiera haber aportado un certificado de la titularidad que alegó, dado que ésta justificación es un requisito 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 8 de septiembre de 1993, 19 de octubre de 2007 y, como más recientes, la de 21 de julio y 22 de octubre de 2010.

1.º El presente expediente plantea diversas cuestiones que se resolverán, sucesivamente, en esta resolución. La primera de ellas es la relativa a la forma de acreditar el socio su legitimación y, como contrapartida, la de su enervación por parte de la sociedad. Tal como señala la resolución recurrida, este Centro Directivo ha mantenido que basta que el solicitante aporte 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.

En el caso presente, el solicitante ha aportado el requerido principio de prueba mediante la invocación a los datos registrales de la sociedad, a su escritura de constitución y a su escritura de ampliación de capital a la que acudió la empresa solicitante de la auditoría (arts. 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil). En cambió, la sociedad se limita a negarla, sin aportar medio de pruebe suficiente que desvirtúe tal legitimación que surge del Registro Mercantil.

2.º En cuanto a la falta de justificación que la sociedad atribuye a la entidad mercantil solicitante, cabe señalar que la razón o causa de la petición no

es otra que la de la falta de una auditoría previa de las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2010. En efecto, como indicó el Registradora Mercantil de Barcelona, a diferencia de lo que ocurre las peticiones de nombramiento de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable, las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital tienen un tratamiento procedimental específico en cuanto a los requisitos formales de la instancia solicitando el nombramiento de auditor, en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil, que no exige expresión de la causa de la solicitud, por entender que dicha expresión tiene un alcance meramente formal, al ser ésta siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa.

3.º Tampoco puede prosperar la alegación social de falta de buena fe y abuso de derecho por parte del solicitante, pues como ha mantenido esta Dirección General, las determinaciones internas que han llevado al peticionario 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.

4.º Por último, en cuanto a los costes de la auditoría de cuentas, como mantuvo en su resolución el Registrador Mercantil de Barcelona, el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de capital dispone taxativamente, sin dejar margen interpretativo alguno, que los gastos de la 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 don ....., en nombre y representación de «Natfood Ibérica, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número V de Barcelona el 25 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, 31 de enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registradora Mercantil de .....

Resolución de 31 de enero de 2012 (2.ª)

En el expediente 18/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Promocions Jotafre, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Lleida el 13 de enero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Promocions Jotafre, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para la verificación del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

Notificada dicha solicitud a la sociedad, la Presidenta del Consejo de Administración, doña ....., se opuso a dicha pretensión, alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante carece de legitimación puesto que, a pesar de aportar una copia de escritura de transmisión de participaciones sociales, no queda justificado que cumpliera los requisitos legales y estatutarios para la transmisión de participaciones sociales por actos ínter vivos, dado que el solicitante de la auditoría, adquirió unas participaciones de los anteriores socios que no cumplieron con su obligación de comunicar a la sociedad su propósito de transmitir. Tampoco se convocó Junta General Extraordinaria con el fin de que los socios prestaran su consentimiento a la supuesta transmisión, siendo importante tomar en consideración que el precio de adquisición de las participaciones sociales se aplazó durante dos años. De las circunstancias expuestas se desprende que la compra venta de las participaciones sociales es nula y así se puso de manifiesto por parte de la sociedad a los vendedores, don ..... y doña ....., mediante burofax de 16 de noviembre de 2010. 2.º) Que el solicitante no tiene la condición de socio, al haberse vulnerado el derecho de adquisición preferente y, en consecuencia, no está legitimado para solicitar la auditoría. 3.º) Que, ante la posible estimación de su solicitud, la sociedad anuncia la interposición de una demanda judicial de nulidad de la compraventa de participaciones sociales, lo que supone que el nombramiento de auditor de cuentas ha de ser suspendido hasta que se decida sobre la condición de socio del peticionario. Por ello, se solicita *ad cautelam* la suspensión del nombramiento registral de auditor de cuentas, hasta que se aporte justificante de la interposición de la demanda de nulidad de contrato.

III

A la vista de dicho escrito, la Registradora Mercantil de Lleida, con fecha 28 de enero de 2011, remitió el anterior escrito de oposición al solicitante de la auditoría de cuentas para que, si lo estimaba conveniente, alegara lo que a su derecho convenía y adjuntara los documentos oportunos. Así lo hizo el solicitante mediante escrito de alegaciones con entrada en el Registro Mercantil el 4 de febrero de 2011.

IV

La Registradora Mercantil de Lleida, con fecha 10 de febrero de 2011, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado, al entender que de las alegaciones vertidas por ambas partes, se desprende una situación de conflicto de intereses, en base a supuestos incumplimientos legales y estatutarios que no pueden ser resueltos en el ámbito registral, sino en las instancias jurisdiccionales correspondientes, tal como indica la Dirección General de los Registros y del Notariado. Las partes invocan haber incumplido las previsiones del artículo 107 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 9.º de los Estatutos Sociales. Respecto a la legitimación del solicitante, no basta con que la sociedad la niegue, sino que debe aportar un principio de prueba que desvirtúe dicha legitimación. Las dudas que generan a la sociedad las escrituras públicas que ni siquiera las ha cuestionado judicialmente, no permiten acordar la suspensión del nombramiento de auditor solicitado, en base a litispendencia en torno a la titularidad de las participaciones sociales.

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, alegando, básicamente: 1.º) Que las aseveraciones realizadas por la Registradora Mercantil en la resolución recurrida quedan desvirtuadas por la interposición de una querella criminal por falsedad documental, interpuesta por doña ..... ante los Juzgados de Instrucción de Barcelona. La interposición de dicha denuncia sí supone litispendencia y, en consecuencia, solicita la suspensión del 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, 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, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de mayo de 1991, 30 de noviembre de 1993, 16 de octubre de 2000, 3 de septiembre de 2001, 12 de mayo de 2005 y 10 de febrero y 6 de junio de 2006.

1.º El presente expediente plantea la cuestión de si la denuncia o querella por falsedad documental interpuesta por la sociedad contra el solicitante de la auditoría de cuentas, don ..... puede traer como consecuencia la suspensión del acuerdo de nombramiento de auditor de cuentas. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido que existe un momento concreto en el procedimiento para apreciar si concurren o no los requisitos de legitimación y tiempo exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital que es el de presentación de la instancia en el Registro Mercantil y es, por tanto, ese el momento al que ha de ir referida la cuestión judicial alegada por la sociedad en la que se discuta la propiedad del peticionario sobre un número de accio-

nes o participaciones sociales equivalentes al menos al 5% del capital social exigido por el precitado artículo para ejercitar el derecho a la verificación contable.

En el caso presente, no existe la litispendencia que la sociedad alega, sino que, por el contrario, la denuncia en vía penal por los hechos presuntamente delictivos se interpuso muy posteriormente a la iniciación de este expediente el 13 de enero de 2011 con la presentación de la instancia en el Registro Mercantil, puesto que en la fotocopia adjunta al escrito de interposición del recurso, se observa que la fecha de entrada –se supone que en el Juzgado de Instrucción– es la de 24 de febrero del mismo año, de donde resulta, claramente, que no existe «pendencia» judicial alguna.

2.º Por lo que se refiere a la legitimación del peticionario de la auditoría para solicitar y obtener el nombramiento de auditor de cuentas, esta Dirección general de los Registros y del Notariado ha entendido que es suficiente para acreditarla 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 riguroso 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 ha aportado el requerido principio de prueba: la escritura pública de compraventa de participaciones sociales, autorizada por el Notario de Barcelona, don ....., bajo el número 1825 de su protocolo, por la que don ..... y doña ..... transmiten al solicitante de la auditoría un número de participaciones sociales de «Promocions Jotafre, S.L.» y la escritura de compraventa, autorizada por el mismo Notario bajo el número 57, por la que doña ..... transmite al solicitante de la auditoría, don ....., 2 participaciones sociales de la misma empresa. La sociedad no ha aportado –más que por vía de la mera alegación –prueba alguna que demuestre que el solicitante nunca ostentó la condición de socio, pues ni siquiera hay constancia en el expediente de la resolución judicial de admisión de su demanda penal por falsedad documental. Por tanto, procede confirmar la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Lleida y entender básicamente probada la legitimación del solicitante de la auditoría de cuentas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto doña ....., en nombre y representación de «Promocions Jotafre, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora a Mercantil de Lleida el 10 de febrero 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, 31 de enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Lleida.

Resolución de 1 de febrero de 2012

En el expediente 19/11 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inoxguer, S.L.».

HECHOS

I

Doña ....., en nombre y representación de su esposo, don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Burgos, el 4 de enero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital 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 2010.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta 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. Dicho nombramiento fue inscrito en el Registro Mercantil de Burgos el 12 de enero de 2009 para la verificación contable de los ejercicios 2008, 2009 y 2010, por lo que el interés del solicitante se verá ampliamente satisfecho cuando la auditoría esté finalizada.

III

El 14 de enero de 2011, el Registrador Mercantil de Burgos 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 2011 en el que 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 y no por la Junta General de socios.

IV

El Registrador Mercantil de Burgos, con fecha 3 de febrero de 2011, 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 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, en contra de lo que entiende la solicitante de la auditoría, el nombramiento de auditor por la Junta general de socios solo se exige en las sociedades obligadas por ley a la verificación contable, lo que no es el caso, pues estamos en presencia de una sociedad que puede presentar en el registro mercantil sus cuentas en forma abreviada. En este tipo de sociedades nada impide que el órgano de administración pueda proceder al nombramiento de un auditor de cuentas como un acto más de gestión, puesto 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, ya que la independencia e imparcialidad del auditor de cuentas queda garantizada por la Ley de Auditoría de Cuentas, su Reglamento de ejecución y las normas técnicas de auditoría. En cuanto a la posible incompatibilidad de los asesores fiscales y contables, salvo que la asesoría se extienda a la llevanza y preparación material de los documentos contables, la respuesta debe ser negativa. No es suficiente para entender que dicha incompatibilidad exista la mera alegación de la solicitante, sino que debe probarse que concurre alguna de las causas tasadas en el artículo 621 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Todo ello resulta del artículo 8 de la Ley de Auditoría de Cuentas que no considera causa de incompatibilidad la auditoría fiscal y contable, sino solo la llevanza y preparación material de los documentos contables. Finalizaba su resolución invocando la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de enero de 2011, en la que se mantiene que las cuestiones relativas a la posible incompatibilidad del auditor de cuentas deben ser puestas en conocimiento del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas que es el organismo encargado de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia del auditor.

V

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 no es cierto que interpusiera el recurso gubernativo en base al artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, sino al 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. 2.º) Que si las leyes societarias no le permiten solicitar la auditoría antes de que finalice el ejercicio económico, sino en el plazo de tres meses del cierre del ejercicio económico. Pero, en ningún caso debe ser causa para

denegarle su derecho el que la sociedad haya nombrado auditor de cuentas antes de la finalización de dicho ejercicio, puesto que no está obligada a auditar las cuentas sociales. 3.º) Que, a pesar de lo anterior, la administración social ya tenía y tiene nombrado otro auditor de cuentas nombrado desde el 25 de noviembre de 2008, siendo así que dicho nombramiento se realizó fuera del marco legal establecido en el artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital que exige que el nombramiento se realice por la Junta General. 4.º) Que ante el Notario don ..... comparecieron dos de los tres administradores mancomunadas y el Notario hace constar que les identifica pero los domicilios no corresponden con los que estos señores viven. También el Notario mantuvo 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. 7.º) Que el hecho de que los administradores tengan el deber de poner a disposición de la minoría social la información contable para que pueda examinarla, incluso en compañía de un experto independiente, no debe impedir ni limitar su derecho al nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil. 8.º) Que, además de lo anterior y por las razones expuestas no confía en la información que pueda facilitarle la sociedad «Inoxguer, 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 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, 31 de octubre de 2009 y 10 de junio de 2010.

1.º Procede confirmar, por sus propios fundamentos, la resolución dictada por el Registrador Mercantil de ..... que no hace sino reiterar la doctrina mantenida por este Centro Directivo. En efecto, en cuanto al órgano competente para el nombramiento de auditor de cuentas, 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 264 de la Ley de Sociedades de Capital y, en el supuesto de que la Junta no haya procedido al nombramiento, sólo puede realizarlo el Registrador Mercantil (art. 265.1 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.

2.º Sobre la cuestión de si el nombramiento voluntario efectuado por la sociedad puede enervar el derecho del socio y en qué condiciones, también se ha pronunciado este Centro Directivo manteniendo la doctrina conforme a la cual, 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, se reconoce 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 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.

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 de la hoja abierta a la sociedad, nombró auditor voluntario para los ejercicios 2008, 2009 y 2010 a la entidad «Adrade Auditores, S.A.», 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 número 2254, otorgada en Burgos, el 19 de diciembre de 2008, ante el Notario Sr ..... La inscripción fue, finalmente, practicada el 12 de enero de 2009. Por tanto, se ha de concluir, que la sociedad ha enervado el derecho del solicitante al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil.

3.º En cuanto a las alegaciones del recurrente que cuestionan la incompatibilidad del auditor voluntario de la sociedad, se ha de recordar que el órgano competente para conocer dichas cuestiones, así como aquellas otras que se susciten sobre su profesionalidad, es el Instituto de Contabilidad de Auditoría de Cuentas, por ser

el organismo encargado de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia del auditor.

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 Burgos de 3 de febrero 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, 1 de febrero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Burgos.

Resolución de 6 de febrero de 2012

En el expediente 24/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de unos socios de «Gorgoji, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... y don ....., presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Albacete, el 14 de febrero de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 5% del capital social de «Gorgoji, 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, ésta no presentó oposición al nombramiento solicitado por los socios minoritarios.

III

El Registrador Mercantil de Albacete, con fecha 24 de febrero de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor por reunir el solicitante las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas, según resulta de los Libros del Registro Mercantil.

IV

Contra dicha resolución don ....., como administrador único de la sociedad, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: 1.º) Que los peticionarios solicitaron la auditoría, tras recibir la convocatoria de Junta general Extraordinaria para adoptar el acuerdo de ampliación de capital propuesta con el fin de solucionar los problemas económicos de la compañía, la cual está incursa en causa de disolución, al ser la cifra del patrimonio neto inferior a la cifra de capital social. 2.º) Que costear los gastos de un auditor de cuentas resulta innecesario y perjudicial para la sociedad, dada la situación de crisis económica en que se encuentra.

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 primer lugar, el hecho de que la sociedad se encuentra incursa en causa de disolución, no enerva el derecho del socio a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas para verificar las cerradas a 31 de diciembre de 2010, puesto que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital solo condiciona el ejercicio de este derecho a que los solicitantes reúnan las condiciones de capital y tiempo exigidas. Aún en el caso de que la Junta General hubiera acordado la disolución de la sociedad, este acuerdo tampoco podría enervar el derecho de los solicitantes, puesto que este acuerdo abre un proceso de liquidación, en el que subsiste su personalidad jurídica y continúan aplicándose a la sociedad las demás normas previstas en esta ley.

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 ....., como administrador único de «Gorgoji, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Albacete el 24 de febrero de 2012.

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 febrero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Albacete.

Resolución de 8 de febrero de 2012

En el expediente 26/11 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ymagim 1000, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... en nombre y representación de la entidad mercantil «Inmobiliaria Bartolo, S.L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 24 de enero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más 5% del capital social de «Ymagim 1000, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2010. Adjuntaba a su escrito copia simple de escritura de compraventa de participaciones sociales de la citada entidad mercantil.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, falta de legitimación del solicitante por carecer de la condición de socio, dado que no pueden entenderse trasmitidas las participaciones sociales que dijo adquirir, al no haber cumplido los requisitos legales y estatutarios para la validez de la citada transmisión.

III

El Registrador Mercantil número VI de Madrid, con fecha 16 de febrero de 2011, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado. Entiende que el expediente solo plantea la cuestión de si el solicitante tenía o no legitimación al presentar en el Registro su petición de nombramiento de auditor. El solicitante aportó un principio de prueba por escrito de su legitimación consistente en la escritura de compraventa de participaciones sociales, de la que resulta que la sociedad solicitante adquirió 573.215, sin que este procedimiento sea el adecuado para examinar si se ha cometido falsedad en documento público.

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, dando por reproducidas todas las alegaciones de su escrito de oposición. Añadió, en síntesis, que ni la sociedad ni el otro socio tuvieron conocimiento de la transmisión y, por supuesto, no la autorizaron.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, 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 21 de julio de 2010.

La cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar si el solicitante de la auditoría estaba, en el momento de presentar su instancia en el Registro Mercantil, legitimado para obtenerla. Tal como señala la resolución recurrida, la doctrina de este Centro Directivo ha mantenido que basta que el solicitante aporte 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 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, como bien indica la sociedad en el escrito de interposición del recurso, no se ha aportado medio de prueba alguno que desvirtúe la legitimación de la entidad mercantil solicitante de la auditoría, surgida de la copia de escritura pública de compraventa de participaciones sociales. El desconocimiento de la transmisión que la sociedad alega no es tal, pues aun cuando no se hubiera realizado por parte de la entidad mercantil solicitante una notificación expresa al órgano de administración social, hay constancia en el expediente de la notificación realizada a la sociedad por el Registrador Mercantil de Madrid trasladando la solicitud de nombramiento de auditor y el documento adjunto, en el que la solicitante funda su legitimación: la copia simple de escritura de compraventa.

Tampoco el incumplimiento de condiciones legales y estatutarias que la sociedad alega puede desvirtuar dicha legitimación, al menos en este procedimiento, pues el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este Centro Directivo por el Reglamento del Registro Mercantil, le impide pronunciarse sobre la legalidad de la transmisión, por estar dicha cuestión reservada a Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional civil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto don ....., administrador único de «Ymagim 1000», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número VI de Madrid el 16 de febrero 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, 8 de febrero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 10 de febrero de 2012

En el expediente 25/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ángel Ramón Azaña Sanz Vera, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de ....., el 19 de enero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Ángel Ramón Azaña Sanz Vera, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

Notificada dicha instancia la sociedad, esta a través de su administrador único, don ....., cuya representación acredita por escritura de poder general, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la Junta general de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas a la firma auditora «Cúspide, S.L.», en su reunión celebrada el 31 de diciembre de 2010. 2.º) Que la documentación acreditativa del nombramiento efectuado por la sociedad, así como la aceptación por parte del auditor de cuentas fue presentada en el registro mercantil de Albacete, el 1 de febrero de 2011 y causó la inscripción número 6.ª en la hoja abierta a la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de Albacete, con fecha 4 de febrero de 2011, 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 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 anterior a la petición del socio minoritario, dado que la única fecha fehaciente es la legitimación notarial de la firma el 1 de febrero de 2011 que es, además, la fecha en la que dichos documentos se presentaron para su inscripción en el Registro Mercantil *(cfr.* 1227 y 1262 del Código Civil).

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando básicamente: 1.º) Que si el artículo 263.2 de la Ley de Sociedades de Capital exceptúa de la obligación de verificar cuentas anuales a las sociedades que puedan presentar balance abreviado, siendo ilógico que en estas sociedad que reciben en la ley un tratamiento jurídico más favorable el nombramiento de auditor de cuentas no venga determinado en Junta general, de tal manera que el solicitante debió formular su instancia antes del 31 de diciembre del año anterior que fue cuando se celebró la ultima Junta General del año. 2.º) Que por tanto dicha petición deberá contemplarse en el seno de la Junta general de socios y no pasar directamente al 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 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 La primera cuestión que platea el presente expediente es la relativa al contenido y alcance del derecho reconocido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital a los socios minoritarios que reúnan los requisitos de capital y tiempo exigidos para solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor que verifique las cuentas correspondientes al último ejercicio vencido. Dicho precepto legal no establece ningún otro condicionamiento para ejercitar el derecho que el de reunir al menos un 5% de capital social de la entidad mercantil y presentar la solicitud –dirigida al Registrador Mercantil– dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio económico cuya auditoría se pretende, permitiendo así a los solicitantes conocer a través de un informe elaborado por un experto independiente si la contabilidad social refleja o no la imagen fiel de la realidad patrimonial y financiera de la empresa en la que participan, con el fin de que puedan adoptar las medidas oportunas ejercitando acciones de responsabilidad de administradores o realizar las observaciones oportunas en la próxima Junta General sobre la llevanza de la contabilidad social.

2.º Respecto a la posibilidad de que la auditoría voluntaria contratada por la sociedad enerve el derecho del solicitante, se ha de confirmar, por ajustada a derecho la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Albacete. 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 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.

No entenderlo así significaría convertir en regla general lo que solo es una excepción al sistema de nombramiento por el Registrador Mercantil

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado que el contrato del auditor de cuentas fuese previo a la solicitud del socio minoritario, pues de los documentos aportados al expediente la única fecha dotada de fehaciencia es la de la legitimación de firmas de 1 de febrero de 2011, fecha que es posterior a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil solicitando la auditoría de cuentas, de 19 de enero de 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de «Ángel Ramón Azaña Sanz Vera,», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Albacete el 4 de febrero 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, 10 de febrero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Albacete.

Resolución de 14 de febrero de 2012

En el expediente 20/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Tabarsol, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 17 de enero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 50% del capital social de «Tabarsol, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010. Adjuntaba a su instancia copia de la escritura de constitución de la

sociedad, otorgada en Elche en 1992, por el Notario don ....., bajo el número 121 de su protocolo; copia de la escritura de adaptación otorgada en Elche el 28 de mayo de 1997, ante el Notario don .....; copia de la escritura de elevación a público de acuerdos sociales, de 30 de diciembre de 1998, ante el mismo Notario.

II

Trasladada a la sociedad dicha instancia y sus documentos adjuntos, esta, a través de su representante, don ....., se opuso a dicha pretensión, alegando: 1º–Que la solicitante ha vulnerado los preceptos legales y estatutarios que regulan el nombramiento de auditor de cuentas por la Junta General de socios y, por ello, no puede invocar lo dispuesto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º–Que conforme a lo previsto en el artículo 15 de los Estatutos Sociales, a partir de la convocatoria de la Junta General, cualquier socio podrá obtener de forma inmediata y gratuita los documentos que han de ser sometidos a su aprobación. 3.º–Que, como reconoce en su instancia la propia solicitante, ha participado en la administración social como administradora mancomunada hasta 1998, habiendo tenido acceso a la documentación contable de la sociedad, la cual nunca se le ha negado.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, el 9 de febrero de 2011, 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 hecho de que la solicitante hubiera formado parte de la administración social en 1998, no puede impedir que ejercite su derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas. Tampoco puede admitirse para enervar el derecho de la solicitante el que hubiera tenido acceso a la información pues ambos derechos, aunque relacionados, resultan distintos 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 alegando, básicamente: 1.º) Que en realidad no se opusieron a la instancia presentada por la Sra. ..... por haber sido administradora hasta el año 1998, sino por el hecho de que, tanto la Ley de Sociedades de Capital, como los Estatutos de la Sociedad establecen que los auditores de cuentas habrán de ser nombrados por la Junta general, siendo así que, en el caso presente, la solicitante de la auditoría ignoró tal procedimiento. 2.º) Que el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital, en el que fundamentó su resolución el Registrador Mercantil, no es aplicable al caso presente, puesto que se refiere a los socios minoritarios de entidades mercantiles. En este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Pontevedra en la Sentencia de 29 de octubre de 2009. 3.º) Que, efectivamente, el derecho de información del socio está vinculado al derecho a solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, pero debe ser ejercitado de forma ordenada y en los casos que proceda, no arbitrariamente. 4.º) Que la solicitante de la auditoría de cuentas carece de motivos fundados para dudar de que los documentos contables de la sociedad no reflejen la verdadera situación patrimonial y financiera de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, 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 5 de mayo de 2011.

1.º El presente recurso plantea diversas cuestiones sobre las que este Centro Directivo se ha pronunciado reiteradamente. La primera de ellas es la relativa a la información contable que la solicitante ha tenido a su disposición para tener un conocimiento veraz de la situación patrimonial. Al respecto se ha de recordar al recurrente que los derechos de información de la contabilidad social y de auditoría, son derechos que, aunque complementarios y relacionados, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a su ejercicio. El derecho de información asiste a todos los socios de entidades mercantiles, sin perjuicio del porcentaje de capital social que ostente, mientras que el derecho a solicitar un auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil requiere tener una participación en el capital social de al menos el 5%.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación que mantiene la ausencia de causa de la petición, puesto 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. Por ello, el artículo 359 que regula los requisitos exigidos a las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, dado su alcance puramente formal.

3.º En cuanto a las condiciones requeridas para el ejercicio del derecho a la verificación contable, se ha de señalar que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital solo establece dos que son las de capital y tiempo, es decir, la de reunir un mínimo de acciones o participaciones sociales equivalentes al capital social del 5% y la de presentar la solicitud en el plazo improrrogable de tres meses a partir del vencimiento del ejercicio anterior. Cuestión distinta, es que en aquellas sociedades no obligadas a la verificación contable, los estatutos Sociales hayan dispuesto que, en caso de que se considere conveniente contratar los servicios de un auditor de cuentas, sea la Junta General la que acuerde su designación y no la administración social, disposición plenamente válida en el ámbito de las relaciones internas de la sociedad, pero que, en ningún caso puede impedir el ejercicio de un derecho reconocido en la ley por parte de quién reúne las condiciones exigidas.

4.º Por último, en cuanto a los gastos que la auditoría de cuentas comporta, por expresa disposición del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, estos 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 solidario de «Tabarsol, S.L.», y confirmar, en los términos que resultan de esta resolución, la dictada por el Registrador Mercantil de Alicante. el 9 de febrero 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, 14 de febrero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 16 de febrero de 2012 (1.ª)

En el expediente 27/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Zorita, S.L., Estación de Servicios, S.L.»

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 2 de febrero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Zorita, S.L., Estación de Servicios, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, esta no presentó oposición al nombramiento de auditor solicitado por la minoría.

III

El Registrador Mercantil número 11 de Madrid....., el 28 de febrero de 2011, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que, aún cuando la socie-

dad no hubiera formulado oposición, el Registrador Mercantil queda obligado a pronunciarse sobre todas las cuestiones que plantea el expediente, siendo así que resulta de los asientos del Registro que la solicitante durante el ejercicio cuya auditoría solicita pudo contratar por sí misma los servicios de un auditor de cuentas, dado que fue administradora solidaria de la sociedad, no constando inscrito el cese de su cargo.

IV

Contra dicha resolución la solicitante de la auditoría de cuentas, doña ....., interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando en síntesis: 1.º) Que desde la disolución de su matrimonio por sentencias firme de 27 de marzo de 2007 la gestión y administración de la empresa la lleva «de *facto*» su ex cónyuge. 2.º) Que en el Convenio regulador, unido a la demanda de divorcio, en su cláusula quinta establece que todas las empresas del matrimonio serán gestionadas por don ..... hasta que se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales. 3.º) Que en uno de los procedimientos de ejecución de títulos judiciales por incumplimiento de pago de pensiones, en escrito de oposición a una ejecución de 27 de septiembre de 2009, el señor ..... reconoció, implícitamente, que él gestionaba todas las empresas del entonces matrimonio. 4.º) Que de todo lo expuesto resulta que siempre ha sido una administradora nominal, sin verdadera intervención en la administración de la empresa y mucho menos desde que se divorció.

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 15 de mayo de 2011.

El presente recurso plantea una cuestión sobre las que este Centro Directivo se ha pronunciado reiteradamente. Dicha cuestión no es otra que la de determinar si es o no posible obtener el nombramiento de un auditor de cuentas por el Registrador Mercantil, cuando quien lo solicita es administrador solidario de la empresa para la que se solicita la auditoría de cuentas.

Sobre esta cuestión esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le atribuye por su condición de socio de la compañía. Esta incompatibilidad solo se daría si el solicitante hubiera administrado con carácter exclusivo los asuntos sociales o si fuera administrador solidario, pues en estos supuestos habría podido contratar los servicios profesionales de un auditor de cuentas como un acto propio de la gestión social.

Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que la solicitante ha ejercido la administración solidaria de la compañía durante el periodo para el que solicita la verificación contable mediante auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil –de ello haya constancia en la hoja abierta a la sociedad–, y, por tanto, que pudo por sí misma, sin necesidad de concurrir con el otro administrador, nombrar auditor de cuentas para el ejercicio 2010, lo que no habría podido hacer si la administración social fuera mancomunada, dado que en este caso, los administradores habrían tenido que actuar conjuntamente *(cfr.* art. 1692 del Código Civil).

Por tanto, no puede prosperar la pretensión de la recurrente, pues no constando en el Registro Mercantil el cese de la solicitante como administradora solidaria, continúa teniendo la oportunidad de contratar los servicios de un auditor de cuenta, conforme a lo publicado en la hoja abierta a la sociedad, siendo así que no se estima conforme a derecho desencadenar una actuación administrativa o registral para obtener lo que esta en la capacidad y ámbito de actuación de quien lo solicita.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ....., solicitante de la auditoría de cuentas para «Zorita, S.L., Estación de Servicios», y confirmar, en los términos que resultan de esta resolución, la dictada por el Registrador Mercantil de Madrid, el 28 de febrero 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, 16 de febrero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 16 de febrero de 2012 (2.ª)

En el expediente 28/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de unos socios de «General de Informática y Control, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... y don ..... presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Murcia, el 20 de enero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 5% del capital social de «General de Informática y Control, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

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 Junta General de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo a la empresa auditora «Auditeco, S.A.». 2.º) Que la sociedad no está obligada a la verificación contable y, por tanto, no tiene por qué ser la Junta General el órgano social que nombre auditor de cuentas, tal como resulta del artículo 8 de la ley de Auditoría de Cuentas. En consecuencia, resulta del todo improcedente el nombramiento de auditor por el Registrador mercantil a instancia del socio minoritario.

III

El Registrador Mercantil de Murcia, con fecha 16 de febrero de 2011, 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, puesto que: 1.º–Que se acredite fehacientemente el nombramiento de auditor y su aceptación con anterioridad a la petición del socio minoritario; 2.º–Que se acredite la efectividad del 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 ninguno de estos requisitos, puesto que en la documentación presentada por la sociedad no consta ninguna fecha fehaciente, sino que aportó meros documentos privados, cuya fecha no es oponible a terceros, dado que la primera que consta es la de entrada en el Registro Mercantil el 14 de febrero de 2011. Tampoco concurren ninguna de las circunstancias anteriormente enumeradas para asegurar la efectividad del derecho del socio minoritario a obtener el 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: 1.º) Que el Registrador Mercantil hizo uso de unas facultades jurisdiccionales que no tiene atribuidas. 2.º) Que si el socio minoritario quiere

ejercitar su derecho de información y la administración social se lo deniega, deben ser los Jueces y Tribunales quienes diluciden el alcance de su derecho y le otorguen protección. 3.º) Que los peticionarios son unos accionistas poco preocupados por el devenir de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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.

No entenderlo así significaría convertir en regla general lo que solo es una excepción al sistema de nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil instado por 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 primer documento cuya fecha puede hacer prueba frente a terceros por estar dotada de fehaciencia es, como indicó el Registrador Mercantil, la de 14 de febrero de 2011, la cual es posterior a la de presentación de la instancia en el Registro Mercantil, el 20 de enero de ese mismo año. *(cfr.*

art. 1227 del Código Civil). Tampoco se ha llegado a garantizar a los peticionarios el informe de auditoría de cuentas por ninguno de los medios anteriormente descritos.

2.º Plantea el recurrente la falta de competencia del Registrador Mercantil para dilucidar la cuestiones planteadas en este expediente pues, entiende, que ha ejercicio una competencia atribuida a jueces y tribunales. Pues bien, esta alegación tampoco puede prosperar. Es cierto que el Registrador Mercantil y este Centro Directivo cuando dilucidan y deciden las cuestiones planteadas están ejerciendo un *ius dicere* que tienen atribuido como competencia originaria propia por ser los designados como autoridad pública competente por el propio artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital cuando dispone que los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del Registrador Mercantil del domicilio social el nombramiento de un auditor de cuentas, precepto completado y desarrollado por los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Lo que no obsta, en modo alguno, a que esta resolución pueda ser impugnada ante los Tribunales

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de «General de Informática y Control, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Murcia el 16 de febrero 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, 16 de febrero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Murcia.

Resolución de 24 de febrero de 2012

En el expediente 254/10 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de un socio de «Internacional de Transacciones y Servicios, S.A.».

HECHOS

I

Don ....., en nombre y representación de la entidad mercantil «Internacional de Transacciones y Servicios, S.A.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 7 de septiembre de 2010, solicitando, al amparo, del 64 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículos 76, 77 y 363 del Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las acciones de don ....., al haber abandonado la compañía y no haber alcanzado un acuerdo para la fijación del razonable de estas.

II

Con fecha 9 de septiembre de 2010, el Registrador Mercantil de Madrid acordó procedente desestimar la solicitud, dado que conforme a lo dispuesto en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil solo resulta procedente cuando concurra causa legalmente establecida, sin que los Estatutos Sociales puedan por sí solos ampliar los casos de intervención registral.

III

Contra dicha resolución el solicitante del nombramiento de auditor interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que el socio, don ....., que es accionista de las acciones números 2.666 a 2.807, ambas inclusive, ha aceptado el puesto de Director general de la entidad mercantil, «Eurovaloraciones, S.A.», 2.º) Que la circunstancia de que dicha entidad mercantil opera en el mismo ámbito mercantil y comercial de «Internacional de Transacciones y Servicios, S.A.», acarrea la pérdida de la condición de socio por parte de quien incurre en esta situación. 3.º) Que, no habiéndose alcanzado un acuerdo sobre el valor de las acciones del socio don ....., procede el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil para determinar su valor, de conformidad con lo previsto en los Estatutos sociales.

IV

El 15 de diciembre de 2012 este Centro Directivo acordó, como diligencia para mejor proveer, dar traslado del expediente al socio titular de las participaciones sociales cuya valoración solicita la administración de la sociedad, para que alegara lo que a su derecho conviniera. Lo que así hizo el titular de las acciones, don ....., manifestando que está dispuesto a llegar a un acuerdo con la sociedad.

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.

La única cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar sí 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 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, además de que no concurre causa legal tasada para la procedencia del nombramiento de auditor de cuentas solicitado, debe tenerse en cuenta que el titular de las acciones está plenamente dispuesto a negociar con la sociedad los criterios de valoración y, por tato, procede confirmar la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de la entidad mercantil «Internacional de Transacciones y Servicios, S.A.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil número XVI de Madrid de 9 de septiembre 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 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 26 de febrero de 2012

En el expediente 255/10 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Bogey, S.A.».

HECHOS

I

Don ....., en nombre y representación de la entidad mercantil «Depiero, S.A.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid 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 «Bogey, 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 Presidente y Consejero Delegado del Consejo de Administración, se opuso a dicha pretensión, negando la legitimación de la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas y añadiendo que había presentado su instancia extemporáneamente.

III

La Registradora Mercantil número IV de Madrid acordó, el 27 de mayo de 2010, 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. Respecto a la legitimación de la solicitante, la Dirección general de los Registros y del Notariado ha manteniendo, reiteradamente, que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, 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–. 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 caso presente, la sociedad ha aportado prueba alguna que desvirtúa ni la condición de socia ni tampoco su legitimación para instar el nombramiento registral de auditor de cuentas, puesto que de la documentación aportada al expediente no resulta que haya litispendencia sobre la titularidad de las acciones, según resulta del punto primero de la parte dispositiva del Auto de 20 de diciembre de 2009. En relación al momento de presentación de la instancia en el Registro Mercantil, señaló que se ejercitó el derecho de auditoría dentro del plazo de tres meses exigidos por la Ley de Sociedades Anónimas y por el Reglamento del Registro Mercantil, puesto que el ejercicio económico de la sociedad finaliza el 31 de diciembre de cada año.

IV

Con fecha de 7 de junio de 2010 la Registradora Mercantil número IV de Madrid, acordó la rectificación del fallo de su anterior resolución, dado que en el penúltimo párrafo de los fundamentos de derecho, por un error material, se hizo constar la desestimación de la solicitud, en vez de la desestimación de la oposición planteada por la sociedad afectada.

V

Con fecha de 27 de julio de 2010 el Registrador Mercantil número XI de Madrid, procedió a designar auditor de cuentas a doña ....., la cual aceptó el encargo ese mismo día.

VI

El 29 de julio de 2010 don ..... en representación de la entidad mercantil «Depiero, S.A.», presentó en el Registro Mercantil de Madrid un escrito en el que renunciaba a la auditoría de cuentas. En relación con dicho escrito, el Registrador Mercantil número XI de Madrid envió un oficio al interesado comunicándole su obligación de presentar, para su inscripción en la hoja de la sociedad, el escrito de renuncia con la firma legitimada notarialmente, acuerdo social adoptado en Junta Universal de Socios en el que se acepte por unanimidad el desistimiento con las firmas debidamente legitimadas y escrito de conformidad por parte de auditora designada doña ..... Igualmente, deberá efectuar una provisión de fondos por importe de 54,04 euros, para proceder, en su caso, a la inscripción de la documentación requerida dejando sin efecto la inscripción practicada en el Libro de nombramientos de expertos independientes y auditores y en la hoja abierta a la sociedad, así como a su publicación en la sección 1.ª del «Boletín Oficial del Registro Mercantil», todo ello de conformidad con los artículos 358 y 426.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

VII

Disconforme con la exigencia de dichos requisitos, don ....., en representación de la entidad mercantil «Depiero, S.A.», solicitante de la auditoría de cuentas, presentó el 1 de octubre de 2010 un escrito en el Registro general de este Departamento ministerial, alegando que la renuncia presentada es consecuencia de un acuerdo alcanzado por la sociedad solicitante y la sociedad afectada por la auditoría, no estando conforme ni con los requisitos exigidos por el Registrador Mercantil ni con su declaración de incompetencia.

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, como más reciente, la de 16 de agosto de 2010.

En el expediente que nos ocupa cabe señalar que el Registrador Mercantil, una vez que ha dictado su resolución, declarando la procedencia del nombramiento, carece de competencia 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 instado por la minoría 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 trascurridos los plazos previstos para su impugnación sin haber interpuesto el recurso pertinente.

Por tanto, no puede prosperar la pretensión de la sociedad dirigida a que sea admitida su renuncia a la solicitud que inició el expediente, sobre la base del acuerdo alcanzado por las partes –sociedad solicitante de la auditoría y sociedad afectada por la solicitud– pues, como pone de manifiesto la doctrina de esta Dirección General, el procedimiento sobre nombramiento de auditor de cuentas 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 interpuesto por don ....., en representación de la entidad mercantil «Depiero, S.A.», solicitante de la auditoría de cuentas contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil número IV de Madrid de 7 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, 26 de febrero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 27 de febrero de 2012 (1.ª)

En el expediente 29/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Buafi, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 2 de febrero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Buafi, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, esta no presentó oposición al nombramiento de auditor solicitado por la minoría.

III

El Registrador Mercantil número XII de Madrid, el 28 de febrero de 2011, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que, aún cuando la sociedad no hubiera formulado oposición, el Registrador Mercantil queda obligado a pronunciarse sobre todas las cuestiones que plantea el expediente, siendo así que resulta de los asientos del Registro que la solicitante durante el ejercicio cuya auditoría solicita pudo contratar por sí misma los servicios de un auditor de cuentas, dado que fue administradora solidaria de la sociedad, no constando inscrito el cese de su cargo.

IV

Contra dicha resolución la solicitante de la auditoría de cuentas, doña ....., interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando en síntesis: 1.º) Que desde la disolución de su matrimonio por sentencias firme de 27 de marzo de 2007 la gestión y administración de la empresa la lleva «de *facto*» su ex cónyuge. 2.º) Que en el Convenio regulador, unido a la demanda de divorcio, en su cláusula quinta establece que todas las empresas del matrimonio serán gestionadas por don ..... hasta que se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales. 3.º) Que en uno de los procedimientos de ejecución de títulos judiciales por incumplimiento de pago de pensiones, en escrito de oposición a una ejecución de 27 de septiembre de 2009, el señor ..... reconoció, implícitamente, que él gestionaba todas las empresas del entonces matrimonio. 4.º) Que de todo lo expuesto resulta que siempre ha sido una administradora nominal, sin verdadera intervención en la administración de la empresa y mucho menos desde que se divorció.

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, 7 de octubre, 13 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006 y 15 de mayo de 2011.

La cuestión que plantea el presente recurso se centra en determinar si es o no posible obtener el nombramiento de un auditor de cuentas por el Registrador Mercantil, cuando quien lo solicita es administrador solidario de la sociedad afectada.

Sobre esta cuestión esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido, reiteradamente, que la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le atribuye por su condición de socio de la compañía. Esta incompatibilidad solo se daría si el solicitante hubiera administrado con carácter exclusivo los asuntos sociales o si fuera administrador solidario, pues en estos supuestos sí habría podido contratar los servicios profesionales de un auditor de cuentas como un acto propio de la gestión social.

Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que la solicitante ha ejercido la administración solidaria de la empresa durante el periodo para el que solicita la verificación contable mediante auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil –de ello hay constancia en la hoja abierta a la sociedad– y, por tanto, pudo por sí misma, sin necesidad de concurrir con el otro administrador, nombrar auditor de cuentas para el ejercicio 2010, lo que no habría podido hacer si la administración social fuera mancomunada, dado que en este caso, los administradores habrían tenido que actuar conjuntamente *(cfr.* art. 1692 del Código Civil).

Por tanto, no puede prosperar la pretensión de la recurrente, pues no constando en el Registro Mercantil el cese de la solicitante como administradora solidaria, continúa teniendo la oportunidad de contratar los servicios de un auditor de cuenta, conforme a lo publicado en la hoja abierta a la sociedad, siendo así que no se estima conforme a derecho desencadenar una actuación administrativa o registral para obtener lo que esta en la capacidad y ámbito de actuación de quien lo solicita.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ....., solicitante de la auditoría de cuentas para «Buafi, S.L.», y confirmar, en los términos que resultan de esta resolución, la dictada por el Registradora Mercantil número XII de Madrid, el 28 de febrero 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, 27 de febrero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 27 de febrero de 2012 (2.ª)

En el expediente 32/2011 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 Huesca el 24 de febrero de 2011 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. Alegaban la adquisición de dichas participaciones sociales a título de herencia del esposo y padre de los solicitantes.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión, mediante escrito presentado por don ..... alegando, en síntesis que doña ..... no ostenta un porcentaje de capital social del 5% de este, 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

Por resolución de 10 de marzo de 2011 la Registradora Mercantil de Huesca 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 y resultando, asimismo, de los expedientes abiertos en el Registro Mercantil de Huesca que constan en la hoja abierta a la sociedad que 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 esta tenga conocimiento de la transmisión o constitución del gravamen.

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: 1) 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 establece que la adquisición de participaciones sociales conste en documento público. 2.º) Que es preciso reiterar que doña ..... posee un porcentaje de capital social inferior al 5%, por lo cual no alcanza al mínimo exigido en la Ley para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas.

V

Por último, el 23 de febrero de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio de la registradora Mercantil de ..... al que adjuntaba un escrito presentado en dicho Registro por los solicitantes de la auditoría de cuentas, renunciando a su petición de auditoría de cuentas para el año 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 ....., don ..... y doña ..... para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2010 de «Antón-Hotel, 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, 27 de febrero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Huesca.

Resolución de 27 de febrero de 2012 (3.ª)

En el expediente 33/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Chavarri Gil Promociones Ecológicas 2006, S.L.».

HECHOS

I

Don....., en nombre y representación de «Inversiones Belagua, S.L.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 14 de febrero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 50% del capital social de «Chavarri Gil Promociones Ecológicas 2006, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010.

II

Notificada la sociedad de dicha instancia, su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión, alegando en síntesis: 1.º) falta de legitimación de la empresa solicitante de la auditoría, dado que los documentos en los que fundamenta su derecho son escritura pública de reconocimiento de deuda y dación en pago de deuda, otorgada por la entidad mercantil «Inversiones Eguia & Iranzo, S.L.», el 30 de julio de 2009, autorizada por el Notario don ....., bajo el número 698 de su protocolo. La sociedad adquirente de dichas participaciones comunicó mediante burofax de 2 de noviembre de 2010 la transmisión efectuada, por lo que desde esa fecha ambas sociedades mantienen posiciones enfrentadas en el reconocimiento de la legalidad de la transmisión. 2.º) Dicha transmisión vulnera gravemente el régimen de transmisión inter vivos establecido en los Estatutos sociales.

III

El Registrador Mercantil número XVIII de Madrid, 1 de marzo 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, al considerar que la entidad solicitante aportó un principio de prueba de su legitimación no desvirtuado por la sociedad: escritura pública de reconocimiento de deuda y dación en pago, de la que resulta que la sociedad adquirió 303.303 participaciones sociales de la sociedad «Chavarri Gil Promociones Ecológicas 2006, S.L.», que debe considerarse vigente, en tanto no se acredite la impugnación de tal operación, sin que este sea el procedimiento adecuado para dilucidar cuestiones que exceden a la declaración sobre la procedencia o improcedencia del nombramiento de auditor solicitado.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando sus alegaciones aducidas en el

escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que la transmisión de participaciones alegada por el solicitante de la auditoría para fundar su legitimación, supone una vulneración de los derechos de los demás socios participes, puesto que infringe el régimen de transmisión inter vivos contenido en los Estatutos. 2.º) Que la resolución recurrida vulnera también el principio de igualdad entre las partes intervinientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, 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.

El presente expediente plantea, como única cuestión, la relativa a la forma de acreditar el socio su legitimación y, como contrapartida, la de si 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 –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 reconocimiento de deuda y dación en pago, otorgada por otorgada por la entidad mercantil «Inversiones Eguia & Iranzo, S.L.», a favor de «Inversiones Belagua, S.L.», el 30 de julio de 2009 y autorizada por el Notario don ....., bajo el número 698 de su protocolo notarial, sin que la sociedad, por su parte, haya aportado prueba alguna demostrativa de que dicha transmisión ha sido declarada ineficaz en sede judicial o esté pendiente de serlo, debido a su impugnación ante los Tribunales de Justicia, por infringir –como alega la sociedad– el régimen estatutario de transmisión inter vivos de participaciones sociales. Debe recordarse al recurrente que el limitado ámbito de conocimiento atribuido por el Reglamento del Registro Mercantil a este procedimiento registral de nombramiento de auditor, impiden al Registrador Mercantil y a este Centro Directivo pronunciarse sobre la cuestión subyacente a la de la legitimación del socio.

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 «Chavarri Gil Promociones Ecológicas 2006, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XVIII de Madrid el 1 de marzo 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, 27 de febrero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XVII de Madrid.

Resolución de 28 de febrero de 2012 (1.ª)

En el expediente 22/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Karlizan, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 27 de enero de 2011 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como titular de más del 46% del capital social de «Karlizan, S.L.,», en liquidación, la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de sus liquidadores, don ..... y don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la participación del solicitante en el capital social ha quedado reducido al 13,4802%, inferior al que alegó, al no haber acudido a la ampliación de capital acordada por la Junta General de socios el 28 de junio de 2010. 2.º) Que no procede el nombramiento de auditor solicitado, puesto que la sociedad acordó su disolución en la Junta General Extraordinaria de 16 de diciembre de 2010, tal y como resulta del acta notarial de esta misma fecha, autorizada por el Notario de Madrid don ....., bajo el

número 3356 de su protocolo notarial, acuerdo que fue adoptado como consecuencia de la falta de ingresos.

III

La Registradora Mercantil número VI de ....., con fecha 16 de febrero de 2011, 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 socio solicitante reúne de sobra el requisito de legitimación exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dado que tal como alegan ambas partes, su participación en el capital social es superior al 5%. Tampoco el acuerdo de disolución social puede enervar su derecho, puesto que, como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, sin perjuicio de que el acta notarial que contiene el acuerdo de disolución no está inscrita ni presentada en el Registro Mercantil, de la misma se desprende que en dicha Junta General Extraordinaria no se aprobó el balance final de liquidación, ni el informe completo sobre las operaciones de liquidación, ni tampoco el proyecto de división entre los socios del activo resultante. Así pues, la sociedad no se encuentra extinguida sino disuelta y en periodo de liquidación, lo que no puede impedir que el socio minoritario ejercite su derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas. Por último, mantuvo que el Registrador Mercantil no puede dejar el nombramiento de auditor de cuentas a la libre elección de la sociedad, dado que debe realizar la designación conforme al procedimiento reglado establecido en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil.

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 que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia, sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Madrid, que no hace sino recoger la doctrina sentada por este Centro Directivo. En efecto, aunque la sociedad se encuentre en situación de liquidación es posible ejercitar el derecho que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital reconoce a los socios minoritarios, 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 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 la posibilidad de su reactivación.

2.º Tampoco puede prosperar la pretensión de la sociedad de nombrar libremente al auditor de cuentas. Esta posibilidad ya la tuvo con anterioridad a que el solicitante presentara su instancia en el Registro Mercantil y no la ejercitó, le corresponde ahora al Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas por el procedimiento reglado previsto en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil, al haber prosperado la petición formulada por la minoría social.

3.º Por último, indicar que los gastos que la auditoría de cuentas comporta corren siempre a cargo de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre, por disponerlo de manera taxativa el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ..... y don ..... liquidadores de la entidad mercantil de «Karlizan, S.L.», en liquidación, contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número VI de Madrid el 16 de febrero 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, 28 de febrero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil número IV de Madrid.

Resolución de 28 de febrero de 2012 (2.ª)

En el expediente 30/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «RA Solar Systems & Solutions España, S.L.»

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 8 de febrero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «RA Solar Systems & Solutions España, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010.

II

La sociedad, a través de su representante, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitante ha formado parte del Consejo de Administración social, por lo que tendría obligación de conocer toda la información de la sociedad, siendo ella responsable de la contabilidad. 2.º) Que la solicitud, en sí misma considerada, supone un claro y manifiesto abuso de derecho.

III

El Registrador Mercantil número XV de Madrid, con fecha 28 de febrero de 2011, resolvió desestimar la solicitud por entender que: 1.º Como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, el hecho de que la solicitante forme parte del órgano de la administración social no puede impedir que ejercite un derecho que como socia le corresponde. Esto solo ocurriría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o fuera administradora solidaria porque, en este caso, habría podido por sí misma contratar los servicios de un auditor de cuentas, sin necesidad de concurrir con los de más administradores. El hecho de que conozca la contabilidad social en nada obstaculiza el ejercicio del derecho a la verificación contable pues contabilidad y auditoría son derechos distintos aunque estén relacionados. 2.º En cuanto al abuso de derecho que la sociedad alega, como también 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 *(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. 3.º Ahora bien, estando obligado el Registrador Mercantil a pronunciarse sobre todas las cuestiones que plantée el expediente, hayan sido o no alegadas por la sociedad, se ha de tener en cuentas que está nombró a un auditor de cuentas, siendo así que conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dicho nombramiento podría enervar el derecho de la solicitante si reuniera las siguientes 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 expe-

diente. En el caso presente, la sociedad designó como auditor de las cuentas anuales de los ejercicios 2008, 2009 y 2010 a la empresa auditora «Gutiérrez, Bureau d'Auditeurs, S.L.», tal como consta en la inscripción 4.ª de la hoja abierta a la sociedad, practicada el 20 de octubre de 2009. Por tanto, la auditoría voluntaria contratada por la sociedad ha enervado el derecho de la socia minoritaria.

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 síntesis: 1.º) Que los administradores mancomunados de la sociedad fueron nombrados irregularmente, previo supuesto cese de todo el Consejo de Administración, mediante escritura pública otorgada el 7 de febrero de 2011 y posterior escritura de subsanación de 15 de febrero del mimo año, por la que se pretendió elevar a públicos unos acuerdos adoptados en una Junta General celebrada un año antes, el 23 de marzo de 2010, no existiendo Acta de dicha reunión, firmada por todos los socios, tal y como mantiene la propia escritura de subsanación. 2.º) Que no consta la notificación fehaciente al anterior titular del cargo, incumpliéndose lo previsto en el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil, conforme al cual «la certificación del acuerdo por el que se nombre al titular de un cargo con facultad certificante, cuando haya sido extendida por el nombrado, solo surtirá efecto si se acompaña de notificación fehaciente al anterior titular». 3.º) Que, efectivamente, la sociedad ha nombrado auditor de cuentas, pero se trata de una auditoría voluntaria, ya que la sociedad dejó de reunir en el ejercicio 2010 los requisitos exigidos para presentar sus cuentas anuales acompañadas del informe de auditoría de cuentas. 4.º) Que a consecuencia de los hechos expuestos se encuentra en una situación de indefensión, dado que se ve obligada a seguir las instrucciones del socio mayoritario. 5.º) Que los administradores mancomunados anunciaron una Junta General para el 16 de marzo de 2011 con un orden del día fundamentalmente económico. En dicha Junta el socio mayoritario pretende cambiar a los administradores mancomunados, nombrados –supuestamente– el 7 de febrero.

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 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 No pueden prosperar en el presente expediente ninguna de las alegaciones formuladas por la recurrente. En efecto, las razones aducidas por la recurrente que podrían invalidar el nombramiento de los administradores mancomunados deben ser resueltas y dilucidadas por Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional civil, dado el limitado ámbito de conocimiento que el Reglamento del Registro Mercantil atribuye a este Centro Directivo en este procedimiento registral de nombramiento de auditor de cuentas.

2.º Respecto a la cuestión de fondo planteada, procede confirmar la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid, dado que el derecho de la recurrente al nombramiento de auditor de cuentas que solicitó, ha sido enervado por la sociedad que procedió a nombrar auditor voluntario a la empresa «Gutiérrez, Bureau d'Auditeurs, S.L.», con anterioridad a la presentación de la instancia de la peticionaria en el Registro Mercantil. En efecto, la inscripción del auditor voluntario fue practicada en la hoja abierta a la sociedad el 20 de octubre de 2009 y, por tanto, mucho antes de que la socia minoritaria ejercitara su derecho con la presentación de su petición el 8 de febrero de 2011.

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 en representación de «RA Solar Systems & Solutions España, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número XV de Madrid el 28 de febrero 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, 28 de febrero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XV de Madrid.

Resolución de 29 de febrero de 2012 (1.ª)

En el expediente 34/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Biodental, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Pontevedra el 1 de febrero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas correspondientes al ejercicio 2010 de la sociedad «Biodental, S.L.». Alegó estar legitimada para ello, por ser titular de 25 de las 50 participaciones

sociales en las que se halla dividido el capital social por haber estado casada bajo régimen de gananciales con don ..... y, aunque el matrimonio está disuelto por sentencia de divorcio, la sociedad de gananciales, todavía no ha sido liquidada.

II

La sociedad, a través de su representante don ....., se opuso a dicha solicitud, alegando: 1.º) Que doña ..... no es socia ni partícipe de esta entidad ya que no consta que tenga esta cualidad en el Libro-Registro de socios ni por cualquier otro medio. 2.º) Que tampoco consta que la señora ..... ostente, en caso de cotitularidad pro indiviso de participaciones sociales, la designación para el ejercicio de los derechos de socio. Por tanto, afirmó el representante de la sociedad, falta el requisito de la legitimación para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, debiendo en consecuencia desestimarse.

III

El 14 de febrero de 2011, el Registrador Mercantil de Pontevedra acordó acceder al nombramiento solicitado y desestimar la oposición de la sociedad en base a los siguientes fundamentos: 1.º) El socio minoritario solicitante, ha presentado copias de las escrituras de constitución de la sociedad y de venta de participaciones sociales, de donde resulta acreditado que la sociedad conyugal de la que formó parte es titular de un número de participaciones sociales equivalente al cincuenta por ciento del capital social; 2.º) Estando la sociedad de gananciales disuelta, pero no liquidada, hay una cotitularidad sobre todos los bienes que la integran sin atribución de cuotas por tratarse de una comunidad germánica o en mano común en la que está vedada la disposición de los bienes por uno de los cónyuges, pero en ningún caso lo está la administración y gestión de los mismos; 3.º) En nada obsta a lo anterior que haya una sentencia de divorcio posterior ya que, aunque la sociedad de gananciales se encuentre disuelta, está pendiente de liquidación y, por lo tanto, en ese periodo transitorio subsiste una comunidad postganancial a la que se aplican las mismas normas que rigen la sociedad de gananciales; 4.º) Dado que el ejercicio del derecho a la verificación contable no entraña ninguna facultad de disposición, sino que se encuadra dentro de los actos de gestión y buena administración, puede ejercitarse por cualquiera de los cónyuges; 5.º) Tampoco es obstáculo que la solicitante no figure inscrita como socia en el Libro.Registro de socios, ya que para estar legitimado basta que acredite ser titular de, al menos, cinco por ciento del capital social como en efecto ha hecho.

IV

La sociedad, por medio de su administrador único don ....., recurrió el anterior acuerdo alegando: 1.º) Que la solicitante no tiene la cualidad de socio; 2.º) Que aunque estuviéramos en un supuesto de existencia de una comunidad de bienes postganancial, la señora ....., como cotitular pro indiviso de participaciones sociales, no ostenta la designación para el ejercicio de los derechos de socio, tal y como exige el artículo 126 de la Ley de Sociedad de Capital, sino que, a falta de esa designación, el ejercicio de estos derechos corresponde al titular formal; 3.º) Que lo que parece el ejercicio de un derecho deviene en la práctica un instrumento para actuar contra el funcionamiento y la solvencia de la sociedad agravado por la circunstancia de que los honorarios del auditor sean a cargo de la entidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 6, 7 y 1344 y siguientes del Código Civil, 126 de la Ley de Capital, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de mayo de 2010.

1.º El presente expediente plantea la cuestión de si la peticionaria de la auditoría reúne o no el requisito de legitimación exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para ejercitar el derecho a la verificación contable.

Sobre la cuestión de la legitimación del socio esta Dirección General ha mantenido 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 caso presente, acreditada en el expediente la pertenencia del 50% del capital social a la comunidad postganancial formada por la solicitante de la auditoría y su ex cónyuge, ha quedado también acreditada la legitimación de la peticionaria para instar el nombramiento registral de auditor de cuentas, puesto que, aunque la sociedad de gananciales haya sido disuelta, se encuentra pendiente de liquidación, siendo aplicables a esta comunidad postganancial las mismas normas que rigen la sociedad de gananciales *(cfr.* art. 1344 y siguientes del Código Civil). Y, dado que 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 por ser su finalidad la de conocer la verdadera situación financiera y patrimonial de la empresa, se ha de concluir que puede ejercitarse por cualquiera de los ex cónyuges.

2.º Por último indicar que, como este Centro Directivo ha proclamado con reiteración, las intenciones maliciosas no pueden examinarse en este procedimiento, dado lo limitado del conocimiento que tiene atribuido, ya que si bien es cierto que dichas 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 de derecho, el frau de ley 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 sólo porque las intenciones maliciosas no puedan presu-

mirse 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 «Biodental, S.L.» y confirmar en acuerdo del Registrador Mercantil de Pontevedra de 14 de febrero 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, 29 de febrero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 29 de febrero de 2012 (2.ª)

En el expediente 39/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bendix, S.A.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca, el 22 de febrero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Bendix, S. A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su apoderada, doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la sociedad carece de medios para hacer frente a la auditoría de cuentas solicitada.

III

El Registrador Mercantil de Palma de Mallorca, con fecha 7 de marzo de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor y mantuvo que las alegaciones de la sociedad no cuestionan la legitimación del solicitante, ni aportan prueba documental sobre la improcedencia del nombramiento, sino que solo alegan que la auditoría es inviable por la mala situación económica por la que atraviesa la sociedad. Al respecto se ha de señalar que es reiterada la doctrina mantenida por la dirección General de los Registros y del Notariado, en particular en sus Resoluciones de 2, 8, 16, 21 de octubre de 1998, 28 de noviembre de 1998 y de 2 de junio de 1999, entre muchas otras, en las que resuelve que los gastos de auditoría son siempre de cuentas 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 28 de noviembre de 1998 y de 2 de junio de 1999, y, como más reciente, la de 22 de octubre de 2010.

La única cuestión que platea el presente expediente se centra en determinar si el derecho que a los socios minoritarios reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital puede ser enervado por la alegación social relativa a la mala situación económica que atraviesa la sociedad. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente manteniendo que no puede imponerse a este derecho del socio minoritario condicionamientos distintos a los contemplados en el mismo precepto que lo reconoce que son el de reunir el 5% de capital de la sociedad y el de haber ejercitado el derecho dentro de los tres meses siguientes al cierre del último ejercicio económico.

Por tanto, procede confirmar la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Palma de Mallorca, pues el precitado artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, dispone de manera taxativa y sin que quepa margen interpretativo alguno, que los gastos que la auditoría comporta corren siempre de cuenta de la sociedad, sin importar la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, doña ....., apoderada de «Bendix, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Palma de Mallorca el 7 de marzo 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, 29 de febrero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Palma de Mallorca.

Resolución de 1 de marzo de 2012 (1.ª)

En el expediente 37/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gloobo, Pasajeros y Publicidad, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Sevilla el 3 de enero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Gloobo, Pasajeros y Publicidad, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que el solicitante silenció que el día 21 de diciembre de 2011 la sociedad acordó en Junta general un aumento de capital social de 33.000 euros mediante la emisión de otras tantas participaciones sociales. Respecto de dicha ampliación el solicitante de la auditoría de cuentas solo puedo ejercitar el derecho de adquisición preferente de 11.110 participaciones. Además de lo anterior, el solicitante ha declarado que no va a suscribir nuevas participaciones sociales, lo que deja reducida su participación en el capital social al porcentaje del 3,6, sin duda, inferior al exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Socieda-

des de Capital. De lo expuesto se desprende que está interesando una auditoría y alegando una participación en el capital social que sabe que no tiene.

III

El 4 de febrero de 2011, el solicitante de la auditoría de cuentas, don ....., presentó en el Registro Mercantil un escrito alegando lo que a su derecho convenía y reiterando su solicitud de auditoría para verificar las correspondientes al ejercicio 2010.

IV

El Registrador Mercantil de Sevilla, con fecha 10 de febrero de 2010, acordó estimar la solicitud presentada por la minoría. Tras señalar que el solicitante reúne sobradamente los requisitos de legitimación y tiempo exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, mantuvo que no puede enervar su pretensión la alegación de la sociedad sobre una ampliación de capital social que no consta presentada ni inscrita en el Registro Mercantil, en el momento de la presentación de la instancia del socio minoritario, que es el momento al que hay que referir la legitimación del solicitante. Por último, en cuanto a la alegación que deja entrever posibles intenciones maliciosas del peticionario, recordó la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, según la cual el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que estas 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.

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, manteniendo las alegaciones aducidas en su escrito de oposición y añadiendo que el solicitante de la auditoría de cuentas no tiene la legitimación que alegó, al haber perdido su porcentaje de participación en el capital social del 5%, dado que no acudió a la ampliación de capital, acordada por la Junta general de socios el 20 de diciembre de 2010. Adjuntaba a su escrito copia de la escritura de ampliación de capital, de 17 de febrero de 2012, autorizada por el Notario de Tomares, don ....., bajo el número 217 de su protocolo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 19 de octubre de 2007 y la de 5 de julio de 2010.

1.º La primera cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar si el acuerdo de aumento de capital social, adoptado por la Junta General Ordinaria de la sociedad, el 21 de diciembre de 2010, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor, puede enervar dicha petición por falta de legitimación de este al haber disminuido –como alega la sociedad– su participación en el capital social, dejándola en un porcentaje inferior al 5%.

Sobre la valoración de la legitimación del socio minoritario, este Centro Directivo ha mantenido, que existe un momento concreto para apreciar si el solicitante de la auditoría reúne las circunstancias de capital y tiempo exigidas por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para ejercitar el derecho a la verificación contable. Este momento no es otro que el de la presentación de la instancia en el Registro Mercantil.

Por ello, en el caso presente, no puede prosperar la pretensión deducida en el recurso, pues ha quedado acreditado en el expediente por el contenido del Registro Mercantil que el solicitante de la auditoría reunía más del 5% de capital social, exigido para ejercitar el derecho, en el momento de presentar su instancia en el Registro Mercantil, el 3 de enero de 2011, para solicitar y obtener el nombramiento registral de auditor.

Las alegaciones de la sociedad no han logrado, en modo alguno, desvirtuar dicha legitimación, puesto que la inscripción de la escritura de aumento de capital social en el Registro Mercantil es obligatoria en el derecho español, de forma que el Registrador solo puede tener en cuenta el capital social inscrito para declarar la procedencia del nombramiento solicitado, siendo así que, como bien resulta del expediente, el acuerdo de la Junta General de 21 de diciembre de 2011 no se elevó a escritura pública sino hasta el 17 de febrero de 2011, muy posteriormente a que el socio minoritario ejercitase su derecho. Consecuentemente, se ha de concluir con el Registrador Mercantil de Sevilla que el socio minoritario reunía, el 3 de enero de 2011 –fecha en la que presentó su instancia en el registro Mercantil –más del 5% de capital social que le legitiman para ejercitar el derecho.

2.º Respecto al posible abuso de derecho por parte del solicitante, procede reiterar la doctrina de este Centro Directivo, conforme a la cual el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que estas 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 socie-

dad 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 «Gloobo Pasajeros y Publicidad, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Sevilla el 10 de febrero 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, 1 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.

Resolución de 1 de marzo de 2012 (2.ª)

En el expediente 38/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Morrazo Trading, S.L.».

HECHOS

I

Doña....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Pontevedra, el 18 de enero 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Morrazo Trading, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su representante, don ....., presentó un escrito manifestando que, si bien no se opone a la pretensión de la minoría, sí considera necesario por razones económicas, que el auditor de cuentas designado por la Registradora Mercantil sea el de la sociedad.

III

La Registradora Mercantil de Pontevedra, con fecha 3 de febrero de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor y rechazó la pretensión de la sociedad de nombrar a su propio auditor de cuentas, por entender que el Reglamento del Registro Mercantil exige que el auditor de cuentas sea designado por el procedimiento ordinario previsto en su artículo 355.

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 265.2 de la Ley de Sociedades Capital 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.

Procede confirmar el fundamento de derecho único de la resolución recurrida. En efecto, cuando la Ley de Sociedades de Capital en su artículo 265.2 reconoce a la minoría la posibilidad de solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas, implícitamente, está previendo que dicho nombramiento se realice con sujeción al procedimiento ordinario, regulado en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil. Así se deduce del último inciso del precitado artículo 265 cuando dispone que los gastos de auditoría corran siempre por cuenta de la sociedad. En parecidos términos se pronuncian los artículos 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, ya citado, no siendo posible acceder a la pretensión de la sociedad, puesto que, si así se hiciera, el nombramiento lo estaría realizando la empresa afectada por la petición de auditoría de cuentas formulada por el socio minoritario y no el Registrador Mercantil del domicilio social como disponen la Ley de Sociedades de Capital y el Reglamento del Registro Mercantil

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, don ....., representante de «Morrazo Trading, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Pontevedra. el 3 de febrero 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, 1 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 1 de marzo de 2012 (3.ª)

En el expediente 40/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cauchos Jema, S.A.».

HECHOS

I

Don ....., como apoderado de doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 1 de febrero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Cauchos Jema, S.A.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010.

II

La sociedad, a través de su apoderado, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que los solicitantes no justifican su solicitud, siendo su verdadero interés el dificultar el funcionamiento de la empresa ante la negativa del resto de los socios de adquirir su paquete de acciones de la sociedad. 2.º) Que las cuentas anuales del ejercicio vencido todavía no han sido formuladas, pues los administradores están en plazo para ello. 3.º) Que el nombramiento de auditor supone un gasto innecesario para la sociedad.

III

El Registrador Mercantil número XVI de Madrid, el 3 de marzo de 2011, 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, añadiendo que al escrito de oposición sólo se aportó una simple fotocopia de la escritura de poder. En cuanto a la alegación de la sociedad sobre lo que a su juicio es la verdadera intención del socio, el Registrador Mercantil indicó que, estando la solicitud fundada en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de capital y habiéndose mantenido por el solicitante que su pretensión

es la de obtener el nombramiento registral de auditor para verificar las cuentas del último ejercicio económico, no cabe duda alguna de cuál es su intención, sin perjuicio de que, en base a dicho informe de auditoría pueda estimar con mayores elementos de juicio cual es el valor razonable de sus acciones. Por otra parte, 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. Respecto a la incidencia que puede tener en el ejercicio de los derechos del socio el que las cuentas anuales no hayan sido formuladas por los administradores, el Registrador Mercantil señaló que la presencia de auditores puede servir como acicate para formularlas, siendo así que esta circunstancia no condiciona el trabajo de auditoría. Por último, mantuvo que el derecho de información que ostentan todos los socios de entidades mercantiles es distinto al derecho a la verificación contable.

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 presenta instancia sin necesidad de repetición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 sobre las que este Centro Directivo se ha pronunciado reiteradamente. La primera de ellas es la relativa a la causa de la solicitud que, en opinión de la sociedad, debió expresarse en la instancia solicitando el nombramiento de auditor de cuentas. Sobre la cuestión de la causa, este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente que en aquellas solicitudes formuladas por socios de entidades mercantiles no sujetas por ley a la obligación de presentar sus cuentas verificadas por un auditor, es decir, aquellas fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la inexpresión de la causa o su expresión insuficiente es irrelevante en el procedimiento, dado que ésta es siempre y típicamente la misma, a saber, la inexistencia de una auditoría previa.

2.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.

3.º En cuanto a las intenciones que han llevado a la peticionaria a solicitar la auditoría de cuentas, como indicó el Registrador Mercantil de Madrid, el limitado ámbito de conocimiento atribuido por el Reglamento del Registro Mercantil 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.

4.º Por último, el hecho de que la información contable esté a disposición de quien, en el ejercicio de su derecho, solicitó al Registrador Mercantil la auditoría de cuentas, se da por supuesto en las sociedades sujetas a las obligaciones que la Ley de Sociedades de Capital impone a los administradores sociales. La precitada ley reconoce el derecho de todos los socios a la información económica y contable de la sociedad, el cual aunque relacionado, resulta distinto al derecho de auditoría, tanto por su finalidad y requisitos, como por las condiciones para su ejercicio.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., apoderado de «Cauchos Jema, S.A.», y confirmar la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XVI de Madrid el 3 de marzo 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, 1 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 1 de marzo de 2012 (4.ª)

En el expediente 41/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Comusaz 2009, S.L.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de ..... el 15 de febrero de 2011 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital de «Comusaz 2009, S.L.L», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2011.

II

A la vista de dicha instancia, el Registrador Mercantil de Madrid requirió al solicitante para que aportara al expediente los documentos acreditativos de su legitimación, pues de la documentación que adjuntó a su instancia, dicha legitimación no resulta acreditada. Por el contrario, de los datos registrales resulta que la sociedad era unipersonal. A dicho requerimiento el solicitante manifestó que la venta de sus participaciones sociales no se produjo sino hasta el día 1 de diciembre de 2010, por lo que considera acreditada su legitimación para instar el nombramiento registral de auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil número X de Madrid, con fecha 8 de marzo de 2011, acordó desestimar la solicitud, al entender que, según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el requisito de ostentar el solicitante el 5% de capital social debe reunirse en el momento de solicitar el nombramiento, de tal forma que el no ostentar la condición de socio o la participación mínima en el capital social legalmente exigida, privan al solicitante de la legitimación, aunque con anterioridad a la presentación de su instancia la hubiese ostentado.

IV

Contra dicha resolución el solicitante de la auditoría de cuentas interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General manteniendo que se encontraba en

una situación de indefensión, puesto que nadie le había informado de la imposibilidad de solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas después de haber vendido sus participaciones sociales. Por el contrario tenía la convicción de que solo se podía solicitar el nombramiento en los tres primeros meses siguientes al cierre del ejercicio a auditar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.0 2 de la Ley de Sociedades de Capital, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Procede confirmar en esta resolución el fundamento jurídico único de la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid. En efecto, el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital que reconoce y regula el derecho de los socios minoritarios al nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil, exige para su ejercicio como condición sustantiva, la de ostentar la condición de socio de la compañía y, además, reunir un porcentaje de capital social mínimo del 5%.

En aplicación de dicho precepto legal, este Centro Directivo ha mantenido que existe un momento procedimental concreto para apreciar si el peticionario reúne o no las condiciones exigidas por el precitado artículo y es el momento de la presentación de la instancia en el Registro Mercantil, por ser entonces y no antes cuando el interesado pretende ejercitar el derecho. En el caso presenta, el propio interesado mantiene en el escrito de interposición del recurso de alzada que vendió sus participaciones sociales el 1 de diciembre de 2010, siendo así que perdió desde la transmisión de participaciones, la condición de socio de la compañía y con ella perdió la legitimación para ejercitar el derecho que el artículo 265.2 reconoce a los socios de determinadas entidades mercantiles.

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 «Comusaz 2009, S.L.L», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número X de Madrid. el 8 de marzo 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, 1 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número X de Madrid.

Resolución de 7 de marzo de 2012 (1.ª)

En el expediente 42/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Grupo BB Servicios Diversos, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 7 de febrero de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 50% del capital social de «Grupo BB Servicios Diversos, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011. Adjuntaba a su escrito copia simple de escritura de aumento de capital, otorgada el 6 de noviembre de 2007; y copia simple de escritura de aumento de capital, cese y nombramiento de cargos y modificación de estatutos de 25 de junio de 2007.

II

La sociedad, a través de su Consejero Delegado, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que hasta el 31 de octubre de 2008 el solicitante fue miembro del Consejo de Administración de la sociedad, habiendo sido cesado y no aprobada su gestión como Consejero. El motivo del cese fue que no venía desempeñando su cargo con la debida diligencia y también por la comisión de diversas irregularidades que alteraron la imagen fiel del patrimonio social. 2.º) Que la sociedad se ha sometido también a un proceso de verificaciones e inspecciones de la AEAT para regularizar las declaraciones tributarias realizadas cuando el solicitante fue Consejero Delegado de la compañía. 3.º) Que, sin perjuicio de no constar inscrito el nombramiento de auditor de cuentas, la sociedad en diversas ocasiones ha tenido que contratar los servicios de auditor de cuentas para acometer diversas modificaciones estructurales.

III

El Registrador Mercantil de Barcelona, el 24 de febrero de 2011, 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 a la interposición de diversas querellas contra el peticionario, señaló que el ejercicio de este derecho no depende del resultado penal de estas. El hecho de que no estén formuladas las cuentas anuales tampoco impide que el solicitante ejercite su derecho, dado que el informe de auditoría puede cumplir, además de verificar dichas cuentas, otras finalidades, como que los socios puedan disponer antes de la Junta General que habrá de aprobarlas del informe elaborado por un auditor de cuentas. En cuanto a las auditorías voluntarias que la sociedad alega, el Registrador Mercantil señaló que, sin perjuicio de que el nombramiento de auditor no consta inscrito en el Registro, la sociedad tuvo que presentar informe de auditoría por haber realizado determinadas modificaciones estructurales para las cuales se requiere el informe de auditor de cuentas, lo que, en ningún caso puede considerarse equivalente al informe de las cuentas

anuales que debe realizarse a instancias del socio minoritario por auditor nombrado por el Registrador Mercantil, al amparo de lo dispuesto en el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital. Por último y, a mayor abundamiento, la Dirección General de los Registros y del Notariado siempre ha exigido la concurrencia de 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 no ha acreditado ninguna de las dos condiciones exigidas, puesto ni acredita la contratación de auditor, ni tampoco que el auditor hubiese aceptado el encargo de auditoría con anterioridad a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil, ni se ha garantizado por cualquiera de los medios señalados el derecho del socio minoritario.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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, 31 de octubre de 2009, 15 de abril y 27 de septiembre de 2010.

1.º La primera cuestión que plantea el presente recurso se centra en determinar si la interposición de tres querellas criminales por la administración de la sociedad contra el peticionario de la auditoría puede enervar su derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas. Al respecto cabe señalar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital, no estando sujeto el ejercicio de este derecho más que a los requisitos de que el solicitante ostente la condición de socio con una participación en el capital social de al menos el 5% de este y de que ejercite el derecho en el plazo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, no ha de tener incidencia alguna en el ejercicio de este derecho el resultado final que recaiga en querellas interpuestas contra él, puesto que en ninguna de ellas se discute ni su condición de socio ni tampoco su propiedad sobre las participaciones sociales que alegó y que le legitiman para el ejercicio del derecho a la verificación contable.

2.º Tampoco el hecho de que las cuentas no hayan sido formuladas por quien en su momento fue uno de los administradores sociales puede impedir

que el socio ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, dado que aun cuando las cuentas no hayan sido formuladas, la auditoría de cuentas puede dar a conocer si la contabilidad se ha realizado o no de manera ajustada a derecho, para fundamentar, en su caso, futuras acciones civiles de responsabilidad de los administradores sociales.

3.º Por último, mantiene la sociedad que, aun cuando el nombramiento de auditor no conste inscrito, la sociedad tuvo que nombrarlo para que emitiera informe de auditoría con el fin de acometer diversas modificaciones estructurales. Pues bien, este Centro Directivo se ha pronunciado reiteradamente sobre la posibilidad de que el nombramiento voluntario efectuado por la sociedad enerve el derecho del socio, manteniendo que para ello sea posible la sociedad debe acreditar que el nombramiento de auditor de cuentas 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.

No entenderlo así significaría convertir en regla general lo que solo es una excepción al nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil a instancia 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, ni siquiera ha acreditado que, efectivamente, se hubiera realizado la contratación de auditor, dado que no aportó documento probatorio de la aceptación por parte de éste y, además de lo anterior, tampoco garantizó el derecho del solicitante por ninguno de los medios anteriormente señalados. Consecuentemente debe ser reconocido el derecho del peticionario al nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., Consejero Delegado de «Grupo BB Servicios Diversos, S.L.», la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XIV de Barcelona el 24 de febrero 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, 7 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

Resolución de 7 de marzo de 2012 (2.ª)

En el expediente 43/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «5 High Perfomance, S.L.».

HECHOS

I

Doña ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 10 de febrero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «5 High Perfomance, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010. Adjuntaba a su escrito copia simple de la escritura de constitución de la sociedad, autorizada por el Notario de Barcelona, don ..... el 27 de diciembre de 1995, bajo el número 2521 de su protocolo.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, falta de legitimación de la solicitante de la auditoría de cuentas, dado que sus participaciones fueron transmitidas íntegramente a don ..... el día 3 de diciembre de 2007, según documento privado de compraventa adjunto.

III

La Registradora Mercantil número X de Barcelona, con fecha de 28 de febrero de 2011, acordó estimar la solicitud por entender que la solicitante de la auditoría de cuentas había aportado un principio de prueba por escrito que resultaba confirmado por los datos que constan en la hoja abierta a la sociedad, sin que esta haya desvirtuado dicho principio de prueba, puesto un documento privado no puede desvirtuar la presunción de validez y exactitud de los documentos inscritos en el Registro Mercantil, sin perjuicio de su posible eficacia entre quienes lo firmaron. A mayor abundamiento, por expresa disposición del artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital, la transmisión de participaciones sociales debe constar en documento público.

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. Solicitaba la denegación de la petición de auditoría o, en su caso, dejar en suspenso dicha solicitud hasta que los Tribunales de Justicia determinen la verdadera titularidad de las participaciones sociales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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, 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 recientes, 7 de abril de 2009 y 12 de mayo de 2010.

1.º Procede confirmar en esta resolución el fundamento único del acuerdo recurrido, dado que la solicitante ha aportado un principio de prueba por escrito de su legitimación, consistente en la copia de la escritura pública de constitución de la sociedad, autorizada por el Notario de Barcelona, don..... el 27 de diciembre de 1995, bajo el número 2521 de su protocolo, que la acreditan como socia y como titular de un número participaciones sociales representativas de un porcentaje de capital social superior al 5% exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para ejercitar el derecho a la verificación contable.

Dicho principio de prueba no ha sido desvirtuado por la administración social recurrente que se limitó a negar la legitimación de la peticionaria sobre la base un documento privado de compraventa de participaciones sociales, que no puede hacer prueba frente a los datos inscritos y publicados en el Registro. Como indicó la Registradora Mercantil de Barcelona, la Ley de Sociedades de Capital supedita la eficacia de la transmisión de participaciones sociales al otorgamiento de escritura pública. Todo lo anterior debe entenderse, sin perjuicio de los derechos que asistan a las partes que firmaron dicho contrato privado para reclamar ante el Juzgado competente el cumplimiento de las obligaciones contraídas o la resolución de la compraventa *(cfr.* 1124 del Código Civil)

2.º Por último indicar, respecto a la solicitud de suspensión del procedimiento deducida por el recurrente en el escrito de interposición del recurso de alzada, que este Centro Directivo solo puede acordarla cuando con anterioridad a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil solicitando la auditoría de cuentas, se acredita que se está discutiendo en vía judicial la titularidad que el peticionario alega sobre un número de acciones o participaciones sociales representativas del 5% del capital de la sociedad, lo que no ha ocurrido en el caso que plantea el presente expediente.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de «5 High Perfomance, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Barcelona el 28 de febrero 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, 7 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

Resolución de 8 de marzo de 2012

En el expediente 45/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bocarte Siglo XXI, S.L.».

HECHOS

I

Doña ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Oviedo el 25 de marzo de 2011, solicitando, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 359 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil como titulares del 5% del capital social de «Bocarte Siglo XXI, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010. Adjuntaba a su instancia escritura pública de constitución de la sociedad.

II

La sociedad, a través, de don ..... y doña ....., en su condición de administradores mancomunados de la misma, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad atraviesa una situación difícil a consecuencia de la crisis económica, con lo que el pago de honorarios de auditoría supone un gasto extraordinario difícil de abordar. 2.º) Que en ejercicios anteriores la solicitante ejercitó su derecho de información al amparo de los artículos 93. *d)* 196 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

La Registradora Mercantil de Oviedo, con fecha 8 de marzo de 2010, acordó estimar la solicitud formulada ya que la petición se formuló dentro del plazo hábil para ello, ostentando la solicitante más del 5% del capital social. En cuanto a lo alegado por la Sociedad relativo al conste de la auditoría, como ha mantenido la Dirección General de Registros y

del Notariado, el coste de la auditoría de cuentas, por disposición expresa de la Ley, corre siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la difícil situación económica en que se encuentre. Tampoco puede prosperar la pretensión de que la solicitante ha ejercitado el derecho de información y puede tener conocimiento del estado contable, puesto que información y auditoría de cuentas son derechos que , aunque relacionados, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio.

IV

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 y añadiendo que la peticionario ejercitó el derecho a la verificación contable en ejercicios anteriores, por lo que tiene un conocimiento claro de la forma de llevar la contabilidad y de la situación económica de la compañía.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 10 de mayo de 2001, 14 de enero y 12 de febrero de 2003 y 11 de junio de 2007.

1.º Procede confirmar en todos sus extremos la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Oviedo, que no hace sino reiterar la doctrina mantenida por este Centro Directivo. En efecto, el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone de manera taxativa y sin que quepa margen interpretativo alguno que los costes de la auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica que atraviese.

2.º Respecto de esta nueva alegación aducida en el recurso de alzada, relativa a que la solicitante ejercitó este derecho en ejercicios económicos pasados y, por tanto, puede tener idea de cual es la realidad empresarial, cabe señalar que, no existiendo más limitaciones al ejercicio del derecho que las de ostentar un porcentaje de capital equivalente al 5% y la de presentar la instancia dentro de los tres primeros meses del ejercicio cuya auditoría se solicita, resulta evidente que se trata de un derecho reiterable, sin que su ejercicio en periodos anteriores pueda condicionar en modo alguno el que pueda hacer el mismo socio en ejercicios futuros, siendo así que para cada ejercicio social, puede emitirse la opinión profesional e independiente del auditor de cuentas que sea designado por el Registrador Mercantil.

3.º Por último, indicar que los derechos de información y auditoría, aunque relacionados, resultan diferentes tanto por su finalidad y requisitos, como por las condiciones exigidas por la Ley para su ejercicio, pues en el primer supuesto la ley configura a favor del socio el derecho de obtener toda la infor-

mación contable de la compañía, mientras que en el derecho a la verificación contable configura a su favor y en las condiciones que determina, la posibilidad de que esa información sea verificada por un auditor de cuentas *(cfr.* art. 272. 2 de la Ley de Sociedades de Capital)

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ..... y doña ....., en su condición de administradores mancomunados de «Bocarte Siglo XXI, S.L.» y confirmar la Resolución de la Registradora Mercantil de Oviedo, de fecha 8 de marzo 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, 8 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Oviedo.

Resolución de 9 de marzo de 2012

En el expediente 46/2011 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 Sevilla, el 4 de enero de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 2010.

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 nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo para los ejercicios 2009

y 2010. Efectivamente el 18 de diciembre de 2009 el Consejo de Administración procedió a nombrar auditor de cuentas a la firma auditora «M.B. Consultores y Auditores, S.L.», Dicho nombramiento fue aceptado por el administrador solidario de dicha firma. Si bien el nombramiento de auditor para el ejercicio 2009 fue recurrido ante la Dirección General, no puede decirse lo mismo de este ejercicio 2010, puesto que se hizo en tiempo y forma, con anterioridad a que la solicitante ejercitara su derecho.

III

Trasladado por el Registrador Mercantil de Sevilla dicho escrito de oposición a la socia minoritaria para que alegara lo que estimara conveniente en defensa de su derecho, esta presentó un escrito el 16 de febrero de 2011 en el que alegó que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas no puede enervar su derecho, dado que no fue nombrado por la Junta general de socios, sino por el Consejo de Administración, en contra de lo preceptuado en la legislación vigente.

IV

El Registrador Mercantil de Sevilla, con fecha 5 de marzo de 2011, acordó desestimar la solicitud formulada por la socia minoritaria. Mantuvo que la sociedad no está obligada a la verificación contable y por tanto puede nombrar auditor de cuentas el órgano de administración social, siendo así que en el caso presente el nombramiento se acordó por unanimidad en el Consejo de Administración de 18 de diciembre de 2009 y recayó en la firma auditora «M.B. Consultores y Auditores, S.L.», cuyo administrador solidario, don ..... aceptó dicho nombramiento. Así resulta de los documentos aportados al expediente que son la certificación de la reunión del Consejo de Administración extendida por el Secretario con el visto bueno de su Presidenta, doña ....., cuyas firmas aparecen legitimadas notarialmente, como también la firma del administrador de la firma auditora. Dichas certificaciones fueron presentadas en el Registro para la inscripción del nombramiento el 19 de febrero de 2011, la cual quedó en suspenso hasta la resolución de la solicitud que inició este expediente. El Registrador Mercantil continuó señalando que, en el caso presente, concurren las dos condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas pueda enervar el derecho de la solicitante, es decir: *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. Por tanto la auditoría voluntaria ha enervado el derecho de la peticionaria al nombramiento de auditor de cuentas.

IV

Contra dicha resolución la solicitante de la auditoría interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General manteniendo que el nombramiento de auditor de cuentas efectuado por la sociedad no garantiza su derecho, pues infringe lo preceptuado en la Ley de Sociedades de Capital que exige que, en todo caso, sea nombrado por la Junta General de socios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 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, en contra de lo que entiende la recurrente, la exigencia legal de que sea la Junta General la que proceda a nombrar auditor de cuentas solo reza para las sociedades que no pueden presentar en el Registro Mercantil sus cuentas anuales en forma abreviada, es decir, aquellas obligadas por la ley a presentar en el registro mercantil sus cuentas anuales auditadas por un experto independiente, lo que es el caso de la sociedad afectada por la solicitud que inició este expediente.

Por lo demás, señalar que la auditoría voluntaria contratada por la sociedad reúne las dos condiciones necesarias para enervar el derecho de la peticionaria, puesto que ha acreditado la anterioridad a la petición mediante las certificaciones del Secretario del Consejo de Administración y la de la aceptación de la firma auditora, ambas con firmas legitimadas con anterioridad al momento en que la solicitante presentó su instancia en el registro mercantil. Dicha documentación fue presentada para su inscripción el 19 de febrero de 2011 y suspendida por el Registrador Mercantil hasta la resolución de la solicitud que inició este expediente, por lo que ha quedado garantizado el derecho de la peticionaria al informe de auditoría del ejercicio 2010.

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 «Agroganadera San Gabriel, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Sevilla, el 5 de marzo 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, 9 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.

Resolución de 12 de marzo de 2012 (1.ª)

En el expediente 35/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Energy Works España, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 13 de enero de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Energy Works España, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su representante, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que el 3 de enero de 2011 se formalizó el encargo de auditoría con la empresa «AGM Fiscal, S.L.», siendo válido dicho nombramiento porque la empresa no está obligada a la verificación contable.

III

El Registrador Mercantil número XI de Madrid, el 31 de enero de 2011, requirió a la sociedad para que aportara al expediente la fecha fehaciente del nombramiento de auditor de cuentas y la aceptación por parte de éste, procediendo, en su caso, a la inscripción del nombramiento. Así lo hizo la indicada representación de la sociedad mediante escrito presentado en el Registro Mercantil el 23 de febrero de 2011, en el que manifestó que entendía notoria la fecha en que el documento fue firmado por la sociedad y por el auditor.

IV

El Registrador Mercantil número XI de Madrid, con fecha 25 de febrero de 2011, 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 adjuntó al expediente la carta de encargo firmada por la sociedad y por una persona sin identificar en nombre de la firma auditora. En el requerimiento que el Registrador Mercantil dirigió a la sociedad, esta no acreditó en los términos establecidos en el artículo 1227 del Código Civil la anterioridad de la contratación 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.

VI

Por oficio del Registrador Mercantil ..... de 14 de noviembre de 2011, con entrada en este Centro Directivo el 17 de noviembre de ese mismo año, el Registrador Mercantil Madrid comunicó a este Centro Directivo la renuncia formulada por el solicitante de la auditoría de cuentas mediante escrito de 3 de noviembre de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Este Centro Directivo ha resuelto aceptar de plano la renuncia formulada por don ..... a su solicitud de auditoría de cuentas del ejercicio 2010 para la sociedad «Energy Works España, 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, 12 de marzo de 2011.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado,Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XI de Madrid.

Resolución de 12 de marzo de 2012 (2.ª)

En el expediente 48/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Serviflex Duo, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 9 de febrero de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Serviflex Duo, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

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 externo para el ejercicio 2010.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, con fecha 21 de febrero de 2011, acordó conceder a la sociedad un plazo de diez días con el fin de que aportara testimonio u original de la escritura de poder y, a efectos de garantizar al socio el informe de auditoría, se procediera a la inscripción del nombramiento de auditor o se acreditase haber puesto el informe a disposición del socio o bien se aportara al expediente. A dicho requerimiento la indicada representación social contestó mediante escrito de 1 de marzo de 2011 al que adjuntó la documentación requerida y copia del resguardo de la presentación a inscripción.

IV

Con fecha de 7 de marzo de 2011 el Registrador Mercantil número XII de Madrid acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que la sociedad había acreditado que la auditoría voluntaria reúne 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, se ha garantizado el derecho del socio al informe de la auditoría de las cuentas del ejercicio 2010, al haber acreditado el nombramiento previo de la firma auditora «Acisa Auditores $ Asesores, S.L.», presentado para su inscripción el 28 de febrero de 2011.

V

Contra dicha resolución el solicitante de la auditoría de cuentas interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis: 1.º) Que la convocatoria de la indicada Junta general en la que se adoptó el acuerdo de nombrar auditor de cuentas nunca llegó a notificarse. 2.º) Que el nombramiento no es más que una maniobra de la sociedad para evitar que un auditor imparcial nombrado por el Registrador Mercantil verifique la contabilidad social.

VI

El 5 de octubre de 2011 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un escrito firmado por el solicitante de la auditoría de cuentas en el que renunciaba a su solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 2010 de «Serviflex Duo, 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, 12 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 14 de marzo de 2012 (1.ª)

En el expediente 49/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tejidos y Confecciones Montemar, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Castellón, el 9 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Tejidos y Confecciones Montemar, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ..... y don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que lo único que pretende el solicitante es causar un daño a la sociedad, dado que conoce la contabilidad de la empresa por haber sido el jefe de División y, por tanto, ha tenido un control real y efectivo de la contabilidad de la empresa.

III

El Registrador Mercantil de Castellón, con fecha 18 de marzo de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, sobre la base de que, conforme a la 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 *(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 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 al conocimiento que tuvo el solicitante de la contabilidad social, pues ha quedado acreditada su condición de socio y, como tal, ejercita un derecho que la ley le reconoce, siendo distintos los derechos de información y de auditoría. Finalizó manteniendo que al inicio del expediente no procede hacer constar ninguno de los preceptos citados por la sociedad, sino que solo procede trasladar copia de la instancia y documentación adjunta.

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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 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 del solicitante por el hecho de entender necesaria la auditoría, cabe reiterar la doctrina de este Centro Directivo manteniendo 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.

2.º Tampoco puede enervar la petición del socio minoritario, las consideraciones que la sociedad realiza en torno al conocimiento previo que ha tenido y tiene sobre la contabilidad social, dado 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 *(cfr.* art. 196 y 197 en relación con el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital,)

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.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Castellón el 18 de marzo 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, 14 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Castellón.

Resolución de 14 de marzo de 2012 (2.ª)

En el expediente 50/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una sociedad accionista de «Vivisur Proyectos Inmobiliarios, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., como administrador único de «Gestión de inmuebles y vehículos, S.L.», presentó el 18 de febrero de 2011, un escrito en el Registro Mercantil de Madrid solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Vivisur Proyectos Inmobiliarios, S.L.», el nombramiento de auditor con el fin de conocer si las

cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010 ofrecen la imagen fiel de patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

II

La sociedad presentó un escrito con firma ilegible, oponiéndose a dicha pretensión en base a que en la compañía las firmas son mancomunadas, siendo una de éstas firmas la de «Gestión de inmuebles y vehículos, S.L.», donde la administración, gestión y custodia de documentos participa en su integridad, teniendo acceso a toda la información y documentación sin ningún tipo de restricción. Mantuvo que la empresa carece de liquidez para hacerse cargo de los gastos de la auditoría de cuentas.

III

El Registrador Mercantil número X de Madrid, con fecha 11 de marzo de 2011, resolvió no acceder al escrito de oposición formulado, al entender que la petición formulada por la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos. El hecho de que las firmas en la sociedad sean mancomunadas, poco importa cuando quien firma el escrito no se identifica, ni acredita la representación que ostenta. El hecho de que la sociedad no tenga liquidez para hacer frente a los gastos de auditoría no puede impedir que el socio ejercite su derecho, dado que así lo dispone con carácter taxativo el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

IV

Contra dicha resolución don ..... y don ..... como administradores mancomunados de la sociedad interpusieron, en tiempo y forma, recurso de alzada ante esta Dirección General insistiendo en que el único motivo de oposición es que la sociedad no puede hacer frente a los costes de la auditoría y en que la entidad mercantil solicitante no es socia minoritaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, 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, 28 de mayo y 8 de junio de 1993, 15 de febrero y 4 de julio de 1994 y, como más reciente, la de 12 de mayo de 2005 y 31 de enero de 2006.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad recurrente. En primer lugar, y poco ha de importar para que ejercite su derecho que el solicitante ostente una posición mayoritaria en la sociedad afectada por su instancia, pues cuando el artículo 265.2 reconoce el derecho de la minoría a la verificación contable solo exige el cumplimiento de una condición sustantiva que es la de osten-

tar la titularidad de al menos el 5% de capital social, sin imponer un límite máximo para solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas para un determinado ejercicio y otra temporal relativa a la imposición de un plazo de caducidad de tres meses contados desde el cierre del ejercicio económico anterior para presentar la instancia en el Registro Mercantil.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación sobre la falta de recursos económicos que padece la sociedad, dado que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de capital mantiene taxativamente y sin que quepa margen interpretativo alguno que los gastos 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 «Vivisur Proyectos Inmobiliarios, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número X de Madrid el 11 de marzo 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, 14 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número X de Madrid.

Resolución de 14 de marzo de 2012 (3.ª)

En el expediente 47/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ecomueble, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Palencia, el 7 de febrero de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del

capital social de «Ecomueble, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que lo único que pretende el solicitante es causar un daño a la sociedad, dado que existe un conflicto entre ambas partes. Adjuntó a su escrito copia del Burofax sobre convocatoria de Junta General y Decreto de 10 de noviembre de 2010, expedido por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia número 1 de ..... del procedimiento de Autos de conciliación 469/2010.

III

El Registrador Mercantil de Palencia, con fecha 9 de marzo de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, sobre la base de que el solicitante reúne las condiciones de capital y tiempo exigidas por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para ejercitar el derecho. La existencia de conflictos entre el socio y la sociedad no son causa para enervar el derecho reconocido por la ley al socio minoritario.

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 el socio se había desvinculado de hecho de la marcha de la sociedad y solicitó, asimismo, que se suspendiera el procedimiento hasta que recayera resolución judicial firme en causa civil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital 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. En efecto, el hecho de que el socio se haya desvinculado de la marcha de la sociedad no menoscaba, en modo alguno, su posición en la misma ni sus derechos y obligaciones que le confieren la titularidad sobre un número de participaciones sociales equivalentes al 5% de capital que la ley de Sociedades de Capital exige para

ejercitar el derecho y que son las que le confieren la condición de socio de la compañía.

2.º Tampoco puede prosperar la petición de la sociedad de suspender este procedimiento iniciado con la solicitud de auditoría de cuentas, dado que dicha suspensión solo podría tener lugar si en el procedimiento judicial se estuviera discutiendo la condición de socio del peticionario o el porcentaje de capital que ostenta, siendo así que la resolución final del proceso pudieran acarrear la pérdida de la legitimación para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas.

En el caso presente, de la copia del Decreto dictado por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia de Palencia resulta que el conflicto tuvo lugar por el uso de un vehículo de la empresa y que en el procedimiento de conciliación se alcanzó la avenencia entre las partes. Por tanto, se ha de confirmar en todos sus extremos la resolución recurrida.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, don ....., administrador único de «Ecomueble, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Palencia el 9 de marzo 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, 14 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Palencia.

Resolución de 14 de marzo de 2012 (4.ª)

En el expediente 51/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sociedad de Inversiones Canarias, S.L.».

HECHOS

I

Doña ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, el 11 de febrero de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades

de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Sociedad de Inversiones Canarias, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

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 30 de septiembre de 2010 acordó nombrar voluntariamente auditor de cuentas a don ..... y como sustituto a don ....., tal como se desprende del Acta notarial de la referida Junta General.

III

El Registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 10 de marzo de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la sociedad presentó su escrito de oposición fuera del plazo de cinco días establecido en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil, mantuvo que, conforme a la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado para que el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad pueda enervar el derecho del solicitante de la auditoría, deben concurrir dos condiciones exigidas, 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 2010, ya que no se ha inscrito el nombramiento de auditor de cuentas, ni el informe de auditoría consta en el expediente, 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 socio minoritario no impugnó los acuerdos adoptados en la Junta general de 29 de septiembre de 2010 y tampoco se reservó el ejercicio de ninguna acción legal. 2.º) Que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas ha respetado tanto la Ley de Auditoría de Cuentas como la Ley de Sociedades de Capital y, en consecuencia, no habiéndose hecho constar la oposición a tal acuerdo, deben acatarlo todos los socios. 3.º) Que existen también resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que admiten la auditoría voluntaria y que admiten, incluso, que esta enerve el derecho del socio solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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. En primer lugar, no ha acreditado la anterioridad del contrato con el auditor de cuentas y su suplente, puesto que solo consta fehacientemente la fecha del nombramiento, la de 29 de septiembre de 2010, pero no la fecha de aceptación por parte de dichos auditores, circunstancia básica para conocer si fue, efectivamente, un contrato anterior *(cfr.* art. 1227 en relación con el artículo 1262 del Código Civil). En segundo lugar tampoco ha garantizado el derecho de la

solicitante por ninguno de los medios descritos y, en consecuencia, se ha de reconocer su derecho al nombramiento 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 «Sociedad de Inversiones Canarias, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife el 10 de marzo 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, 14 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife.

Resolución de 15 de marzo de 2012 (1.ª)

En el expediente 52/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Técnica Ganadera, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 17 de febrero de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, como titular de 4180 participaciones sociales de «Técnica Ganadera, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2010. Adjuntaba a su escrito una fotocopia de la lista de asistentes una Junta general ordinaria de 9 de julio de 2010 en la que consta como titular de 4180 participaciones sociales, representativas del 10,450%.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando que en el momento de la presentación de su solicitud el peticionario solo ostenta el 4,80% de capital social, puesto que no acudió a la ampliación de capital acordada por la Junta general extraordinaria el 4 de diciembre de 2009. Adjuntaba a su escrito, entre otros

documentos, solicitud de nombramiento de auditor de cuentas presentada por el propio solicitante; anuncio de la convocatoria de la mencionada Junta publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, así como en el diario «Avui»; Acta de la referida Junta general de 4 de diciembre de 2009.

III

El Registrador Mercantil número XIII de Barcelona, con fecha 10 de marzo de 2011, tras constatar que en la hoja abierta a la sociedad consta la participación del solicitante de más del 5% que le legitima para el ejercicio de este derecho, mantuvo que la sociedad no ha acreditado ni la elevación a público de ese acuerdo social adoptado por el Junta General Extraordinaria ni, mucho menos, la presentación para su inscripción en el Registro Mercantil. Y, en base a estos hechos, acordó estimar la solicitud presentada por la minoría pues, como tiene declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado, la inscripción de aumento de capital social tiene carácter imperativo para que pueda ser tenida en cuenta a efectos del cómputo del porcentaje de participación en el capital social que ostenta el solicitante. Así se despren de los artículos 19.2 del Código de Comercio y 305 de la Ley de Sociedades de Capital. Finalizó el acuerdo manteniendo

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, manteniendo las alegaciones aducidas en su escrito de oposición y que, en consecuencia se dan por reproducidas en la presente instancia y añadiendo que las cuentas anuales fueron presentadas para su depósito en julio de 2009 y, denegado éste por defectos subsanables, se volvieron a presentar con esta finalidad. Dichas cuentas tienen un error material que puede influir en la resolución del presente expediente y es el error en el número de trabajadores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 19 de octubre de 2007 y la de 5 de julio de 2010.

La única cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar si el acuerdo de aumento de capital social, adoptado por la Junta General Ordinaria de la sociedad, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor, puede enervar dicha petición por falta de legitimación de éste al haber disminuido –como alega la sociedad– su participación en el capital social, dejándola en un porcentaje inferior al 5%.

Sobre la valoración de la legitimación del socio minoritario, este Centro Directivo ha mantenido, que existe un momento concreto para apreciar si el solicitante de la auditoría reúne las circunstancias de capital y tiempo exigidas por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para ejercitar el derecho a la verificación contable. Este momento no es otro que el de la presentación de la instancia en el Registro Mercantil.

Por ello, en el caso presente, no puede prosperar la pretensión deducida en el recurso, pues ha quedado acreditado en el expediente por el contenido del Registro Mercantil que el solicitante de la auditoría reunía más del 5% de capital social, exigido para ejercitar el derecho, en el momento de presentar su instancia en el Registro Mercantil, el 17 de febrero de 2011, para solicitar y obtener el nombramiento registral de auditor.

Las alegaciones de la sociedad no han logrado, en modo alguno, desvirtuar dicha legitimación, puesto que, además de no hacer referencia al motivo de la denegación de su oposición, no ha tenido en cuenta las normas legales citadas como fundamento de la resolución recurrida, de las que resulta que la inscripción de la escritura de aumento de capital social en el Registro Mercantil es obligatoria en el derecho español, de forma que el Registrador solo puede tener en cuenta el capital social inscrito para declarar la procedencia del nombramiento solicitado, siendo así que, como bien indica el acuerdo recurrido, el acuerdo de la Junta General de 4 de diciembre de 2010 no fue presentado en el Registro Mercantil para su inscripción. Consecuentemente, se ha de concluir con el Registrador Mercantil de Barcelona que el socio minoritario reunía, el 17 de febrero de 2011 –fecha en la que presentó su instancia en el Registro Mercantil– más del 5% de capital social que la legitiman para ejercitar el derecho.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de «Técnica Ganadera, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XIII de Barcelona el 10 de marzo 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, 15 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XIII de Barcelona.

Resolución de 15 de marzo de 2012 (2.ª)

En el expediente 53/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bean, S.A.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 8 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Bean, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

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 viene contratando a un auditor voluntario para la verificación de las cuentas y en esta línea formalizó en noviembre de 2009 un contrato con la firma auditora «Isalia Auditores y Consultores, S.L.». Con fecha 28 de octubre de 2010 se comunicó a los auditores su reelección por el plazo de un año. La firma auditora, por su parte, remitió carta de 29 de octubre del mismo año respondió remitiendo los honorarios para dicho ejercicio.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, con fecha 23 de marzo de 2011, 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, se ha aportado el contrato firmado por la sociedad y la empresa auditora el 1 de noviembre de 2009, así como el informe de auditoría de dicho ejercicio y de los anteriores 2007, 2006 y 2005 con el fin de acreditar que ha auditado sus cuentas. Sin embargo, esa constancia en la verificación de sus cuentas no garantiza la del año 2010 que es la que solicitó el socio minoritario, dado que los documentos de reelección de auditor y comunicación de honorarios si bien tienen fecha de 28 y 29 de octubre de 2010, respectivamente, lo cierto es que no han tenido entrada en el registro sino hasta el 19 de marzo de 2011 *(cfr.* 1227 del Código Civil) No cumpliéndose el primero de los requisitos para poder enervar la petición del socio minoritario, es indiferente el cumplimiento del segundo.

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 resolución recurrida infringe la doctrina legal sobre eficacia de los documentos privados, en el sentido que la presunción establecida en el artículo 1227 del Código Civil admite prueba en contrario. En el caso presente se aportó el escrito original de la carta de aceptación del encargo profesional al auditor de cuentas del año 2003 y fijaba en su anexo los honorarios a percibir por el auditor y su forma de pago a través de recibos domiciliados comenzando el primero de ellos el 25 de noviembre de 2010 y el último el 25 de octubre de 2011. 2.º) Que, asimismo, la sociedad aportó los justificantes emitidos por el Banco de Santander, por lo que dicha prueba desvirtúa la presunción del artículo 1227 del Código Civil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 pueda 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 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 la anterioridad de la contratación de la auditoría, puesto que la carta del auditor aceptando el encargo, aun siendo original como la sociedad mantiene, no hace prueba respecto de la fecha, en los términos previstos en el artículo 1227. Es cierto que la doctrina del Tribunal Supremo admite otros medios de prueba diferentes a los relacionados en el artículo 1227 del Código Civil –como es el burofax –pero en este caso ni se ha probado la anterioridad por los medios citados por el Registrador Mercantil ni tampoco por otros diferentes, toda vez que no se cuestiona la existencia de una relación contractual, sino que esa relación sea anterior y previa a la presentación de la instancia del socio minoritario solicitando la auditoría de cuentas del último ejercicio vencido. Por tanto, se ha de concluir que debe ser reconocido al socio minoritario el derecho que solicitó.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de «Bean, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Madrid el 23 de marzo 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, 15 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 15 de marzo de 2012 (3.ª)

En el expediente 54/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sonne Construcciones Vernáculas Mallorquinas, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 8 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Sonne Construcciones Vernáculas Mallorquinas, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su representante, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la sociedad ha nombrado auditor de cuentas voluntario para la verificación de las cuentas y en esta línea formalizó en noviembre de 2010 a 2012, según consta en el Acta de requerimiento autorizada por el Notario de Madrid, don ..... el 30 de junio de 2010.

III

El Registrador Mercantil número II de Madrid, con fecha 18 de febrero de 2011, acordó como diligencia para mejor proveer conceder a la sociedad el plazo de diez días para que acreditara, en los términos establecidos en el artículo 1227 del Código Civil, la fecha fehaciente de la aceptación del auditor nombrado por la sociedad, debiendo proceder, en su caso, a la inscripción del nombramiento, a su aportación al expediente del informe de auditoría de cuentas o bien haber puesto dicho informe a disposición del solicitante. A dicho requerimiento la indicada representación social contestó mediante escrito de 8 de marzo de 2011 aportó al expediente copia del escrito de aceptación del auditor de cuentas, al estar el original en dicho Registro Mercantil para su inscripción.

IV

Por resolución de 15 de marzo de 2011 el Registrador Mercantil número V de Madrid 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 la primera de las dos condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para enervar el derecho del socio minoritario a la 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 por la sociedad Acta Notarial que acredita que el nombramiento de auditor fue previo a la solicitud del socio minoritario, sin embargo no se ha acreditado fehacientemente que la aceptación del auditor también haya sido anterior a dicha petición, dado que la fecha de la legitimación de la firma es la de 4 de marzo de 2011 y por tanto, posterior a la iniciación de este procedimiento.

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 aceptación del auditor tuvo lugar en diciembre de 2010 y, por tanto, la auditoría voluntario contratada por la sociedad puede enervar el derecho del solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 pueda 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 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 la anterioridad de la contratación de la auditoría, puesto que la carta del auditor aceptando el encargo, aun estando fechada en diciembre de 2010, no puede hacer prueba frente a terceros sino desde la legitimación notarial de la firma que tuvo lugar el 4 de marzo de 2011, conforme a lo previsto en el artículo 1227. Por lo tanto, debe ser reconocido al socio minoritario el derecho a la auditoría de cuentas que solicitó.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de «Sonne Construcciones Vernáculas Mallorquinas, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número V de Madrid el 15 de marzo 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, 15 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número V de Madrid.

Resolución de 15 de marzo de 2012 (4.ª)

En el expediente 55/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Pago de Almeraes, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Granada, el 21 de febrero de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 5% del capital social de «Pago de Almeraes, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través del Presidente del Consejo de Administración, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante de la auditoría siempre ha tenido a su disposición la información contable y económica de la sociedad, por lo que nunca se ha vulnerado su derecho de información. 2.º) Que los motivos que subyacen a su solicitud no parece que sean éticos, puesto que actúa con cierta falta de lealtad hacia la empresa. 3.º) Que la Junta general se opone a dicha auditoría, dado que la sociedad carece de medios económicos para afrontar los costes.

III

El Registrador Mercantil de Granada, con fecha 4 de marzo de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor y mantuvo que las alegaciones de la sociedad sobre el derecho de información que tiene el socio no puede impedir que ejercite su derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas, dado que los derechos de información y verificación contable por auditor, aunque relacionados, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto las condiciones para su ejercicio. En cuanto a las intenciones del socio solicitante, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que estas 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. En cuanto a los gastos que la auditoría ocasionará a la sociedad, el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone taxativamente que éstos deben ser 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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. En efecto, el derecho

a la información que ostentan todos los socios de entidades mercantiles es diferente al derecho a la verificación contable que solo puede ser ejercitado por quienes reúnan las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas. Se trata derechos que, como indicó el Registrador Mercantil de Granada, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación de la sociedad 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 *(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.

3.º Por último, las consideraciones que la sociedad realiza en torno a los costes de la auditoría que entiende son innecesarios no pueden enervar el derecho del socio minoritario, 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, Presidente del Consejo de Administración de «Pago de Almeraes, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Granada el 4 de marzo 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, 15 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Granada.

Resolución de 15 de marzo de 2012 (5.ª)

En el expediente 56/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Panadería Artesana Hermanos Medina, S.L.».

HECHOS

I

Don ……, presentó un escrito en el Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria el 14 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 5% del capital social de «Panadería Artesana Hermanos Medina, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la sociedad carece de medios económicos para afrontar los costes, siendo así que, por el momento está exenta de esta obligación.

III

El Registrador Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, con fecha 29 de marzo de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor y mantuvo que la sociedad deviene obligada a la verificación contable cuando lo solicita un socio minoritario que reúne las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas. En cuanto a los gastos que la auditoría ocasionará a la sociedad, el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone taxativamente que éstos deben ser 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. Añadió que la sociedad facilitará al socio minoritario toda la información que necesite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 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 efecto, el derecho a la información que ostentan todos los socios de entidades mercantiles es diferente al derecho la verificación contable que solo puede ser ejercitado por quienes reúnan las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas en el precitado artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Se trata derechos que, como indicó el Registrador Mercantil, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio.

2.º Tampoco puede prosperar las consideraciones que la sociedad realiza en torno a los costes de la auditoría que entiende son innecesarios, sin que éstas puedan enervar el derecho del socio minoritario, 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 solidario de «Panadería Artesana Hermanos Medina.» contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria el 16 de marzo 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, 15 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria.

Resolución de 15 de marzo de 2012 (6.ª)

En el expediente 57/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Jose Luís Rujas, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 31 de enero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 5% del capital social de «Jose Luís Rujas, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ....., se opuso a dicha pretensión negando la legitimación del solicitante de la auditoría de cuentas, dado que fue excluido de la sociedad por acuerdo de la Junta General Extraordinaria de 28 de febrero de 2011. Solicitaba el nombramiento de auditor para valorar las participaciones sociales del socio excluido.

III

El Registrador Mercantil número XIV de Madrid, con fecha 30 de marzo de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor y mantuvo que, en contra de lo alegado por la sociedad, el socio excluido continúa siéndolo en tanto no concluya el proceso de exclusión y se de cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 353, 356 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital y 208 el Reglamento del Registro Mercantil con el reembolso de las participaciones sociales.

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 resolución del Registrador Mercantil se produjo un mes después de la pérdida de legitimación del solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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.

Niega la sociedad la legitimación del solicitante de la auditoría de cuentas, sobre la base del acuerdo de la Junta General Extraordinaria de 28 de febrero de 2011, documentada por el Notario de Madrid, don ....., por el que se decidió la expulsión del solicitante del nombramiento registral de auditor. Pues bien sobre esta cuestión este Centro Directivo se ha pronunciado reiteradamente manteniendo que existe un momento concreto para apreciar si el solicitante de la auditoría de cuentas reúne los requisitos legalmente exigidos, en este caso el de la legitimación. Dicho momento no es otro que el de la presentación de la instancia en el Registro Mercantil que en este caso fue el 31 de enero de 2011, es decir, con anterioridad a que se adoptara el acuerdo de exclusión del socio que como, ya se ha señalado, fue el de 28 de febrero de 2011.

A mayor abundamiento y como cuestión de carácter sustantivo se ha de reiterar la doctrina mantenida por este Centro Directivo, con base en las antiguas leyes de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de Sociedades Anónimas, conforme a la cual el acuerdo de la Junta General de exclusión del socio tan solo inicia un proceso que pasa por diversas fases y que concluye con el reembolso o la consignación del precio por el que se han valorado las acciones o participaciones sociales del socio excluido, que es cuando, realmente, se ha ejecutado el acuerdo adoptado por la Junta General *(cfr.* art. 356 de la Ley de Sociedades de Capital)

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de «Jose Luís Rujas, S.L.» contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XIV de Madrid el 30 de marzo 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, 15 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XIV de Madrid.

Resolución de 20 de marzo de 2012

En el expediente 59/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Urbanización Playa Fañabe, S.L.».

HECHOS

I

Doña ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, el 11 de febrero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Urbanización Playa Fañabe, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

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 26 de junio de 2008 acordó nombrar voluntariamente auditor de las cuentas correspondientes a los ejercicios 2007, 2008, 2009 a la compañía auditora «Gonzalez Herrera Auditores, S.L.», De dicha Junta general se levantó acta por el Notario de la capital, don ..... Dicho periodo inicial de tres años está tácitamente prorrogado, en virtud del artículo 8 ter de la Ley de Auditoría de Cuentas tal como se desprende del Acta notarial de la referida Junta General.

III

El Registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 10 de marzo de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la sociedad presentó su escrito de oposición fuera del plazo de cinco días establecido en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil, mantuvo que, conforme a la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado para que el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad pueda enervar el derecho del solicitante de la auditoría, deben concurrir dos condiciones exigidas, 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 2010, ya que no se ha inscrito el nombramiento de auditor de cuentas, ni el informe de auditoría consta en el expediente, ni tampoco se ha puesto a disposición del socio minoritario. Tampoco se han cumplido los requisitos del nombramiento de auditor de cuentas por la Junta General, regulados en el artículo 264 de la ley de Sociedades de capital

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 nombramiento voluntario de auditor de cuentas ha respetado tanto la Ley de Auditoría de Cuentas como la Ley de Sociedades de Capital y, en consecuencia, deben acatarlo todos los socios. 2.º) Que existen numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que admiten la auditoría voluntaria y que admiten que ésta enerve el derecho del socio solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 no estando la sociedad afectada por la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas obligada a la verificación contable, al poder presentar las cuentas en el registro Mercantil en forma abreviada, no es preciso que sea el órgano supremo de la sociedad, es decir, la Junta General quien realice el nombramiento de auditor de cuentas. Como señala la propia Ley de Sociedades de Capital dicha delimitación de competencias a favor de la Junta solo rige para las sociedades que deben presentar sus cuentas en el Registro Mercantil acompañadas del informe de auditoría, siendo así que, como ha mantenido este Centro Directivo en numerosas resoluciones, en las demás sociedades no sujetas a esta obligación el órgano de administración puede proceder a nombrar auditor como un acto más de gestión y buena administración.

2.º Sentado lo anterior y, en cuanto a la cuestión de fondo planteada, deben rechazarse las alegaciones formuladas por el recurrente dirigidas a enervar el derecho de la socia minoritaria: 1.º) En primer lugar porque no acredita ni la fecha del nombramiento de auditor ni tampoco la fecha de aceptación, por parte de éste, del encargo de auditar las cuentas correspondientes al ejercicio 2010 y, por tanto, tampoco garantiza el derecho de la solicitante al informe de auditoría. 2.º) En segundo lugar, porque todos lo supuestos regulados en el antiguo artículo 8 ter de la Ley de Auditoría de Cuentas (hoy art. 19 de esta misma ley) se refieren a sociedades sujetas a la obligación de verificar sus cuentas anuales, estando exceptuadas las sociedades sobre las que no pesa está obligación, siendo así que la prórroga automática del contrato voluntario de auditoría alegada por la sociedad no puede impedir el ejercicio de un dere-

cho reconocido a la minoría social por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital *(cfr.* art. 19.3 de la Ley de Auditoría de Cuentas en conexión con los arts. 263.2, 264 y 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de «Urbanización Playa Fañabe, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife el 10 de marzo 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, 20 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife.

Resolución de 21 de marzo de 2012 (1.ª)

En el expediente 60/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «02 Comunicación, S.A.».

HECHOS

I

Doña ....., y doña ..... en su propio nombre y derecho y en el de su hija doña ..... presentaron un escrito en el Registro Mercantil Madrid el 1 de febrero de 2011, solicitando, al amparo, del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y del artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5,5% del capital social de «02 Comunicación, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010. Aportaba certificado de defunción del causante don .....; copia del acta de declaración de heredero *ab intestato;* y copia de la escritura de compraventa de acciones otorgada a favor del mencionado señor por don .....

II

La sociedad, a través de su representante don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, falta de legitimación de las solicitantes, al estar pendiente de reparto la herencia del socio fallecido, en la que fundan su solicitud.

III

El Registrador Mercantil número XII de Madrid, con fecha 24 de marzo de 2011, acordó estimar la solicitud formulada, en base a que es a partir de la fecha del fallecimiento del titular de las acciones cuando se puede entender de forma laxa la legitimación de los solicitantes y así lo establece el artículo 882 del Código Civil al conceder a los legatarios su propiedad desde la muerte del testador. Las solicitantes han probado su legitimación mediante la aportación de un principio de prueba por escrito, lo que significa que han acreditado formar parte de una comunidad hereditaria titular de las participaciones que invocan y que, como tal, pueden ejercitar el derecho de auditoría. En un supuesto similar, la Dirección General de los Registros y del Notariado ya resolvió esta cuestión con fecha 21 de febrero de 2001, en el sentido de determinar que en este procedimiento «lo que interesa es constatar que existe un caudal hereditario que no ha sido repartido entre los interesados, siendo uno de estos la solicitante, que al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital) insta el nombramiento de auditor de cuentas. En efecto, hasta que no se produzca la partición de la herencia, no se puede determinar quiénes son los titulares de las acciones pertenecientes al causante, o la proporción en que van a ser adjudicadas a los distintos interesados, pero existe una comunidad hereditaria. La sociedad no ha acreditado que se haya perdido dicha titularidad pues no es cierto, frente a lo que alega que haya que esperar a que se adjudiquen las acciones, puesto que lo cierto es que éstas pertenecen a una comunidad hereditaria, de la que desde luego forman parte las peticionarias.

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 y añadiendo que, conforme a reiterada doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado, para ejercitar los derechos que correspondían al socio fallecido es preciso nombrar a un representante de la herencia yacente.

V

Finalmente, el 29 de noviembre de 2011 tuvo entrada en el registro Auxiliar de este departamento J.B., 3 un escrito procedente del Registro Mercantil de ..... firmado por la solicitante de la auditoría en el que mantenía su legitimación para solicitar y obtener el nombramiento registral de auditor y alegando que conforme a lo dispuesto en el artículo 882 del Código Civil las solicitantes de la auditoría ostentan más del 50% del capital social de la compañía lo que las legitima para ejercitar el derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 único de la resolución adoptada por el Registrador Mercantil de Madrid. En efecto, las solicitantes han aportado un principio de prueba por escrito de su legitimación mediante los documentos adjuntos a su solicitud *(cfr.* Hechos I), de los que resulta que han adquirido la titularidad de más del 50% 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 miembros de una comunidad hereditarias tengan que nombrar a un representante de la herencia yacente para realizar actos de gestión y administración de los bienes que componen el caudal relicto. Siendo ésta la naturaleza jurídica que tiene el hecho de solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, pueden ejercitarlo cualquiera persona que acredite formar parte de la comunidad hereditaria del socio fallecido.

Respecto a las alegaciones aducidas sobre la falta de aceptación de la herencia, baste recordar que en nuestro derecho la herencia puede ser aceptada expresamente o de manera tácita, resultando ésta última de hechos de los que se deduzca la voluntad de aceptarla, voluntad que queda patente por la propia solicitud de auditoría, por ser un acto que refleja la voluntad de aceptación de la herencia por parte de las solicitantes.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., representante de «02 Comunicación, S.A.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil número XII de Madrid de 24 de marzo 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, 21 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XII de Madrid.

Resolución de 21 de marzo de 2012 (2.ª)

En el expediente 61/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Arenales del Mar, S.A.».

HECHOS

I

Doña ..... y don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 26 de enero de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 5% del capital social de «Arenales del Mar, S. A», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010. Adjuntaba a su escrito testimonio literal de copia de la escritura de fusión de sociedades por absorción, aumento de capital modificación del objeto social, cese y nombramiento de consejeros, designación y modificación de artículos estatutarios, autorizada el 2 de junio de 1998 ante el Notario de Barcelona, don ....., bajo el número 1176 de su protocolo notarial.

II

La sociedad, a través de su Consejero delegado, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, aun cuando la sociedad no está obligada a auditar sus cuentas, la Junta general procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo en la Junta General celebrada el 3 de diciembre de 2007 por un periodo de tres anualidades. El nombramiento recayó en el auditor externo don ....., inscrito en el ROAC, siendo la solicitante de la auditoría de cuentas la que extendió la certificación del acta de la reunión, como Secretaria del Consejo de Administración. 2.º) Que, el 3 de marzo de 2011 se aportó al Registro Mercantil toda la documentación comprensiva del nombramiento de auditor de cuentas. El auditor encargado manifestó que entregaría el informe de auditoría el 4 de marzo de 2011. 3.º) Que los solicitantes de la auditoría de cuentas solicitaron la disolución social por causa de la paralización de los órganos sociales.

III

El Registrador Mercantil número XIV de Barcelona con fecha 10 de marzo de 2011, 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 de los Registros y del Notariado ha declarado

que hay que acreditar de forma fehaciente la fecha anterior del nombramiento por cualquiera de los medios previstos en el artículo 1227 del Código Civil. En el caso presente, el nombramiento voluntario alegado por la sociedad no fue previo a la solicitud de los socios minoritarios, puesto que si bien es cierto que existe un contrato entre sociedad y auditor designado de 29 de septiembre de 2010, no lo es menos que esta fecha solo cuenta respecto de las partes, pero no frente a terceros sino desde la legitimación de firmas el 25 de febrero de 2011, siendo esta fecha posterior a la de presentación de la solicitud el 26 de enero de 2011. El Registrador Mercantil mantuvo, asimismo, que el hecho de que los solicitantes hubieran instado la disolución judicial de la sociedad no enerva el derecho de lo solicitantes al informe de auditoría.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General insistiendo en los argumentos vertidos en su escrito de oposición y añadiendo que la sociedad se encuentra en fase de disolución acordada en el Laudo arbitral dictado por el letrado don ....., protocolizado por el Notario de ....., don ..... el pasado 28 de febrero de 2011 y presentado a inscripción en el Registro Mercantil el pasado 24 de marzo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 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 la primera de las condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que la documentación compresiva de la contratación de auditor de cuentas solo puede hacer prueba frente a terceros desde la legitimación notarial de firmas el 25 de febrero de 2011, siendo esta fecha posterior a la de presentación de la solicitud por los socios minoritarios el 26 de enero de 2011. No cumpliendo dicha condición debe reconocerse el derecho del socio al informe de auditoría.

2.º Alega la sociedad que, de llevarse a cabo la auditoría solicitada, se originaria un notable perjuicio económico a la sociedad. Pues bien, dicha alegación tampoco puede prosperar, dado que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital 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 «Arenales del Mar, S. A» contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XIV de Barcelona el 10 de marzo 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, 21 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XIV de Barcelona.

Resolución de 21 de marzo de 2012 (3.ª)

En el expediente 63/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «C M Centre Medic Manresa, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 17 de febrero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «C M Centre Medic Manresa, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: Que la Junta general de la sociedad celebrada el día 22 de febrero de 2011 procedió a nombrar voluntariamente auditor de las cuentas del ejercicio 2010 a don ....., con el voto en contra del solicitante. Adjuntaba a su escrito copia simple de la escritura de elevación a público del acuerdo social, autorizada por la Notario de Manresa doña ....., bajo el número 133 de su protocolo y documento de aceptación del encargo por parte del auditor nombrado.

III

El Registrador Mercantil número XII de Barcelona, con fecha 8 de marzo de 2011, 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 concurre la primera de 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, el nombramiento de auditor efectuado por la sociedad no fue anterior a la petición del socio minoritario, dado que la aceptación del auditor es de 24 de febrero de 2011 y la solicitud del socio fue presentada en el Registro mercantil el 17 de febrero de 2011.

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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 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, ha quedado probado por la documentación aportada por la sociedad, comprensiva de la contratación del auditor de cuentas que

ésta es posterior a la fecha de presentación de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento por el registrador mercantil el 17 de febrero de 2011, dado que la fecha que puede contar para el registrador mercantil, para el socio y para este Centro Directivo es la de la legitimación notarial de su firma *(cfr.* art. 1227 del Código Civil).

2.º El hecho de que el socio minoritario hubiera votado en contra del acuerdo social de nombrar a determinado auditor de cuentas no puede enervar su derecho, puesto que la ley le reconoce la posibilidad de decidir si prefiere que sea la sociedad quien lo nombre o sea el Registrador Mercantil por el procedimiento del artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Finalmente, 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, se ha de oponer la doctrina de este Centro Directivo manteniendo 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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ....., administradora única de «C M Centre Medic Manresa, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XII de Barcelona el 8 de marzo 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, 21 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XII de Barcelona.

Resolución de 22 de marzo de 2012 (1.ª)

En el expediente 64/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «La Farinera 10, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Tarragona el 24 de febrero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «La Farinera 10, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su letrado, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Falta de legitimación del solicitante por no ostentar la propiedad de un número de participaciones sociales equivalentes al 5%, dado que no acudió a la ampliación de capital acordada por la compañía en la Junta General 26 de julio de 2006, a pesar de haber sido debidamente convocada. 2.º) Que fue desestimada su demanda de nulidad de acuerdos sociales por sentencia del Juzgado de lo Mercantil de 15 de noviembre de 2007, posteriormente confirmada por otra dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Tarragona 16 de noviembre de 2008.

III

El Registrador Mercantil de Tarragona, con fecha 28 de marzo de 2011, acordó estimar la solicitud presentada por la minoría. Tras señalar que en la hoja abierta a la sociedad consta la presentación en el Registro el día 8 de marzo de 2011 de una escritura pública de ampliación de capital social que fue calificada con defectos al estar cerrada la hoja abierta a la sociedad por falta del depósito de las cuentas correspondientes a los años 2007, 2008 y 2009, añadió que conforme al Registro, los socios tienen una participación superior al 5% de capital social, siendo así que la sociedad se ha opuesto al nombramiento por existir dos resoluciones judiciales que desestimaron sus dos demandas de nulidad del acuerdo social de ampliación acordado por la Junta general de 26 de julio de 2006 cuyo resultado minoraría su participación. En el caso presente, como tiene declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado, la inscripción de aumento de capital social tiene carácter imperativo para que pueda ser tenida en cuenta a efectos del cómputo del porcentaje de participación en el capital social que ostenta el solicitante, de tal manera que los socios han aportado un principio de prueba corroborado por lo que resulta del Registro Mercantil.

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, manteniendo las alegaciones aducidas en su escrito de oposición y que, en consecuencia se dan por reproducidas en la presente instancia y añadiendo: 1.º) Que la sociedad se haya en situación de presentar en breve plazo las cuentas correspondientes a los años 2007, 2008 y 2009. 2.º) Que por parte del Registrador Mercantil se ha omitido el fundamento jurídico de derecho 5º de la dictada por el Juzgado de lo Mercantil y ratificada por la Audiencia provincial, en el sentido de que se confirmó la validez del acuerdo de nombramiento de auditor de cuentas adoptado por la sociedad en la Junta General de 26 de julio de 2006, el cual recayó en la firma auditora «GMRV Economistes i Auditors, S.L.».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 19 de octubre de 2007 y 5 de julio de 2010.

1.º La primera cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar si el acuerdo de aumento de capital social, adoptado por la Junta General Ordinaria de la sociedad el 26 de julio de 2006, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor, puede enervar dicha petición por falta de legitimación de éste al haber disminuido –como alega la sociedad– su participación en el capital social, dejándola en un porcentaje inferior al 5%.

Sobre la valoración de la legitimación del socio minoritario, este Centro Directivo ha mantenido, que existe un momento concreto para apreciar si el solicitante de la auditoría reúne las circunstancias de capital y tiempo exigidas por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para ejercitar el derecho a la verificación contable. Este momento no es otro que el de la presentación de la instancia en el Registro Mercantil, siendo así que, en el caso presente, no estando inscrita en el Registro Mercantil la referida ampliación de capital social por encontrarse cerrada la hoja abierta a la sociedad por falta de depósito de cuentas de tras ejercicios el socio minoritario reunía, conforme al Registro, la legitimación que alegó en su instancia.

Por ello, las alegaciones de la sociedad no han logrado, en modo alguno, desvirtuar dicha legitimación, puesto que la inscripción de la escritura de aumento de capital social en el Registro Mercantil es obligatoria en el derecho español, de forma que el Registrador solo puede tener en cuenta el capital social inscrito para declarar la procedencia del nombramiento solicitado, siendo así que, como bien indica la sociedad, el acuerdo de la Junta General de 26 de julio de 2006 no fue presentada en el Registro Mercantil hasta el 8

de marzo de 2011 y calificada con defectos, no llegó a inscribirse. Consecuentemente, se ha de concluir con el Registrador Mercantil de Tarragona que el socio minoritario reunía, en la fecha en la que presentó su instancia en el Registro Mercantil, más del 5% de capital social que la legitiman para ejercitar el derecho.

2.º Alega el recurrente, por primera vez en su escrito de interposición del recurso de alzada, que entre los acuerdos adoptado en la precitada Junta general de 2006 estaba el de nombrar auditor de cuentas a la firma «GMRV Economistes i Auditors, S.L.». Pues bien, dicha alegación poco puede incidir en la resolución recurrida favorable al solicitante, dado que para que pudiera enervar su derecho al nombramiento de auditor para las cuentas correspondientes al ejercicio de 2010, la sociedad habría tenido que probar que existió tal contratación, acreditando fehacientemente la aceptación de la firma auditora y que la misma tuvo por objeto la verificación de cuentas correspondientes al ejercicio económico que el peticionario solicitó, lo cual no se ha acreditado en el presente expediente.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., representante de «La Farinera 10», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Tarragona el 28 de marzo 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, 22 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Tarragona.

Resolución de 22 de marzo de 2012 (2.ª)

En el expediente 65/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Nueva Vivienda Cuenca, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., en su propio nombre y derecho y doña ....., en nombre y representación de la entidad mercantil «Aseyerso, S.L.» presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Cuenca, el 28 de febrero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 5% del capital social de «Nueva Vivienda Cuenca, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través del Presidente del Consejo de Administración, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad se encuentra en situación procesal de concurso de acreedores, al haber presentado ante el Juzgado de lo Mercantil de Cuenca al amparo del artículo 5.3 de la Ley Concursal plazo para solicitar adhesiones a la propuesta del Convenio regulador. 2.º) Que los socios solicitantes del nombramiento de auditor de cuentas tienen conocimientos tanto contables como financieros de la contabilidad de la empresa por ser directores de entidades bancarias. A mayor abundamiento en la Junta General Extraordinaria y Universal celebrada en diciembre de 2010 no se opusieron ni hicieron objeciones a la previsión del cierre del ejercicio presentada. 3.º) Que el nombramiento de auditor se considera un gasto innecesario, puesto que en ningún momento se ha impedido a ningún socio conocer el estado de la contabilidad social.

III

El Registrador Mercantil de Cuenca, con fecha 14 de marzo de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, sobre la base de que, no puede admitirse la alegación relativa al conocimiento que tuvo los solicitantes de la contabilidad social, pues ha quedado acreditada su condición de socio y, como tal, ejercita un derecho que la ley le reconoce, siendo distintos los derechos de información y de auditoría. Finalizó manteniendo, respecto a la alegación relativa a los gastos que supone la auditoría de cuentas, que en el periodo preconcursal por el que atraviesa la sociedad parece lógica la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas.

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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 septiembre de 1993, 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 efecto, no pueden enervar la petición de los socio minoritario, las consideraciones que la sociedad realiza en torno al conocimiento previo que han tenido y tienen sobre la contabilidad social, dado 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 *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital)

2.º En cuanto a los gastos que comporta para la sociedad el nombramiento registral de auditor de cuentas, esta Dirección General de los Registros y del Notariado han mantenido reiteradamente, con base en la ley que, por expresa disposición del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, éstos deben correr 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 ....., Presidente del Consejo de Administración de «Nueva Vivienda Cuenca, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Cuenca el 14 de marzo 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, 22 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Cuenca.

Resolución de 23 de marzo de 2012 (1.ª)

En el expediente 66/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Transformados Eléctricos CYR, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Santander el 15 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 «Transformados Eléctricos CYR, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º Que las causas alegadas en la instancia por el solicitante de la auditoría son inviables. 2.º Que la firma de la solicitud no está legitimada notarialmente. 3.º Que las cuentas correspondientes a ese ejercicio social no están formuladas, por lo que no pueden ser comprobadas ni auditadas. 4.º Que la solicitud del socio evidencia su mala fe y el evidente ánimo de perjudicar a la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de Santander, con fecha 1 de abril de 2011, acordó desestimar la oposición de la sociedad por reunir el solicitante las circunstancias de capital y tiempo que la Ley exige, sin que pudiera prosperar la alegación de que las cuentas no están formuladas, dado que no es una causa obstativa para el ejercicio del derecho y, por otra parte, porque bastaría retrasar la formulación de cuentas para hacer ilusorio el derecho del socio minoritario. En cuanto a la falta de legitimación notarial de la firma, 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. Por lo que se refiere a la mala fe del solicitante, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide entrar a valorar las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría e 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 *(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.

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.

V

Mediante escrito con entrada en el Registro general de este Ministerio de Justicia el 28 de septiembre de 2011 la indicada representación social insistió en su pretensión de revocar la resolución de la Registradora Mercantil de Santander, dado que el solicitante de la auditoría de cuentas había transmitido todas sus participaciones sociales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265. 2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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.

1.º No pueden prosperar en el presente expediente ninguna de las alegaciones que la sociedad formula. En efecto, como indicó la Registradora Mercantil de Santander, el hecho de que las cuentas no estén formuladas no es una condición necesaria para el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, ya que la presencia de auditores, además de esta función, puede cumplir otras muchas, como lo son la de verificar si la contabilidad se ha llevado o no de manera ajustada a derecho, para fundamentar, en su caso, futuras acciones de responsabilidad de los administradores

2.º Tampoco la falta de legitimación de la firma del solicitante puede ser causa obstativa del derecho de la minoría. 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 el solicitante, como también fue suficiente que el escrito de oposición estuviera firmado por quien se identificó como su admi-

nistrador único sin que tuviera que acreditar su identidad o la vigencia de su representación.

3.º Las intenciones que la sociedad atribuye al solicitante no pueden ser examinadas en este procedimiento, dado el limitado ámbito de 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 *(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.

4.º Por último, respecto a la alegación formulada en el escrito de 28 de septiembre de 2011, sobre la pérdida de la legitimación del solicitante de la auditoría por haber transmitido sus participaciones sociales, se ha de señalar que existe un momento concreto y determinado para apreciar si el peticionario de la auditoría de cuentas reúne o no las condiciones de capital y tiempo exigidas por la ley. Dicho momento es el de la presentación de su instancia en el Registro Mercantil solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas y en el caso presente, resulta de todos los datos que constan en el expediente, confirmados por la Registradora Mercantil que en ese momento, el 15 de marzo de 2011, el solicitante ostentaba la participación del mínimo del 5% exigido por el artículo 265 de la ley de Sociedades de Capital. No habiéndose recibido ningún escrito por el que el solicitante desista o renuncie a su petición, se ha de confirmar su derecho al nombramiento de auditor que solicitó.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de «Transformados Eléctricos CYR, S.L.» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Santander el 1 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, 23 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Santander.

Resolución de 23 de marzo de 2012 (2.ª)

En el expediente 68/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Montaje y Diseño de Cableados, S.L.»

HECHOS

I

Don …… presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 18 de febrero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil como titular de más del 6,01% del capital social de «Montaje y Diseño de Cableados, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010. Adjuntaba a su escrito copia de escritura de compraventa de participaciones sociales, autorizada por el Notario de La Roca del Vallés, don ....., bajo el número 1604 de su protocolo notarial.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que aunque el solicitante de la auditoría de cuentas se encuentre legitimado para ello, sin embargo, en el momento presente y como consecuencia de la grave situación por la que atraviesa la compañía, debido a la reducción de pedidos del sector, hace imposible afrontar los gastos generados por la realización de la auditoría de cuentas.

III

La Registradora Mercantil de Barcelona, con fecha 14 de marzo de 2011, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, por entender que los motivos alegados no están previstos en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil. Por el contrario, el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone taxativamente que los gastos que la auditoría comporta corren siempre de cuenta de la sociedad, sin importar la situación económica en que se encuentra.

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 que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, 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 3 de mayo de 2009.

La única cuestión planteada en el presente expediente se centra en determinar si el motivo de oposición alegado por la sociedad, relativo a sus dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, puede enervar o no el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido la doctrina, conforme a la cual el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital no deja margen interpretativo alguno cuando dispone que los gastos que la auditoría comporta corren siempre a cargo de la sociedad. Dado que dicho precepto tampoco contempla excepción alguna a esta obligación de la empresa afectada por la solicitud de nombramiento registral de auditor, se ha de concluir que la mala situación económica por la que atraviesa la empresa, incluso en el supuesto de ser real, no puede impedir el ejercicio del derecho de la socia minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2010.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de «Montaje y Diseño de Cableados», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número I de Barcelona el 14 de marzo 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, 23 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil número I de Barcelona.

Resolución de 23 de marzo de 2012 (3.ª)

En el expediente 69/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gestoría de Benito, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 29 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 «Gestoría de Benito, S.L.,», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando que la sociedad quedó disuelta de pleno derecho el 17 de diciembre de 2008 y, en consecuencia, sería imposible remunerar los honorarios del auditor. Señaló que la solicitante es la ex esposa del administrador, según sentencia de divorcio de 6 de junio de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Móstoles. Con posterioridad a dicha sentencia instó a ese mismo Juzgado la adopción de medidas cautelares en las que solicitaba, precisamente, la remoción del administrador único. Dicha solicitud fue resuelta por el Juez manteniendo que si consideramos que la Ley de Sociedades Profesionales se publicó en el «BOE» de 16 de junio de 2007 y los dieciocho meses ya transcurridos, se ha de mantener que la sociedad «Gestoría de Benito, S.L.» quedó disuelta de pleno derecho siendo imposible adoptar medida cautelar alguna. En idéntico sentido se pronunciaron sentencias posteriores, dictadas a propósito de la disolución de la sociedad de gananciales. Resulta, por tanto, imposible acceder a la pretensión de la solicitante.

III

La Registradora Mercantil número IV de Madrid, con fecha 12 de abril de 2011, resolvió estimar la solicitud. Entiende que la disolución de pleno derecho que decreta la disposición adicional 1.ª de la Ley de Sociedades profesionales debe entenderse en sentido análogo al decretado por la disposición transitoria 6.ª de la Ley de Sociedades Anónimas. Es decir, esa cancelación de asientos no supone la extinción de la sociedad, sino que a partir de la disolución que proclama la sociedad podrá, según los casos y cumpliendo ciertos requisitos, proceder a su reactivación. Sin perjuicio de lo anterior, de conformidad con la doctrina sentada al respecto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, el que la sociedad se halle disuelta y 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 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. Por lo que se refiere a las dificultades de la sociedad para afrontar los gastos de la auditoría de cuentas, el artículo 265.2 mantiene con carácter taxativo que éstos corren siempre de cuenta de la sociedad sin importar 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 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 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, 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 La cuestión planteada en el presente expediente consiste en dilucidar el concreto alcance del mandato normativo contenido en la disposición transitoria 1.ª, número 3, de la Ley de Sociedades Profesionales pues, dado su contenido sancionador, debe estar presidido por un criterio interpretativo estricto *(cfr.* art. 4.º del Código Civil).

Siendo evidente que la finalidad de la norma no es otra que la desaparición de la sociedad preexistente que no haya adaptado sus estatutos a la Ley de Sociedades Profesionales, también lo es que esta desaparición no puede imponerse de forma radical en un momento determinado, con desconocimiento de las múltiples relaciones jurídicas en las que la entidad puede estar interesada. Es por eso que la norma cuestionada no declara la extinción inmediata de la personalidad de las sociedades afectadas a partir de la fecha señalada, sino, exclusivamente, su «disolución de pleno derecho», expresión ya acuñada por el legislador a propósito de la antigua Ley de Sociedades Anónimas *(vid.* art. 261 de la Ley de Sociedades Anónimas), que respeta la persistencia de esa personalidad jurídica, pero de un modo transitorio, pues excluye la posibilidad de contraer nuevas obligaciones y hacer nuevos contratos *(cfr.* arts. 267 y 272 de la Ley de Sociedades Anónima y 228 del Código de Comercio), e impone la apertura del proceso liquidatorio encaminado a la conclusión ordenada de las relaciones jurídicas pendientes.

Por tanto, debe rechazarse en el presente expediente la alegación que la sociedad formula y ello porque, aunque se encuentre disuelta no se ha procedido a su liquidación, siendo doctrina de este Centro Directivo –que nuevamente se reitera– que es posible ejercitar el derecho que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 subsiste, aunque sea por vía judicial, la posibilidad de su reactivación.

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 e inasumibles, 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 «Gestoría de Benito, S.L., en liquidación», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número IV de Madrid el 12 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, 23 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número IV de Madrid.

Resolución de 26 de marzo de 2012 (1.ª)

En el expediente 70/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Incoas Industrias Correctoras Asociadas, S.A.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 27 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 206.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del

capital social de «Incoas Industrias Correctoras Asociadas, S. A», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., presentó el 17 de febrero de 2011 un escrito oponiéndose a dicha pretensión. Alegó, en síntesis, que la Junta general de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo por un periodo de tres anualidades a la empresa L&M Auditores, S.L. Adjuntaba a su escrito certificación de la administración social acordando el nombramiento de auditor y facultando al administrador único para elevar a público los acuerdos sociales, así como escrito de aceptación del auditor designado.

III

El 23 de febrero de 2011 el Registrador Mercantil de Madrid requirió a la sociedad para que en el plazo de diez días acreditara fehacientemente la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

IV

Por resolución de 23 de marzo de 2011 el Registrador Mercantil de Madrid, 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 la segunda 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 2010.

V

La indicada representación social presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, manteniendo que no había lugar a la desestimación de la oposición y solicitando del Registrador Mercantil la revocación de la resolución de 23 de marzo. Adjuntaba el informe realizado por el auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 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 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 el Registrador Mercantil carece de competencia en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas para revocar sus propias decisiones, siendo la Dirección General de los Registros y del Notariado el órgano competente para confirmar o no su decisión mediante la resolución del recuso de alzada previsto y regulado en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

2.º La cuestión de fondo planteada 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.

No entenderlo así significaría convertir en regla general lo que solo es una excepción al nombramiento de auditor por el Registrador mercantil a instancia de la minoría.

En el supuesto analizado, la sociedad ha acreditado que la contratación del auditor fue previa a la solicitud de auditoría, sin embargo en el momento en que el registrador mercantil dictó la resolución de 23 de marzo de 2011, la sociedad no había aportado al expediente el informe del auditor nombrado, ni tampoco se había practicado la inscripción de dicho nombramiento en la hoja abierta a la sociedad, a pesar de que con fecha 23 de febrero del mismo año 2011, el Registrador Mercantil le concedió un plazo de diez días para acreditar el cumplimiento de ambas condiciones.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de «Incoas Industrias Correctoras Asociadas, S. A,», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Madrid el 23 de marzo 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, 26 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número V de Madrid.

Resolución de 26 de marzo de 2012 (2.ª)

En el expediente 71/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Industrias Tecnológicas de Mecanización y Automatización, S.A.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 14 de febrero de 2011 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y como titular del 5% del capital social de «Industrias Tecnológicas de Mecanización y Automatización, S.A.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2010.

II

La sociedad, mediante escrito firmado por persona sin identificar, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º Que de la escritura número 632 de 29 de mayo de 2002, autorizada por la Notaria doña ..... no resulta el porcentaje de participación ni el título de la solicitante, ya que dicha escritura fue subsanada con posterioridad; 2.º Que en su instancia no indica el ejercicio que pretende se audite; 3.º Que hasta el ejercicio 2009 había sido nombrado auditor de cuentas don .....; 4.º Que ha sido convocada Junta general Ordinaria y extraordinaria de la sociedad para el 22 de marzo de 2011, en primera convocatoria y el día 23 de

marzo del mismo año en segunda y figura en el orden del día la reelección de auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil número V de Barcelona, con fecha 9 de marzo de 2011, 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, de la hoja abierta a la sociedad resulta que el solicitante reúne el porcentaje requerido por la Ley de Sociedades de Capital para ejercitar el derecho y, por tanto se ha de concluir que ha aportado un principio de prueba no desvirtuado por la sociedad, ya que la manifestación de ésta relativa a que …» de la escritura autorizada por la Notaria doña ..... no se deduce ni la titularidad del solicitante ni el porcentaje de participación en el capital social, por haberse producido un error que fue objeto de subsanación», no puede desvirtuar, por sí sola, la legitimación que surge del registro.

IV

Contra dicha resolución don ....., en nombre y representación 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.

V

Con fecha de 12 de enero de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de Barcelona, al que adjuntaba un escrito presentado por el solicitante de la auditoría de cuentas, don ....., desistiendo de su petición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar del plano el desistimiento presentado por don ..... a su solicitud de auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2010 para la sociedad «Industrias Tecnológicas de Mecanización y Automatización, S.A.» 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, 26 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número V de Barcelona

---

Resolución de 27 de marzo de 2012 (1.ª)

En el expediente 72/2011 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 Madrid el 18 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 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 ....., en su condición de apoderado, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la sociedad ya nombró auditor de cuentas para verificar las correspondientes al ejercicio 2010.

III

El Registrador Mercantil número XIII de Madrid, con fecha 30 de marzo de 2011, tras señalar que el socio minoritario reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, resolvió admitir la oposición interpuesta por la sociedad. Entendió que el nombramiento efectuado por la sociedad reúne las dos 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 el nombramiento de auditor voluntario fue inscrito en la hoja abierta a la sociedad el 24 de noviembre de 2010 y recayó en el auditor de cuentas don ..... y como suplente don .....

IV

Contra dicha resolución el solicitante de la auditoría interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: 1.º) Que con fecha de 22 de octubre de 2010 interpuso demanda de nulidad ante el Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid del acuerdo de nombramiento de auditor, adoptado en la Junta General de 25 de junio de 2010. 2.º) Que en dicha Junta, además de votar en contra del acuerdo, manifestó que el auditor don ..... no podía considerarse un auditor independiente, dada la relación de amistad que le unía con don ..... 3.º) Que en el año anterior también solicitó el nombramiento registral de auditor de cuentas y el Registrador Mercantil nombró a la auditora Persevia Auditors, S.L. siendo así que nunca llegó a tener el informe de auditoría, porque la sociedad no entregó al auditor las cuentas debidamente formuladas, según manifestó por carta el representante de la firma auditora. De lo expuesto resulta que su solicitud debe ser estimada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Capital, 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 No pueden prosperar frente al fundamento de la resolución recurrida ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Respecto a la procedencia de admitir la auditoría voluntaria de la sociedad, se ha de recordar al recurrente que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es 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 par-

ticipan 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 caso presente ambas condiciones se ha acreditado por la sociedad, puesto que procedió a inscribir en el Registro Mercantil el nombramiento del auditor de cuentas y la aceptación por parte de éste con anterioridad a que el socio minoritario presentara su instancia solicitando el nombramiento. En efecto, el precitado nombramiento fue inscrito en la hoja abierta a la sociedad el 24 de noviembre de 2010 y fue aceptado por el auditor de cuentas don ..... y por su suplente don ....., mientras que la petición del socio minoritario se presentó el 18 de marzo de 2011. Por tanto, en esta ocasión, ha quedado enervado el derecho de la minoría al nombramiento registral de auditor de cuentas.

2.º Tampoco pueden prosperar las alegaciones del socio minoritario que cuestionan la independencia del auditor contratado por la sociedad, pues ésta queda garantizada por la Ley de Auditoría de Cuentas y Reglamento de ejecución, siendo el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas el organismo competente de velar por el íntegro cumplimiento de estas normas.

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 en nombre y representación de «Previseguro Correduría de Seguros, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XII de ..... el 30 de marzo 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, 27 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XIII de Madrid.

Resolución de 27 de marzo de 2012 (2.ª)

En el expediente 73/11 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Way 24365, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó en el Registro Mercantil de Madrid un Acta de manifestación el 22 de marzo de 2012 autorizada por el Notario de San Javier, don ....., el 25 de febrero de 2011, bajo el número 196 de su Protocolo, en la que desistía de las solicitudes de nombramiento de auditor formuladas los años 2008, 2010 y 13 de enero de 2011 para los ejercicios económicos de los años 2007, 2009 y 2010, para la sociedad «Way 24365, S.L.», así como del recurso contra la denegación de su solicitud de auditoría de 21 de abril de 2011, acordada por la Registradora Mercantil número VIII de Madrid.

II

El Registrador Mercantil de Madrid, con fecha 28 de marzo de 2011, acordó: 1.º) Inadmitir el desistimiento a la solicitud presentada en el año 2008, por entender que una vez concluido el procedimiento con la firmeza de la resolución de la solicitud, el registrador no puede admitir la renuncia o el desistimiento. 2.º) Respecto a la solicitud de 30 de marzo de 2010, la resolución del registrador mercantil está recurrida en alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. 3.º) En cuanto a la solicitud formulada el 15 de marzo de 2011, procede aceptar el desistimiento a la solicitud, del cual se dio traslado a la sociedad.

III

Contra dicha resolución don ..... en nombre y representación de la entidad mercantil «WAY 24365, S.L.» interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que respecto a la renuncia formulada por el socio minoritario a su solicitud de 2008 para auditar las cuentas de 2007, el Registrador Mercantil debió admitirla, dado que, aunque el procedimiento esté finalizado, está extendiendo sus efectos al cierre registral de la hoja abierta a la sociedad. Es, precisamente, en el nombramiento de auditor de cuentas donde reside el problema de la sociedad, pues no puede dejarse al arbitrio del auditor de cuentas la determinación de los honorarios. 2.º) Que la entidad mercantil a la que representa no está obligada a la verificación contable. 3.º) Que si el nombramiento de auditor de cuentas depen de la declaración de voluntad de un particular, otra declaración de voluntad renunciando a la anterior también debe admitirse. 4.º) Que parece lógico entender que si en un momento determinado el socio se conforma con la información contable que facilita la empresa, debe poder renunciar a que esos datos sean verificados por un experto independiente.

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, artícu-

los 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 y 21 de enero de 1999 y, como más reciente, la de 16 de agosto de 2010.

En el expediente que nos ocupa procede confirmar la decisión adoptada por el Registrador Mercantil de Madrid el 28 de marzo de 2011, en la que desestimó la renuncia a la instancia presentada en el 2008 por el solicitante de la auditoría de cuentas.

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 trascurridos 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 del solicitante, en base a que el auditor designado estableció y reclamó sus honorarios por la verificación de las cuentas de 2007, solicitada por don ..... el 31 de marzo de 2008, pues como pone de manifiesto la doctrina de esta Dirección General de los Registros y del Notariado, el procedimiento sobre nombramiento de auditor finaliza con la resolución sobre la procedencia o improcedencia del nombramiento y no con la entrega del 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 «Way 24365, S.L.» contra la decisión del Registrador Mercantil de Madrid de 28 de marzo 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, 27 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 27 de marzo de 2012 (3.ª)

En el expediente 76/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Previges, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 18 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 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 «Previges, S.L.», la designación de un auditor para el examen de las cuentas anuales del ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de don ....., en su condición de apoderado, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la sociedad ya nombró auditor de cuentas para verificar las correspondientes al ejercicio 2010.

III

El Registrador Mercantil número XIV de Madrid, con fecha 30 de marzo de 2011, tras señalar que el socio minoritario reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, resolvió admitir la oposición interpuesta por la sociedad. Entendió que el nombramiento efectuado por la sociedad reúne las dos 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 el nombramiento de auditor voluntario fue inscrito en la hoja abierta a la sociedad el 24 de noviembre de 2010 y recayó en el auditor de cuentas don ..... y como suplente don .....

IV

Contra dicha resolución el solicitante de la auditoría interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: 1.º) Que con fecha de 22 de octubre de 2010 interpuso demanda de nulidad ante el Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid del acuerdo de nombramiento de auditor, adoptado en la Junta General de 25 de junio de 2010. 2.º) Que en dicha Junta, además de votar en contra del acuerdo, manifestó que el auditor don ..... no podía considerarse un auditor independiente, dada la relación de amistad que le unía con don ..... 3.º) Que en el año anterior también solicitó el

nombramiento registral de auditor de cuentas y el Registrador Mercantil nombró a la auditora ..... siendo así que nunca llegó a tener el informe de auditoría, porque la sociedad no entregó al auditor las cuentas debidamente formuladas, según manifestó por carta el representante de la firma auditora. De lo expuesto resulta que su solicitud debe ser estimada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Capital, 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 No pueden prosperar frente al fundamento de la resolución recurrida ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Respecto a la procedencia de admitir la auditoría voluntaria de la sociedad, se ha de recordar al recurrente que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es 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 caso presente ambas condiciones se ha acreditado por la sociedad, puesto que procedió a inscribir en el Registro Mercantil el nombramiento del auditor de cuentas y la aceptación por parte de éste con anterioridad a que el socio minoritario presentara su instancia solicitando el nombramiento. En efecto, el precitado nombramiento fue inscrito en la hoja abierta a la sociedad el 24 de noviembre de 2010 y fue aceptado por el auditor de cuentas don ..... y por su suplente don ....., mientras que la petición del socio minoritario se presentó el 18 de marzo de 2011. Por tanto, en esta ocasión, ha quedado enervado el derecho de la minoría al nombramiento registral de auditor de cuentas.

2.º Tampoco puede prosperar las alegaciones del socio minoritario que cuestionan la independencia de auditor contratado por la sociedad, pues ésta queda garantizada por la Ley de Auditoría de Cuentas y Reglamento de ejecución, siendo el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas el organismo competente de velar por el íntegro cumplimiento de estas normas.

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 en nombre y representación de «Previges, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XII de Madrid el 30 de marzo 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, 27 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XII de Madrid.

Resolución de 27 de marzo de 2012 (4.ª)

En el expediente 77/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una accionista de «La Excusa Perfecta, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 10 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «La Excusa Perfecta, S.L.», el nombramiento de un auditor con el fin de conocer si las cuentas anuales del ejercicio 2010 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, en síntesis: 1.º) Que el solicitante es administrador mancomunado de la sociedad, siendo así que las cuentas todavía no están formuladas por su desidia. 2.º) Que ha tenido siempre a su disposición toda la información financiera y contable de la empresa, por lo que, es evidente, que su actuación supone un manifiesto abuso de derecho.

III

El Registrador Mercantil número XI de Madrid, con fecha 23 de marzo de 2011, acordó desestimar la oposición de la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos para solicitar la auditoría, rechazó las alegaciones vertidas por la sociedad diciendo: 1.º) El hecho de que el solicitante ostente el cargo de administrador, no puede enervar su derecho a la auditoría pues, como mantiene la Dirección General de los Registros y del Notariado «la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador no le impide ejercitar un derecho que como socio le corresponde. Este derecho solo quedaría enervado si gestionase en exclusiva los asuntos sociales pues en ese caso habría podido, como un acto más de gestión y buena administración, contratar una auditoría voluntaria». 2.º) En cuanto a que las cuentas no se encuentran todavía formuladas por desidia del solicitante, tampoco puede ser causa que enerve el derecho del socio. Precisamente el nombramiento de auditor de cuentas puede servir, entre otras cosas, de acicate a los administradores para que den cumplimiento a sus obligaciones, siendo así que el ejercicio del derecho contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no está condicionado a que se formulen y aprueben (en su caso) las cuentas. 3.º) En relación a la manifestación social de que el peticionario no ha solicitado información económica alguna, la Ley no condiciona la petición previa de información para poder ejercer el derecho a solicitar y obtener el nombramiento de auditor de cuentas por el Registro Mercantil. Con independencia de que el solicitante tenga acceso a la información contable de la sociedad, el derecho a solicitar auditor de cuentas que tienen los socios minoritarios es distinto al de información y examen de las cuentas. La Ley exigía anteriormente que se facilitasen al socio los datos contables de la sociedad pero ahora además, que sean acompañados de un informe de verificación realizado por un auditor independiente. Información y auditoría son por tanto, derechos distintos aunque relacionados entre sí. 4.º) Respecto al abuso de derecho por parte de la solicitante, mantuvo que no puede considerarse como causa obstativa, 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 *(cfr.* arts. 6 y 7 del Código Civil) también lo es que quién se sienta perjudicado siempre tendrá expedita la vía judicial para intentar la reparación de perjuicios ocasionados por la actuación maliciosa *(cfr.* art. 1902 del Código Civil).

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando los argumentos aducidos en su

escrito de oposición e insistiendo en el argumento de la mala fe, basado en las actuaciones contrarias a los intereses societarios efectuados por la solicitante, entendiendo que el título recogido en el artículo 7 del Código Civil no solo es aplicable por los Tribunales de Justicia, sino por cualquier Administración competente para conocer un procedimiento.

V

Con fecha 7 de julio de 2011, don ....., solicitante de la auditoría de cuentas presentó en el Registro Mercantil de Madrid un escrito desistiendo de su solicitud que, remitido por el Registrador Mercantil número XI de Madrid el 8 de julio de 2011, tuvo entrada en el Registro Auxiliar J.B.3 de este Departamento el 14 de marzo de dicho año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 don ..... para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2010 de «La Excusa Perfecta, 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, 27 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XI de Madrid.

Resolución de 27 de marzo de 2012 (5.ª)

En el expediente 80/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Rural Solar Energía, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., en nombre y representación de la entidad mercantil «Cajasol Inversiones de Capital, S.A.U., S.C.R.», envió por correo un escrito con entrada en el Registro Mercantil de Madrid el 4 de abril de 2011 en el que solicitaba, como titular de más del 5% del capital social de «Rural Solar Energía, 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 2010.

II

El Registrador Mercantil número II de Madrid, con fecha 7 de abril de 2011, desestimó la solicitud de nombramiento registral de auditor por extemporánea, dado que ya habían transcurrido los tres meses establecidos en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital para solicitar al Registrador Mercantil del domicilio social el nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio vencido pues, 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 de auditor de cuentas, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que con fecha 31 de marzo de 2011 remitió al Registro Mercantil de Madrid por correo certificado en la Oficina de Correos de Sevilla, la instancia por triplicado solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas para la sociedad de referencia. 2.º) Que, tal y como consta documentalmente en el expediente, la indicada instancia se certificó en la Oficina de Correos el 31 de marzo de 2011, es decir, dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social, establecido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para ejercitar el derecho a la verificación contable. 3.º) Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 38.4.*c)* 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 Madrid. 4.º) Que el artículo 205.3 del Reglamento de Correos dispone que el remitente podrá exigir la estampación del sello de correos al empleado, a cuyo efecto aportará la fotocopia del documento principal que se quiera enviar. Adjuntó a su escrito copia del certificado de correos número CD00700145357, donde consta la fecha en la que se procedió al envío.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 38 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley

de Sociedades de Capital, 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 y 14 de septiembre de 1991, 24 de marzo de 1994, 4 de mayo de 1995 y, como más reciente, la de 27 de abril de 2010.

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 de los tres meses, exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 Madrid, el 4 de abril de 2011.

En el caso presente, es cierto que cuando el Registrador Mercantil resolvió la única fecha que constaba en el instancia es la que figura en el propio documento y, por tanto, solo pudo tener en cuenta la fecha de entrada y presentación en el Registro Mercantil, dado que fue ésta la primera dotada de fehaciencia para apreciar si el solicitante reúne la condición temporal exigida por el precitado artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Sin embargo, a la vista de los documentos adjuntos al escrito de interposición del recurso que hoy se resuelve, procede admitir la pretensión del recurrente, dado que en la copia del certificado emitido por la Oficina de Correos de Sevilla número CD00700145357, consta que el día 31 de marzo de 2011 se procedió al envío de la referida instancia, por lo que se ha de concluir que estaba dentro del plazo legal exigido y por tanto, procede retrotraer el procedimiento al momento previo al traslado de dicha instancia a la sociedad para que ésta pueda ejercer su derecho de oposición, conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto anular la decisión del Registrador Mercantil número II de Madrid por la que desestima la solicitud de auditoría de cuentas presentada por don ....., en nombre y representación de la entidad mercantil «Cajasol Inversiones de Capital, S.A.U., S.C.R.» y retrotraer el procedimiento al momento previo al traslado de dicha instancia a la sociedad para que ésta pueda ejercer su derecho de oposición.

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, 27 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número II de Madrid.

Resolución de 27 de marzo de 2012 (6.ª)

En el expediente 81/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Plurinver, S.A.».

HECHOS

I

Doña ..... presento un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 8 de marzo de 2011 en el que solicitaba, como titular de más del 5% del capital social de «Plurinver, S.A.» 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 2010. Adjuntó a su escrito copia de la escritura pública de aprobación y protocolización de partición de la herencia.

II

El Registrador Mercantil número XII de Madrid, con fecha 9 de marzo de 2011, acordó conceder a la solicitante el plazo de diez días para que aportara al expediente el documento de los copropietarios de las participaciones designando a la solicitante para ejercitar los derechos del socio, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

III

Por resolución de 8 de abril de 2011 el Registrador Mercantil número XII de Madrid acordó desestimar la solicitud de auditoría de cuentas, dado que la solicitante no aportó al expediente la documentación requerida el 9 de marzo de 2011 y recibida el día 11 del mismo mes y año, teniéndosela por desistida de su petición.

IV

Contra dicha resolución la solicitante del nombramiento de auditor de cuentas, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis, que la participación que ostenta la solicitante en la mencionada sociedad es la del 14,28 del capital social y, por tanto, más del 5% exigido por la Ley de Sociedades de Capital para ejercitar el derecho.

V

Con fecha de 3 de mayo de 2011 tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid un escrito firmado por doña ....., Secretaria del Consejo de Administración de la sociedad afectada por la solicitud de auditoría, «Plurinver, S.A.» alegando: 1.º) Que la solicitante de la auditoría manifestó en su instancia la propiedad de un porcentaje de capital social equivalente al 14,28%, lo que no se corresponde con la realidad, dado que el capital social de la compañía esta formado por doña ....., doña ....., don ....., don ....., doña ..... doña ..... y doña ..... que son propietarios en proindiviso del 50,77% del capital social. El 49,23% del capital le corresponde a doña ..... que, además, ostenta la Presidencia del Consejo de Administración. 2.º) Que los copropietarios de las acciones de acordaron que la representación de dichas acciones recayera en don ....., conforme a lo establecido en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital. 3.º) Que la solicitante de la auditoría de cuentas forma parte del Consejo de Administración y conoce que en su reunión de 25 de marzo de 2010 se acordó el nombramiento de auditor de cuentas para que verificara las correspondientes a los ejercicios 2010, 2011 y 2012, recayendo dicha designación en la Compañía auditora «Lavinia, S.L.». Dicho nombramiento fue ratificado por unanimidad por la Junta General de socios celebrada el 25 de mayo de 2010. 4.º) Que las cuentas correspondientes al ejercicio 2010 fueron formuladas en la reunión del Consejo de Administración de 21 de marzo de 2011 y se presentaran para su aprobación por la Junta general de 20 de mayo de 2011. Finalizó su escrito solicitando se tuvieran en cuenta las anteriores alegaciones por la Dirección General en el momento de resolver el recurso de alzada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y 25 de marzo de 1994, 3 de abril y 18 de mayo de 1995 y, como más recientes, las de 10 de febrero y 19 de febrero de 2003, 24 de mayo y 12 de junio de 2005, 30 de mayo de 2007 y 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

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 *(cfr.* art. 113.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) exige señalar en esta resolución el defecto procedimental cometido por el Registrador Mercantil de Madrid que, sin trasladar la solicitud y sus documentos adjuntos a la sociedad para que pudiera presentar su oposición a la misma, acordó denegarla por no haber aportado la solicitante el documento que previamente le

requirió, acreditativo de la representación que ostenta sobre la copropiedad de acciones *(cfr.* art. 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil).

La omisión de este trámite esencial del procedimiento de nombramiento registral de auditor, regulado en el precitado artículo y en las normas generales sobre audiencia de los interesados, contenidas en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha de traer como consecuencia su retroacción, al haber originado indefensión a la sociedad y a la propia solicitante que se vieron privados de una decisión motivada sobre el fondo del asunto y de la posibilidad de recurrirla ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado, en el plazo reglamentario establecido y con los fundamentos jurídicos pertinentes sobre las cuestiones sustantivas planteadas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto declarar la nulidad de la resolución del Registrador Mercantil número XII Madrid de 8 de abril de 2011 y retrotraer el expediente al momento previo al traslado de la instancia y documentos adjuntos a la sociedad.

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 marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XII de Madrid.

Resolución de 28 de marzo de 2012 (1.ª)

En el expediente 79/2011 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Orzu, S.L.».

HECHOS

I

Doña ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Bilbao el 16 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil y como socia de «Orzu, S.L.» el nombramiento de

un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010. Alegaba la propiedad ganancial de un número de participaciones sociales, equivalentes a más del 5% de capital social que ostenta junto con su esposo don .....

II

La sociedad, a través de su representante don ....., se opuso a dicha pretensión negando la legitimación a la solicitante de la auditoría, en base a los siguientes argumentos: 1.º) Que no es socia de la entidad mercantil, sino que tal condición la ostenta su marido que es el que concurrió al otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad. 2.º) Que, en el supuesto de que su actuación se considere un mandato de la sociedad de gananciales, dicha actuación como mandataria esta desvirtuada por el contenido de la propia escritura en la que don ..... adquiere dichas participaciones en su propio nombre y derecho y no en el de la sociedad. 3.º) Que, en todo caso el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que en caso de copropiedad sobre las participaciones sociales, los copropietarios habrán de designar a una persona que les represente para el ejercicio de los derechos que corresponden al socio y responderán solidariamente de las obligaciones que se deriven de tal condición.

III

El Registrador Mercantil de Bilbao, con fecha 28 de marzo de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento solicitado y proceder al nombramiento solicitado, dado que conforme a reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas se inserta en los actos propios de gestión y buena administración. Mantuvo que el firmante del escrito de oposición no acreditó la representación con la que actúa.

IV

Con fecha de 31 de marzo de 2011 don ..... envió un escrito de alegaciones al que adjuntó escritura de poder general para pleitos otorgado a su favor por don .....

V

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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.

La única cuestión que plantea el presente recurso se centra en dilucidar si la solicitante de la auditoría se encuentra o no legitimada para ejercitar el derecho que solicitó al Registrador Mercantil de Bilbao.

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 la representación recurrente *(cfr.* Hechos II) la condición de socio de don ....., casado en régimen de gananciales con la solicitante de la auditoría de cuentas y su titularidad sobre un número de participaciones sociales, equivalente a más del 5% del capital social, ha quedado también acreditada la legitimación de su cónyuge para ejercer el derecho al nombramiento registral de auditor, sin necesidad de que figure su identidad en la escritura de constitución, dado que mediante el derecho a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, está realizando un acto de gestión y buena administración de los bienes comunes.

En contra de lo que entiende la sociedad recurrente, la doctrina mantenida por este Dirección General de los Registros y del Notariado no es contraria a lo establecido en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, relativa a la copropiedad de participaciones sociales, 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 de tipo romano *(cfr.* arts. 392 y siguientes del Código Civil) y en el otro, las de la sociedad de gananciales o propiedad de bienes en mano común, 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 su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto don ....., en nombre y representación de «Orzu, S.L.»,

y confirmar las Resolución del Registrador Mercantil de Vizcaya de 28 de marzo 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, 28 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Vizcaya.

Resolución de 28 de marzo de 2012 (2.ª)

En el expediente 82/2011 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Construcciones Maidane, S.L.».

HECHOS

I

Doña ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Bilbao el 16 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil y como socia de «Construcciones Maidane, S.L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010. Alegaba la propiedad de un número de participaciones sociales, equivalentes del 50% de capital social.

II

La sociedad, a través de su representante, don ....., se opuso a dicha pretensión, alegando en esencia, lo siguiente: 1.º) Que la sociedad siempre ha mostrado su más absoluta transparencia con la solicitante de la auditoría, poniendo a su disposición toda la documentación contable y financiera de la que dispone. 2.º) Que el nombramiento de auditor supone un claro perjuicio para la sociedad, mucho más si se tiene en cuenta la anterior alegación. 3.º) Que la solicitante, en realidad, lo que pretende es causar un perjuicio económico a la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de Bilbao, con fecha 30 de marzo de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas solicitado. Mantuvo que el firmante del escrito de oposición no acreditó la representación con la que actúa.

IV

Con fecha de 31 de marzo de 2011 don ..... envió un escrito de alegaciones al que adjuntó escritura de poder general para pleitos otorgado a su favor por don .....

V

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 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 la presente resolución ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de interposición del recurso. En efecto, frente a la alegación que cuestiona la buena fe de la solicitante, por el hecho de entender necesaria la auditoría, se ha de recordar la doctrina mantenida por este Centro Directivo 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 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 Por lo que se refiere al acceso que la solicitante tiene o puede tener a la información financiera y contable de la compañía, también cabe recor-

dar que los derechos de información y auditoría son derechos distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. El primero de ellos supone que la administración social debe poner a disposición de los socios la información mercantil, financiera y contable de la empresa y lo ostentan todos los socios de entidades mercantiles, sin necesidad de realizar ninguna petición formal al Registrador Mercantil, mientras que el derecho a la verificación contable solo pueden ejercitarlo los socios que reúnan las condiciones de capital y tiempo establecidas en la ley [art. 93.*d)],* 196, en relación con el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.º Por último, 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 don ....., en nombre y representación de «Construcciones Maidane, S.L.», y confirmar las Resolución del Registrador Mercantil de Vizcaya de 30 de marzo 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, 28 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Vizcaya.

Resolución de 28 de marzo de 2012 (3.ª)

En el expediente 83/2011 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Elburu, S.A.».

HECHOS

I

Doña ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Bilbao el 16 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil y como socia de «Elburu, S.A.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010. Alegaba la propiedad ganancial de un número de participaciones sociales, equivalentes a más del 5% de capital social que ostenta junto con su esposo don .....

II

La sociedad, a través de don ....., en nombre y representación de la sociedad, se opuso a dicha pretensión negando la legitimación a la solicitante de la auditoría, en base a los siguientes argumentos: 1.º) Que no es socia de la entidad mercantil, sino que tal condición la ostenta su marido que es el que concurrió al otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad. 2.º) Que, en el supuesto de que su actuación se considere un mandato de la sociedad de gananciales, dicha actuación como mandataria esta desvirtuada por el contenido de la propia escritura en la que don ..... adquiere dichas participaciones en su propio nombre y derecho y no en el de la sociedad. 3.º) Que, en todo caso, el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que en caso de copropiedad sobre las participaciones sociales, los copropietarios habrán de designar a una persona que les represente para el ejercicio de los derechos que corresponden al socio y responderán solidariamente de las obligaciones que se deriven de tal condición.

III

El Registrador Mercantil de Bilbao, con fecha 28 de marzo de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas dado que conforme a reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas se inserta en los actos propios de gestión y buena administración. Mantuvo, asimismo, que el firmante del escrito de oposición no acreditó la representación con la que actúa.

IV

Con fecha de 31 de marzo de 2011 don ..... envió un escrito de alegaciones al que adjuntó escritura de poder general para pleitos otorgado a su favor por don .....

V

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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.

La única cuestión que plantea el presente recurso se centra en dilucidas si la solicitante de la auditoría se encuentra o no legitimada para ejercitar el derecho que solicitó al Registrador Mercantil de Bilbao.

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 la representación recurrente *(cfr.* Hechos II) la condición de socio de don ....., casado en régimen de gananciales con la solicitante de la auditoría de cuentas y su titularidad sobre un número de participaciones sociales, equivalente a más del 5% del capital social, ha quedado también acreditada la legitimación de su cónyuge para ejercer el derecho al nombramiento registral de auditor, sin necesidad de que figure su identidad en la escritura de constitución, dado que mediante el ejercicio de este derecho a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, está realizando un acto de gestión y buena administración de los bienes comunes.

En contra de lo que entiende la sociedad recurrente, la doctrina mantenida por este Dirección General de los Registros y del Notariado no es contraria a lo establecido en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, relativas a la copropiedad de participaciones sociales, 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 de tipo romano *(cfr.* arts. 392 y siguientes del Código Civil) y en el otro, las de la sociedad de gananciales o propiedad de bienes en mano común, 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 su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto don ....., en nombre y representación de «Elburu, S.A.», y confirmar las Resolución del Registrador Mercantil de Vizcaya de 28 de marzo 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, 28 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Vizcaya

---

Resolución de 29 de marzo de 2012

En el expediente 85/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Parque Sierra Promociones Inmobiliarias, S.A.».

HECHOS

I

Doña ....., en su condición de administradora única de la entidad mercantil «Grupo Asesores, S.A.» y don ..... presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 28 de febrero de 2011 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como titulares de más 5% del capital social de «Parque Sierra Promociones Inmobiliarias, S.A.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2011.

Doña ..... firmó también el referido escrito en su propio nombre y derecho pues, estando impugnada la compraventa realizada entre «Grupo Asesores, S.A.» y don ....., quiso despejar cualquier sobre la legitimación exigida para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas.

II

A la vista del anterior escrito el Registrador Mercantil número X de Madrid requirió a los solicitantes para que aportaran la instancia por triplicado y concretaran la solicitud a un único ejercicio social. A dicho requerimiento los interesados contestaron aportando la instancia por triplicado, firmada por ellos.

III

Trasladada dicha instancia a la sociedad, ésta, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º Falta de legitimación de los solicitantes de la auditoría de cuentas, dado que, tal y como la sociedad hizo constar ente el Juzgado número 7 de lo Mercantil de Madrid, en autos del Juicio ordinario número 471/2008 y mediante el recurso de apelación interpuesto parcialmente contra la sentencia que declara la nulidad de la transmisión de acciones verificadas entre el Grupo ..... y el Sr ……, no solo es procedente dicha declaración de nulidad, sino que además procede dar la opción de adquisición preferente al socio don ....., puesto que la transmisión declarada nula supone, de facto, una transmisión diferente de la autorizada. Dicho extremo exige abrir el procedimiento previsto en los Estatutos Sociales por la segunda venta en la que variaron las condiciones inicialmente ofertadas. 2.º) Que, asimismo, solicitan el nombramiento de auditor de cuentas para verificar las de los ejercicios 2007, 2008 y 2009, en clara contradicción con los preceptos legales y reglamentarios reguladores del derecho de verificación contable a instancias de los socios minoritarios. 3.º) Que los solicitantes fundamentan su pretensión en el hecho de no haber sido convocados para la celebración de las Juntas generales, lo cual es incierto.

IV

El Registrador Mercantil número X de ....., con fecha 1 de abril de 2011, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas para los años 2006 a 2009 y estimarla para las cuentas del ejercicio 2010. Mantuvo que, en orden a la legitimación del socio, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha sentado la doctrina conforme a la cual, 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, el hecho de que la entidad mercantil «Grupo Asesores, S.A.» deba otorgar escritura pública a favor del socio que ejercitó su derecho de adquisición preferente, no desvirtúa el principio de prueba aportado por los solicitantes, puesto que, en tanto que no se formalice dicha compraventa, no hay duda de que la propiedad pertenece a los solicitantes. Por lo que se refiere a las cuentas anuales de los ejercicios económicos solicitados, debe estimarse la solicitud solo respecto del último ejercicio vencido. Por lo que se refiere a la causa de la solicitud es abundantísima la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado manteniendo que la causa de la solicitud es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. En cuanto a que las cuentas no están formuladas por los administradores, se ha de señalar que la auditoría puede cumplir otras

funciones, como la de dar a conocer si la contabilidad social se llevado o no de manera ajustada a derecho. Por último, indicó que tampoco puede impedir el ejercicio de este derecho la alegación referida al ejercicio profesional de la auditoría de cuentas por parte de uno de los socios solicitantes.

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, 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 265. 2 de la Ley de Sociedades Capital, 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 expediente plantea diversas cuestiones sobre las que este Centro Directivo ya se ha pronunciado reiteradamente. La primera de ellas 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 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, ha quedado acreditada la legitimación de la entidad mercantil solicitante de la auditoría tanto por los datos que constan en la hoja abierta a la sociedad, como por la copia de la sentencia de 9 de diciembre de 2009 que declara nula la compraventa de las acciones de «Parque Sierra Promociones Inmobiliarias, S.A.» otorgada por «Grupo Asesores, S.A.»

a favor de don ....., siendo así que, como consecuencia de dicha declaración judicial, la parte vendedora continúa siendo propietaria de las acciones que la legitiman para el ejercicio de este derecho.

Por lo demás, señalar que este Centro Directivo carece de competencia en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas para pronunciarse sobre la obligación que, supuestamente, pesa sobre la entidad mercantil «Grupo Asesores, S.A.» –solicitante de la auditoría de cuentas– de otorgar una nueva escritura de compraventa a favor del socio que en su momento ejercitó el derecho de adquisición preferente. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que esta posibilidad, expresamente planteada ante el Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid por el demandante, fue denegada en la precitada sentencia de 9 de diciembre de 2009.

2.º Tampoco puede prosperar alegación de la sociedad relativa a la inexpresión de la causa en el escrito de solicitud, pues como también ha mantenido esta Dirección general, en este tipo de peticiones fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital la causa es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa, por tanto es irrelevante su inexpresión, dado que tiene un alcance meramente formal.

3.º Por último, como acertadamente indicó el Registrador Mercantil de Madrid el hecho de que las cuentas no estén formuladas por los administradores sociales, en nada obstaculiza el ejercicio del derecho a la verificación contable, puesto que la auditoría de cuentas puede cumplir otras finalidades, como es la de dar a conocer a los socios si la contabilidad se ha llevado o no de manera ajustada a derecho para que, en su caso, puedan formular acciones de responsabilidad contra los administradores.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de «Parque Sierra Promociones Inmobiliarias, S.A.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número X de Madrid el 1 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, 29 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número X de Madrid.

Resolución de 30 de marzo de 2012

En el expediente 84/2011 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor real de las participaciones sociales a instancia de una socia de «Juárez & Asociados Abogados, S.L.P.».

HECHOS

I

Doña ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 1 de marzo de 2011, solicitando el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales números 348 y 349 que ostenta en la sociedad «Juárez & Asociados Abogados, S.L.P.». Alegó haber ejercitado el derecho de separación, notificándolo a la sociedad el 18 de febrero de 2011 y habiendo transcurrido con creces el plazo concedido para llegar a un acuerdo amistoso, sin que la sociedad nada manifestara al respecto.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el socio puede ejercer su derecho de separación siempre que lo haga de buena fe, condición que, en este caso no concurre, dado que la solicitante inició acciones judiciales contra la compañía en vía laboral pretendiendo que se reconozca que la une con la sociedad una relación laboral. Dicha pretensión fue desestimada por la sentencia de 24 de enero de 2011. 2.º) Que la solicitante no cumplió su deber de realizar prestaciones accesorias. 3.º) Que continúa manteniendo ante el Tribunal Superior de Catalunya que su relación con la sociedad es laboral y no profesional y, al propio tiempo, mantiene ante el Registrador Mercantil que su relación es profesional. Afirmar ambas cosas en foros distintos es contrario a la buena fe.

III

La Registradora Mercantil número IX de Barcelona, con fecha 23 de marzo de 2011, estimar la solicitud, al entender que el artículo 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales reconoce el derecho de separación libre de los socios que contribuyen a la realización del objeto social mediante prestaciones accesorias, por su sola voluntad y sin tener que alegar causa justificada. Y, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades constituidas por tiempo determinado, los socios no tienen que alegar justa causa o cualquier otro motivo que justifique su decisión de separarse. Añadió que la actuación del Registrador Mercantil es una actuación típica, de modo que le competen las funciones que el ordenamiento jurídico les atribuye y, en concreto, el Reglamento del Registro Mercantil regula en su artículo 363 el nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales, disponiendo su procedencia en todos aquellos casos establecidos en la Ley, de tal manera que, en el caso presente, no existiendo en los Estatutos Sociales la previsión de ningún procedimiento especial para estos supuesto de separación distinto al regulado en

la Ley de Sociedades de Capital, procede el nombramiento por el Registrador Mercantil. De la documentación aportada resulta difícil apreciar si ha existido o no acuerdo entre la socia solicitante y la sociedad sobre esta cuestión. Por último, en cuanto a las alegaciones del recurrente relativas a la mala fe de la solicitante y a su negativa a realizar prestaciones accesorias acordadas por la sociedad finalizó diciendo que este procedimiento no es el cauce adecuado para resolver dichas cuestiones.

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 en la falta de buena fe de la solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 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 y 28 de agosto de 2007.

1.º La primera cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar sí 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 del artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales que regula el derecho de separación de los socios, sin necesidad de acreditar la concurrencia de justa causa y teniendo en cuenta que los Estatutos Sociales no regulan ningún un procedimiento específico para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales.

2.º Sobre las alegaciones que cuestionan la buena fe de la solicitante, se ha de señalar que este Centro Directivo carece de competencia para apreciar dicha cuestión, dado el limitado ámbito de conocimiento atribuido en este procedimiento. Es cierto que las motivaciones de los solicitantes puede no ser siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cual-

quier 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) sin embargo, 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 solidario de «Juárez & Asociados, S.L.P.» y confirmar la Resolución de la Registradora Mercantil número IX de Barcelona de 23 de marzo 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, 30 de marzo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

Resolución de 11 de abril de 2012

En el expediente 91/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sociedad Anónima de Aparcamientos Madrid, S.A.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 8 de marzo de 2011 en el que solicitaba, como titular de más del 5% del capital social de «Sociedad Anónima de Aparcamientos Madrid, S.A.» 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 2010. Adjuntó a su escrito copia de la escritura pública de aprobación y protocolización de partición de la herencia.

II

El Registrador Mercantil número XII de Madrid, con fecha 9 de marzo de 2011, acordó conceder a la solicitante el plazo de diez días para que aportara al expediente el documento de los copropietarios de las participaciones designando a la solicitante para ejercitar los derechos del socio, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

III

Por resolución de 8 de abril de 2011 el Registrador Mercantil de Madrid acordó desestimar la solicitud de auditoría de cuentas, dado que la solicitante no aportó al expediente la documentación requerida el 9 de marzo de 2011 y recibida el día 11 del mismo mes y año, teniéndosela por desistida de su petición.

IV

Contra dicha resolución la solicitante del nombramiento de auditor de cuentas, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis, que la participación que ostenta en la mencionada sociedad es la del 14,28 del capital social y, por tanto, más del 5% exigido por la Ley de Sociedades de Capital para ejercitar el derecho.

V

Con fecha de 9 de mayo de 2011 tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid un escrito firmado por don ....., Presidente del Consejo de Administración de la sociedad afectada por la solicitud de auditoría, «Plurinver, S.A.» alegando: 1.º) Que la solicitante de la auditoría manifestó en su instancia la propiedad la propiedad de un porcentaje de capital social equivalente al 14,28%, lo que no se corresponde con la realidad, dado que el capital social de la compañía esta formado por doña ....., doña ....., don ....., don ..... doña ....., doña ..... y doña ....., que son propietarios en proindiviso del 50,77% del capital social. El 49,23% del capital le corresponde a doña ..... que, además, ostenta la Presidencia del Consejo de Administración. 2.º) Que los copropietarios de las acciones acordaron que la representación de dichas acciones recayera en don ....., conforme a lo establecido en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital. 3.º) Que la solicitante de la auditoría de cuentas forma parte del Consejo de Administración y conoce que en su reunión de 25 de marzo de 2010 se acordó el nombramiento de auditor de cuentas para que verificara las correspondientes a los ejercicios 2010, 2011 y 2012, recayendo dicha designación en la Compañía auditora «Lavinia, S.L.». Dicho nombramiento fue ratificado por unanimidad por la Junta General de socios celebrada el 25 de mayo de 2010. 4.º) Que las cuentas correspondientes al ejercicio 2010 fueron formuladas en la reunión del Consejo de Administración de 21 de marzo de 2011 y se presentaran para su aprobación por la Junta general de 20 de mayo de 2011. Finalizó su escrito solicitando se tuvieran en cuenta las anteriores alegaciones por la Dirección General en el momento de resolver el recurso de alzada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y 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, 30 de mayo de 2007 y 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

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 *(cfr.* art. 113.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) exige señalar en esta resolución el defecto procedimental cometido por el Registrador Mercantil de Madrid que, sin trasladar la solicitud y sus documentos adjuntos a la sociedad para que pudiera presentar su oposición a la misma, acordó denegarla por no haber aportado la solicitante el documento que previamente le requirió, acreditativo de la representación que ostenta sobre la copropiedad de acciones*(cfr.* art. 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil).

La omisión de este trámite esencial del procedimiento de nombramiento registral de auditor, regulado en el precitado artículo y en las normas generales sobre audiencia de los interesados, contenidas en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha de traer como consecuencia su retroacción, al haber originado indefensión a la sociedad y a la propia solicitante que se vieron privados de una decisión motivada sobre el fondo del asunto y de la posibilidad de recurrirla ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado, en el plazo reglamentario establecido y con los fundamentos jurídicos pertinentes sobre las cuestiones sustantivas planteadas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto declarar la nulidad de la resolución del Registrador Mercantil de Madrid de 8 de abril de 2011 y retrotraer el expediente al momento previo al traslado de la instancia y documentos adjuntos a la sociedad.

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 abril de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XII de Madrid.

Resolución de 12 de abril de 2012 (1.ª)

En el expediente 86/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Carrocerías Mirandesas, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Burgos, el 19 de enero de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Carrocerías Mirandesas, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de sus administradores solidarios, don …. y don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad no está obligada a la verificación contable. 2.º) Que, no obstante lo anterior procedió a nombrar auditor de las cuentas correspondientes al ejercicio 2010, con lo que el derecho del socio minoritario queda enervado por esta auditoría voluntaria. 3.º) Que si dicha auditoría no se admitiera se ocasionaría un doble gasto para la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de Burgos, con fecha de 7 de marzo de 2011, 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 las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para que la auditoría voluntaria pueda 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, no se ha garantizado que la auditoría contratada por la sociedad fuera previa a la petición de la minoría, dado que de las fechas fehacientes que constan en la documentación presentada por la sociedad ninguna es anterior a la presentación de la instancia en el registro mercantil. Finalizó manteniendo que no podía prosperar la alegación societaria relativa al perjuicio que dicha auditoría ocasionara a la sociedad, por disponer el artículo 265.2 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 que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

V

El 26 de noviembre de 2011 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de Burgos al que adjuntaba sendos escritos del socio minoritario y de los administradores de la sociedad en los que renunciaban respectivamente a la solicitud de auditoría y a los escritos de oposición y de interposición del recurso de alzada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano la renuncia a la instancia presentada por don ....., solicitante de la auditoría de cuentas, así como el desistimiento al recurso de alzada presentado por don ....., administrador solidario de «Carrocerías Mirandesas, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Burgos el 7 de marzo de 2011 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, 12 de abril de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Burgos.

Resolución de 12 de abril de 2012 (2.ª)

En el expediente 88/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Cartel Import, S.A.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 25 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Cartel Import, S.A.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 2010.

II

La sociedad, a través de don ..... y don ..... en calidad de accionistas y el segundo de ellos en su calidad de Consejero delegado se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia, que el capital de la sociedad está dividido en tres partes, siendo el solicitante titular del 33% del mismo y, además presidente del Consejo de Administración. Tanto por su participación en el capital social, como por su cargo pudo haber nombrado auditor de cuentas o exponer la necesidad de una auditoría en la Junta general o en alguna de las reuniones del Consejo, pero nunca manifestó su opinión al respecto.

III

La Registradora Mercantil de Madrid, con fecha 13 de abril de 2011, tras señalar que siendo los firmantes del escrito de oposición un accionista y un Consejero delegado, carecían de legitimación para representar a la sociedad. No obstante, dada la obligación del Registrador Mercantil de resolver el fondo del asunto y examinar las cuestiones planteadas en el expediente hayan sido o no alegadas por los interesado, entendió procedente examinar las cuestiones de fondo planteadas para estimar o no la solicitud. Sentado lo anterior señaló que la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador no le impide ejercitar un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, salvo que hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales, porque en este caso habría podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor de cuentas. En el caso que nos ocupa, el solicitante ha ostentado el cargo de Consejero delegado y fue nombrado Presidente del Consejo de Administración en la reunión de 26 de junio de 2010, siendo así que pudo por sí mismo contratar los servicios de un auditor de cuentas, lo que enerva el derecho que como socio le corresponde. Finalizó su resolución rechazando las restantes alegaciones de 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, en síntesis: 1.º) Que el plazo que media entre la recepción del traslado de la instancia a la sociedad y el de la presentación del escrito de oposición por la sociedad, es superior al de cinco días, previsto reglamentariamente. 2.º) Que hasta la recepción de la petición de celebración de

Junta general y el conocimiento de los acuerdos fuera del ámbito de la sociedad entre los dos accionistas citados anteriormente, no se consideró necesario, en ningún momento, realizar una auditoría independiente, razón por la cual no se solicitó. 3.º) Que en la reunión del Consejo de Administración de 30 de marzo en la que se acordó la celebración de la Junta extraordinaria, el recurrente no planteó el nombramiento de auditor porque ya lo había solicitado el 25 de marzo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 15 de septiembre de 2010.

1.º El presente expediente plantea una cuestión formal y otra sustantiva que serán dilucidadas en esta resolución. Como cuestión procedimental, se ha de señalar que cuando el Reglamento del Registro Mercantil estableció el trámite de audiencia de la sociedad con un determinado plazo, en realidad, configuró a su favor un derecho y no una carga, estableciendo unos plazos no preclusivos cuyo transcurso solo permite al Registrador Mercantil resolver la solicitud, aunque no conste el escrito de oposición social, examinando de oficio todas las cuestiones que plantee el expediente, aunque no hubieran sido alegadas por ninguna de las partes, sin perjuicio de que cualquiera de ellas pueda presentar sus alegaciones en cualquier momento del procedimiento y el Registrador Mercantil habrá de tomarlas en consideración, siempre que consten en el expediente antes de dictar resolución –como ha ocurrido en el caso presente– dado que en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas es supletoria la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2.º La cuestión de fondo planteada se centra en dilucidar si el solicitante de la auditoría de cuentas, en el que concurre también la condición de Presidente y Consejero delegado puede o no ejercitar el derecho que el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital reconoce a los socios minoritarios. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido que la concurrencia en el solicitante de la auditoría de cuentas de la condición de socio no ha de impedir que ejercite un derecho que por ley le corresponde. Esto solo ocurriría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o hubiera ejercido la administración con carácter solidario, porque en este caso habría podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor ajeno a la empresa, si lo hubiera creído conveniente para la empresa, lo que no habría podido haer si la administración fuera mancomunada, dado que habría tenido que contar con el consentimiento de los demás *(cfr.* art. 1692 del Código Civil).

Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que el solicitante de la auditoría de cuentas es Consejero delegado y, además, ostenta la presidencia del Consejo de Administración de la compañía pudiendo haber contratado, por sí mismo, los servicios profesionales de un auditor de cuentas sin necesidad de solicitarlo al Registrador Mercantil. Y, en consecuencia, procede confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Madrid, pues 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.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil de «Cartel Import, S.A.L.» y confirmar la Resolución de la Registradora Mercantil número IV de Madrid de 13 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, 12 de abril de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de número IV de Madrid.

Resolución de 13 de abril de 2012

En el expediente 89/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Laboratorio de Análisis y Control, S.A.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 25 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Laboratorio de Análisis y Control, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su representante, doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que: 1.º) Que el solicitante fue quién administró la compañía y se encargo de los asuntos contables y financieros. 2.º) Que, como consecuencia de sus irregularidades, la compañía no pudo aprobar las cuentas correspondientes al ejercicio 2009, por lo que el órgano de administración creyó conveniente contratar los servicios de un auditor externo para que verificara las correspondientes a los ejercicios 2009 y 2010. El nombramiento tuvo lugar el 7 de marzo de 2011 y recayó en don ....., inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas.

III

La Registradora Mercantil número IV de Madrid, con fecha 17 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 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 la fecha que consta en los documentos es anterior a la de presentación de la instancia en el Registro Mercantil el 25 de marzo de 2011, no obstante solo puede tenerse en cuenta la fecha de presentación en el Registro Mercantil, que es posterior a ésta, por ser la única que puede probar frente a terceros la contratación de la auditoría *(cfr.* 1227 del Código Civil). No reuniendo la primera de las condiciones, es irrelevante examinar la segunda. Respecto a la petición social de que se nombre al mismo auditor por ella designado para evitar gastos innecesarios, la Registradora señaló que el nombramiento debía hacerse por el procedimiento reglado previsto en el artículo 355 del 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 las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración insistiendo en la anterioridad de la auditoría voluntaria respecto de la petición del socio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 la anterioridad de la contratación del auditor voluntariamente nombrado, puesto que si bien es cierto que los documentos presentados tienen una fecha anterior a la de la instancia del socio minoritario, esa fecha carece de fehaciencia, siendo la única que puede hacer prueba frente a terceros es la de presentación en el Registro Mercantil, la cual es posterior a la de 25 de marzo de 2011 en la que el solicitante de la auditoría presentó su instancia en el Registro Mercantil.

2.º Por lo que se refiere a los gastos que la auditoría comporta, el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de capital dispone, con carácter taxativo y sin que quepa margen interpretativo alguno que estos corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

3.º Tampoco puede prosperar la pretensión de la sociedad de que se nombre por el Registrador Mercantil al auditor de cuentas ya nombrado por la sociedad, pues el Registrador está obligado a seguir el procedimiento regulado en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ....., en nombre y representación de «Laboratorio de Análisis y Control, S.A.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil número IV de Madrid el 17 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, 13 de abril de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de número IV de Madrid.

Resolución de 16 de abril de 2012

En el expediente 90/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Ripay Castall, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito el 18 de febrero de 2011 dirigido al Registrador Mercantil de Alicante solicitando, como titular del 5% del capital social de «Ripay Castall, S.L.» y al amparo de lo dispuesto en los artículos 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas correspondientes al ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través del Secretario del Consejo de Administración, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando que la sociedad nombró auditor de cuentas para el ejercicio 2010

a la firma auditora «Grupo Auditor Ros, S.L.P.». Dicho nombramiento se presentó en el Registro Mercantil el 1 de octubre de 2010.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, con fecha 9 de marzo de 2011, 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 los órganos sociales enerva el derecho del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, puesto que la *ratio legis* de dicho precepto es la de facilitar al socio un informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio vencido, siendo indiferente que el auditor haya sido nombrado por el Registrador Mercantil, por los órganos sociales o por el Juez. En el caso presente el nombramiento voluntario de auditor es muy anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario, dado que se practicó la inscripción del nombramiento el 4 de noviembre de 2010 en la hoja abierta a la sociedad

IV

Contra dicha resolución el socio minoritario solicitante del nombramiento, don ....., interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que la única finalidad que ha tenido el nombramiento voluntario de auditor de cuentas ha sido la de privar al socio minoritario del ejercicio de su derecho. De hecho, el solicitante de la auditoría envió un requerimiento notarial a la empresa el 18 de noviembre de 2010, solicitando la documentación e información contable de la empresa con el fin de que fuera revisada por un experto; a dicho requerimiento contestó la sociedad el 22 de noviembre de 2010, dándose por enterada de su intención, pero sin manifestarle que, por parte de la sociedad, ya se había procedido a un nombramiento voluntario de auditor de cuentas. 2.º) Que una vez que se ha privado a la minoría de ejercitar su derecho, puede revocar el nombramiento que realizó convocando a la Junta general con esta finalidad o bien conseguir que el propio auditor renuncie al nombramiento.

V

Con fecha de 30 de junio de 2011 tuvo entrada en el Registro General de este el Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de Alicante al que adjuntaba un escrito ampliatorio del recurso de alzada presentado por el solicitante de la auditoría en el Registro Mercantil el 28 junio de 2011, manteniendo que el nombramiento voluntario no fue efectuado ni aprobado por la Junta General de la sociedad sino por el Consejo de Administración, en contra de lo previsto en el artículo 264 de la ley de Sociedades de capital. Así se deduce del acta de dicha Junta que él mismo solicitó para tratar esta cuestión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, 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 15 de abril de 2010.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar que los requisitos legales exigidos por el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital, relativos al órgano social que apruebe el nombramiento de auditor de cuentas, así como los términos para realizar dicho nombramiento y su duración, solo son de obligado cumplimiento en aquellas sociedades que no pueden presentar en el Registro Mercantil sus cuentas en forma abreviada y que, por tanto, están obligadas por ley a la verificación contable. Fuera de estos supuestos la sociedad puede, a través de su órgano de administración, contratar los servicios de un auditor de cuentas, si lo considera necesario para la buena marcha de la empresa, pues este acto tiene la naturaleza propia de un acto de gestión y buena administración cuando se trata de sociedades no sujetas por ley a la obligación de auditar sus cuentas anuales.

2.º Por lo demás señalar que, como indicó el Registrador Mercantil de Alicante, no procede el nombramiento de auditor solicitado por la minoría, dado que, aunque, efectivamente, el socio 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 cuya auditoría se pretende y que este derecho ha quedado garantizado por la inscripción del mismo en el Registro Mercantil el 4 de noviembre de 2011, causando la inscripción 6.ª en la hoja abierta a la sociedad.

3.º No puede prosperar tampoco las alegaciones y consideraciones que el socio realiza en torno a las intenciones de los administradores pues, como ha mantenido este Centro Directivo, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas intenciones, 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.

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 el Registrador Mercantil de Alicante el 9 de marzo 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, 16 de abril de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 17 de abril de 2012 (1.ª)

En el expediente 92/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Davi Projectes, S.L.»

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 23 de febrero 2011 solicitando, al amparo de los 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Davi Projectes, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad, ésta no presentó oposición al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil en el plazo previsto en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil de Barcelona, el 7 de abril de 2011, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que de la hoja abierta a la sociedad resulta que la solicitante está legitimada para el nombramiento y, asimismo, que en ella concurre la circunstancia se ser administradora solidaria. Sobre esta última cuestión, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador no puede impedir que la interesada ejercite un derecho que la ley le atribuye por su condición de socia. Dicha incompatibilidad solo se daría si hubiera administrado con carácter exclusivo los asuntos sociales o si fuera administradora solidaria, pues en estos supuestos habría podido contratar los servicios profesionales de

un auditor como un acto propio de la gestión social. En el caso presente, la peticionaria es administradora solidaria de la empresa por lo que puede contratar por sí misma los servicios de un auditor de cuentas

IV

Contra dicha resolución la solicitante de la auditoría interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia, que la sociedad es una empresa familiar, en la que si bien es cierto que consta en el Registro mercantil un sistema de administración solidaria, la realidad es que no ha ejercido como tal administradora, siendo su marido el que lleva la gestión y administración de la empresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 y la de 1 y 2 de septiembre de 2010.

Procede confirmar el fundamento de derecho único de la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Barcelona que no hace sino confirmar la doctrina sentada por este Centro Directivo. En efecto, el hecho de que concurra en el socio minoritario la condición de administrador social no ha de impedir que pueda ejercer el derecho que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital reconoce al socio minoritario. 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 más de gestión y buena administración, lo que no habría podido hacer si la administración fuese mancomunada pues habría tenido que contar con la concurrencia de los demás administradores *(cfr.* art. 1692 del Código Civil).

En el caso presente, la peticionaria es administradora solidaria de la sociedad y pudo contratar por sí misma los servicios de un auditor de cuentas, sin necesidad de concurrir con el otro administrador solidario. Por tanto, no puede prosperar la pretensión de la recurrente, pues 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 doña ....., solicitante de la auditoría de cuentas para «Davi Projectes, S.L.» contra la resolución, la dictada por el Registrador Mercantil de Barcelona el 7 de abril de 2012.

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 abril de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

Resolución de 17 de abril de 2012 (2.ª)

En el expediente 93/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Rally Sport Bersus, S.L.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Santiago de Compostela el 22 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 «Rally Sport Bersus, S.L.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitante de la auditoría junto con los demás socios fue siempre convocada a las Junta General de la sociedad y, asimismo, siempre se ha puesto a su disposición la información mercantil y contable de la empresa. 2.º) Que la solicitante, representada por su hijo, acudió a la Junta General que aprobó las cuentas del ejercicio 2009 en la Junta y, sin embargo, no impugnó los acuerdos en ella adoptados.

III

El Registrador Mercantil de Santiago de Compostela, con fecha de 8 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que, reuniendo la solici-

tante las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas, ninguna de las alegaciones aducidas por la sociedad puede enervar su derecho, por no constituir causa de oposición.

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 que en consecuencia se dan por reproducidas sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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, 30 de noviembre de 2005, 15 de junio de 2007 y 27 de junio de 2011.

1.º No pueden prosperar, frente a la resolución recurrida, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, se ha de recordar que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que reconocen y regulan el derecho a la verificación contable atribuido a 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, mucho menos, la de haber impugnado con anterioridad un acuerdo adoptado por la Junta general, como el de la aprobación de las cuentas de un determinado ejercicio social.

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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de «Rally Sport Bersus, S.L.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Santiago de Compostela el 8 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, 17 de abril de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Santiago de Compostela.

Resolución de 17 de abril de 2012 (3.ª)

En el expediente 94/2011 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 Valencia el 24 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil 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 2010.

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 Valencia, con fecha 5 de abril de 2011, 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 querella contra el solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265. 2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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, 21 de diciembre de 2007 y 21 de octubre de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Valencia 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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.

3.º Por último en cuanto a los gastos que la auditoría ocasionará a la sociedad, como este Centro Directivo ha mantenido, por expresa disposición del artículo 265.2 de la ley de Sociedades de capital, éstos 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 de «Taverfont, S.R.L.L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Valencia el 5 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, 17 de abril de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

Resolución de 17 de abril de 2012 (4.ª)

En el expediente 95/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Boboactividades, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Sevilla, el 11 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 5% del capital social de «Boboactividades, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante no manifestó en su instancia la causa de su solicitud; 2.º) Que la petición de auditoría de cuentas es un mero capricho del solicitante y su finalidad es hacer que la sociedad incurra en unos gastos que no puede soportar. Debe tenerse en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está sujeto a las exigencias de la buena fe. 3.º) Que la sociedad nunca recibió ninguna petición de auditoría del socio, lo que habría dado lugar a la convocatoria de Junta general con el fin de debatir esta cuestión pues, como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, es indiferente que el nombramiento de auditor lo realice la sociedad o el Registrador Mercantil, dado que debe ajustar su actuación a unas normas éticas, profesionales y técnicas.

III

El 4 de abril de 2011 el solicitante de la auditoría de cuentas, don ..... , presentó un escrito rebatiendo las alegaciones aducidas por la sociedad y manteniendo que las cuentas anuales de 2008 van acompañadas de un certificado firmado por don ....., en calidad de administrador único, cuando en ese ejercicio la sociedad estaba regida por dos administradores mancomunados.

IV

El Registrador Mercantil de Sevilla, con fecha 6 de abril de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Mantuvo que en las sociedades no obligadas a la verificación contable la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa, por tanto es irrelevante su mención en la instancia del socio minoritario. Los gastos de auditoría, por expresa disposición del artículo de 265 de la ley de Sociedades de Capital corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situa-

ción económica en que se encuentre. Las intenciones del solicitante no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido, 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. En cuanto a que el socio no se dirigió previamente a la sociedad con el fin de que pudiera debatir la conveniencia de una auditoría, no tiene ninguna obligación legal ni reglamentaria de hacerlo. Por último, en cuanto a la disposición que muestra la sociedad para convocar la Junta General de Socios con el fin de nombrar auditor, señaló que, aún cuando el nombramiento voluntario de auditor pueda enervar el derecho del solicitante de la auditoría, para ello es preciso que reúna 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 resulta evidente que no se ha garantizado el derecho del socio por ninguno de los medios anteriormente señalados.

V

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.

VI

Con de 28 de junio de 2011 tuvo entrada en el Registro general de este departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de Sevilla al que adjuntó escrito de renuncia a la petición de auditoría solicitada por don ....., presentado en el Registro Mercantil de Sevilla el día 17 de junio de ese mismo año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 don ..... para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2010 de la sociedad «Boboactividades, 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, 17 de abril de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.

Resolución de 18 de abril de 2012 (1.ª)

En el expediente 96/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Gestión e Inversiones Ibores 1-15, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., en nombre y representación de la entidad mercantil «Energías Alternativas Far, S.L.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid 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 Gestión e Inversiones Ibores 1-15, S.L. el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

II

El Registrador Mercantil número XV de Madrid, el 31 de marzo de 2010, requirió el firmante de la instancia para que aportara al expediente copia autorizada o testimonio notarial de la escritura de poder de la que hace uso el representante. Lo que así hizo el interesado mediante escrito de 12 de abril de 2010.

III

Notificada la sociedad por correo certificado de la presentación de dicha solicitud, ésta no formuló oposición al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil.

IV

El 16 de junio de 2010, el Registrador Mercantil número XV de Madrid 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 al auditor don ..... que aceptó el nombramiento a través de su representante doña .....

V

Por escrito presentado en el Registro Mercantil de Madrid el 23 de julio de 2010, el auditor designado, don ....., presentó un escrito, en el que comunicó al Registrador Mercantil la emisión de un informe con opinión denegada por limitación absoluta del alcance de los trabajos.

VI

Por escrito presentado en el Registro Mercantil de Madrid el 13 de abril de 2011, don ....., en nombre y representación de la entidad mercantil «Energías Alternativas Far, S.L.», solicitante de la auditoría de cuentas, renunció a su petición de verificación por auditor de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009

VII

El 19 de abril de 2011 el Registrador Mercantil número XV de Madrid, tras señalar que con fecha de 26 de julio de 2010 procedió a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas y al cierre del expediente, se declaró incompetente para aceptar la renuncia presentada por el solicitante.

VIII

Contra dicha resolución la sociedad afectada por la solicitud de auditoría, a través de su Presidente–Consejero delegado del Consejo de Administración, don ....., interpuso recurso de alzada ante esta Dirección general, alegando, en esencia que el desistimiento a la solicitud es posible en cualquier momento del procedimiento.

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, artícu-

los 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 y 21 de enero de 1999.

En el expediente que nos ocupa procede confirmar la decisión adoptada por el Registrador Mercantil número XV de Madrid el 19 de abril de 2011, 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 trascurridos los plazos previstos para su impugnación sin haber interpuesto el recurso pertinente.

Por tanto, no puede prosperar la alegación societaria que pretende sea admitido el desistimiento del solicitante, en base a 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 interpuesto por don ....., Presidente y Consejero delegado del Consejo de Administración, de «Gestión e Inversiones Ibores 1-15, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registradora Mercantil número XV de Madrid de 19 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, 18 de abril de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XV de Madrid.

Resolución de 18 de abril de 2012 (2.ª)

En el expediente 97/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Agropecuaria Hermanos Lozano, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Badajoz el 31 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital 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 «Agropecuaria Hermanos Lozano, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la solicitante actúa en frau de ley, toda vez que siendo el objeto social de la empresa una explotación porcina llevada a cabo en una finca arrendada a la solicitante, la finalización del contrato se hizo imposible su continuación. Ello, unido a la difícil situación económica de la empresa ha originado que los administradores estén ultimando las cuentas anuales para la subsiguiente convocatoria de Junta general con el fin de que se acuerde bien el cambio de objeto social, bien la disolución de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de Badajoz, con fecha 8 de abril de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que, reuniendo el socio las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas, ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad puede impedir que el socio minoritario ejercite su derecho. Mantuvo que el Registrador Mercantil no puede entrar a conocer cuestiones derivadas de las relaciones internas entre el socio y la sociedad que deben regirse por los Estatutos Sociales y, en su caso, debe acudirse a la autoridad judicial.

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 aceptar un contrato de auditoría en la difícil situación económica de la sociedad podría dar lugar a responsabilidad civil e incluso penal.

V

Con fecha de 15 de febrero de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de Badajoz, al que adjuntaba un escrito firmado por la solicitante de la auditoría de cuentas, doña ....., renunciando a su petición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento a la solicitud de auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2010 de la entidad mercantil «Agropecuaria Hermanos Lozano, S.L.», y declarar concluso el procedimiento iniciado a la instancia de doña .....

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 abril de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Badajoz.

Resolución de 26 de abril de 2012

En el expediente 98/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Moragues Fontcuatre, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., en nombre y representación de la entidad mercantil «Piedras Moragues, S.A.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de ....., el 24 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 y siguientes del Regla-

mento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Moragues Fontcuatre, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la entidad mercantil que representa es una sociedad familiar, de carácter patrimonial, siendo su objeto social la administración de inmuebles. 2.º) Que en la historia de esta sociedad es esencial la fecha de 29 de noviembre de 2005 en la que se elevaron a escritura pública diversos acuerdos de otorgar la administración y dirección a los hijos del matrimonio. 3.º) Que la sociedad no ha tenido actividad alguna en el último año, más allá de la propia administración de inmuebles. 3.º) Que la solicitud de auditoría de cuentas no obedece más que al ánimo de revancha de su administrador, puesto que éste conoce la imagen fiel y real de la compañía y también conoce que no está obligada a la verificación contable al poder presentar sus cuentas de forma abreviada.

III

El Registrador Mercantil de Lleida, con fecha 9 de abril de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor y mantuvo que las alegaciones de la sociedad sobre la mala fe del solicitante no puede dilucidarse en este procedimiento dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido. si bien es cierto que las motivaciones de los solicitantes 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 *(cfr.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca , dado que siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados, dado que las intenciones espurias no pueden presumirse nunca. Respecto al conocimiento que tiene la entidad mercantil solicitante de la situación financiera y contable de la compañía, indicó que el derecho de información y el de auditoría, aún estando relacionados resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. Tampoco es necesario para ejercitar el derecho que los socios minoritarios comuniquen a la sociedad su intención de solicitar del Registrador Mercantil un auditor de cuentas.

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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 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, se ha de oponer la doctrina mantenido por este Centro Directivo, 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 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 el hecho de que –según el recurrente– la entidad mercantil solicitante conozca la situación financiera y contable de la sociedad, puede ser óbice para el ejercicio del derecho a solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas pues, 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. 196 y 197 en relación con el artículo y 265.2 de la Ley de Sociedades Capital).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador de «Moragues Fontcuatre, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registradora Mercantil de Lleida el 9 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, 26 de abril de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Lleida.

Resolución de 27 de abril de 2012 (1.ª)

En el expediente 99/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Pegop Servicios Ópticos, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Vizcaya el 10 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 «Pegop Servicios Ópticos, S. A», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitante ha tenido a su disposición toda la documentación e información de la empresa. 2.º) Que la peticionaria solicitó judicialmente una Junta General que le fue denegada por Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de ..... por entender que era innecesaria la convocatoria judicial cuando la Junta general ya había sido convocada. Dicha Junta fue celebrada, finalmente, el 24 de febrero de 2011. La razón fundamental que se esgrimía para los retrasos es que se estaba elaborando un informe económico de la situación de la empresa. Dicho informe se realizó e incluso se presentó en el juicio de divorcio, por lo que se estima innecesario el informe de auditoría.

III

El Registrador Mercantil de Vizcaya, con fecha 23 de marzo de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que ninguno de los motivos de oposición podían enervar el derecho de la socia minoritaria.

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 tiene información suficiente de la situación financiera de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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, 30 de noviembre de 2005 y 15 de junio de 2007.

No pueden prosperar, frente al fundamento de la resolución recurrida, la alegación del recurrente. En primer lugar, se ha de recordar que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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, dado que la razón de ser de este derecho es la de permitir al socio minoritario un conocimiento veraz de la situación patrimonial y financiera de la empresa, mediante el examen de la contabilidad y de las cuentas formuladas por los administradores sociales.

Por tanto, sin perjuicio del informe económico realizado a instancias de la promotora de este expediente para conocer la situación de la empresa, ésta puede también a solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas pues, como se ha indicado, 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. 196 y 197 en relación con el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de «Pegop Servicios Ópticos, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Vizcaya el 23 de marzo 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, 27 de abril de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Vizcaya.

Resolución de 27 de abril de 2012 (2.ª)

En el expediente 100/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Información, Organización y Sistemas, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 14 de abril de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Información, Organización y Sistemas, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través del Presidente del Consejo de Administración, don …., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitud formulada por el socio minoritario y ex Consejero delegado supone un manifiesto abuso de derecho, dado que su verdadera finalidad es hacer incurrir a la sociedad en gastos innecesarios, en un momento económico difícil. 2.º) Que siendo el solicitante titular del 25% del capital social nunca se le habría podido denegar el ejercicio de su derecho de información, más aún cuando hasta hace poco tiempo fue quien formuló las cuentas anuales de ejercicios anteriores.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, con fecha 14 de abril de 2011, tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, acordó estimar la solicitud al entender que ninguna de las alegaciones de la sociedad desvirtuaba su derecho a solicitar un auditor de cuentas al Registrador Mercantil. Respecto al posible abuso de derecho señaló que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento, impide al Registrador Mercantil dilucidar las motivaciones que hayan podido llevar al socio a solicitar la auditoría de cuentas pues, si bien es cierto que éstas no serán siempre legitimas, quien que se sienta perjudicado siempre tendrá expedita la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados por la actuación maliciosa. Respecto a la difícil situación patrimonial y financiera por la que atraviesa la empresa mantuvo que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone de manera taxativa que los gastos de auditoría corren siempre a cargo de la sociedad, sin perjuicio de la situación en que se encuentren. Por último, en cuanto al conocimiento que tuvo el solicitante de la contabilidad social, señaló que los derechos de información y auditoría aún estando relacionados son distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio.

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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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. 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 *(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.

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.

3.º Por último indicar, a propósito de la alegación social sobre el conocimiento e información que el peticionario ha tenido y tiene sobre la contabilidad social, se ha de recordar al recurrente que los derechos de información y auditoría son derechos que, aunque relacionados, resultan distintos por su finalidad y requisitos y también en cuanto a las condiciones para su ejercicio, siendo ambos derechos complementarios *(cfr.* arts. 196, 197 y 265 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, don ....., Presidente del Consejo de Administración de «Información, Organización y Sistemas, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Madrid, el 14 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, 27 de abril de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 30 de abril de 2012 (1.ª)

En el expediente 78/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Albacete Bulevar, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Albacete, el 1 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Albacete Bulevar, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su apoderado, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Falta de legitimación del solicitante de la auditoría de cuentas, dado que manifestó a la sociedad su intención de transmitir las participaciones sociales que posé en la compañía. Además de lo anterior existe un procedimiento judicial abierto sobre dicha venta. Adjuntó a su escrito acta de manifestación y requerimiento, otorgada el 1 de octubre de 2010 por el solicitante, don ..... ante el Notario de Albacete don ....., bajo el número 2380/2010 de su protocolo notarial.

III

El Registrador Mercantil de Albacete, el 11 de marzo de 2011, acordó estimar la solicitud presentada por el socio minoritario por entender que éste reúne las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas. En orden a la forma de acreditara su legitimación recordó la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, según la cual es suficiente para entenderla acreditada, la aportación de un principio de prueba, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil no ha pretendido ser especialmente riguroso con el socio a la hora de exigirle que acredite su legitimación, siendo la sociedad que la niega a la que le corresponde probar que el solicitante no ostenta la legitimación que alegó en su instancia. En el caso presente, el solicitante aparece legitimado por la escritura de constitución de la sociedad que consta inscrita en el Registro (arts. 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil) sin que la sociedad haya aportado prueba que desvirtúe la legitimación acreditada en base al contenido del Registro Mercantil, por los siguientes extremos: *a)* El acta de manifestación y requerimiento tiene un contenido confuso, en tanto que por un lado manifiesta que ha transmitido sus participaciones sociales en documento privado y por otro lado hace referencia a una futura ampliación de capital social de la sociedad adquirente, «cuyo contravalor consistirá en la aportación de participaciones sociales que pertenecen a don ..... en la sociedad Albacete Bulevar, S.L. y además requiere al Notario para que lo comunique al órgano de administración social, a fin de cumplir todos los trámites legales y estatutarios. Es decir, el acta solo recoge unas manifestaciones y no es título hábil para trasmitir la propiedad de las participaciones sociales, ya que para ello es necesario documento público, conforme a lo previsto en el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital. Por otra parte, de la demanda presentada por la sociedad, se deduce que la compañía solicita copia de la documentación para valorar el posible ejercicio de adquisición preferente, lo cual implica que la sociedad puede no reconocer al nuevo titular, lo cual es acorde con lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley de Sociedades de Capital.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recuso de alzada ante esta Dirección general, reiterando las alegaciones aducidas en su escrito de oposición y añadiendo su sorpresa por la resolución del Registrador Mercantil que mantuvo, en la resolución recurrida, que el acta notarial no es un título hábil para la transmisión de participaciones sociales, ignorando que en dicha acta se comunica a la sociedad la existencia de un contrato privado entre dos personas con capacidad jurídica plena que han convenido y aceptado la transmisión, siendo éste el verdadero título. Dicho contrato privado fue otorgado el 4 de enero de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital 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 de 2006 y 21 de julio de 2010.

Procede confirmar en esta resolución el fundamento jurídico único del acuerdo recurrido, dado que el solicitante aportó un principio de prueba de su condición de socio y de su participación en el capital social de la compañía superior al 5% legalmente exigido para instar el nombramiento registral de auditor, mediante la invocación a la escritura de constitución social inscrita en el Registro Mercantil de .....

Dicho principio de prueba no ha sido desvirtuado por la sociedad, dado que no es cierto –en contra de lo entiende la representación recurrente –que, en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada, el contrato privado de transmisión de participaciones sociales tenga efectos traslativos de la propiedad de éstas, por lo menos frente a terceros, dado que, conforme a lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital, para que estos efectos se produzcan, es preciso que los otorgantes eleven el contrato privado a escritura pública *(cfr.* art. 126 de la Ley de Sociedades de Capital). Obviamente, tampoco la mera manifestación sobre la existencia de un contrato privado traslativo del dominio puede probar nada contra lo inscrito y publicado por el Registro Mercantil, dada la presunción de exactitud y validez de que gozan los asientos *(cfr.* arts. 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de «Albacete Bulevar, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Albacete el 11 de marzo 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, 30 de abril de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Albacete.

Resolución de 30 de abril de 2012 (2.ª)

En el expediente 101/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Elaborados del Asón, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... y doña ....., presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Cantabria, el 31 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares cada uno de ellos del 14% del capital social de «Elaborados del Asón, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Falta de legitimación de los solicitantes de la auditoría de cuentas, dado que manifestaron su intención de vender sus participaciones sociales a un tercero por un determinado precio, lo que comunicaron al administrador social con el fin de que lo comunicara al otro socio, que manifestó su voluntad de adquirir dichas participaciones sociales por un precio inferior al indicado. Al no haber sido aceptada esta última oferta por los solicitantes de la auditoría de cuentas, se solicitó la designación de un auditor para que procediera a determinar el valor aproximado de las participaciones sociales, en cumplimiento en el artículo 7 de los estatutos sociales. Una vez fijada dicha valoración por el auditor, el administrador citó a los vendedores y solicitantes de la auditoría de cuentas en la Notaría para formalizar la venta en las condiciones fijadas por el auditor, siendo así que éstos no comparecieron. 2.º) Consecuentemente, los solicitantes carecen de legitimación para instar el nombramiento, dado que no debían ostentar la condición de socios de la compañía.

III

La Registradora Mercantil de Cantabria, el 11 de abril de 2011, acordó estimar la solicitud presentada por los socios minoritarios por entender que al tiempo de la solicitud reúnen las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas. En cuanto a las alegaciones formuladas por la sociedad, mantuvo que los mismos hechos alegados revelan que la transmisión de participaciones sociales no se llegó a producir, luego siguen siendo titulares de la propiedad de las participaciones sociales que alegaron en su instancia.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recuso de alzada ante esta Dirección general, reiterando las alegaciones aducidas en su escrito de oposición e insistiendo en que, a pesar del requerimiento notarial realizado a instancia del administrador único de la sociedad, los peticionarios no acudieron a la Notaria a la que habían sido citados para formalizar la venta de participaciones sociales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital 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.

Procede confirmar en esta resolución el fundamento jurídico único del acuerdo recurrido, dado que los solicitantes aportaron un principio de prueba de su condición de socios y de su respectiva participación en el capital social de la compañía superior al 5% legalmente exigido para instar el nombramiento registral de auditor.

Dicho principio de prueba, lejos de haber sido desvirtuado, queda confirmado por las propias alegaciones de la sociedad, aducidas tanto en su escrito de oposición como en el de interposición del recurso de alzada, de las que se desprende que la propiedad de las participaciones sociales continúa siendo de los solicitantes, dado que no otorgaron escritura pública de compraventa de éstas y, consecuentemente, siguen ostentando la condición de socios y están legitimados para ejercitar el derecho a la verificación contable del ejercicio económico cerrado a 31 de diciembre de 2010.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de «Elaborados del Asón, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Cantabria el 11 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, 30 de abril de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Santander (Cantabria).

Resolución de 30 de abril de 2012 (3.ª)

En el expediente 87/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Lyptus Cocinas y Baños, S.L.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Navarra el 4 de marzo de 2011, solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Lyptus Cocinas y Baños, S L.L», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011.

II

A la vista de dicha instancia el Registrador Mercantil de Navarra dio traslado a la sociedad afectada para que alegara las causas de oposición que estimara convenientes. Lo que así hizo, a través de don ....., en su calidad de Consejero delegado, que alegó: 1.º) Que, aún cuando el solicitante fue socio y ostenta el 5% de capital social, carece de legitimación para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, dado que votó en contra del nombramiento voluntario de auditor en la reunión del Consejo de Administración. Por lo tanto, solicitarlo ahora del Registrador Mercantil supone ir contra los propios actos y cuestiona la buena fe del solicitante. 2.º) Que a pesar de ello, la Junta general de la sociedad, en su reunión de 13 de diciembre de 2011, procedió a nombrar auditor de cuentas. Dicho nombramiento está pendiente de su inscripción en el Registro Mercantil.

III

Con fecha de 21 de marzo de 2011 el Registrador Mercantil de Navarra acordó nombrar auditor para verificar las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2010 a don ....., inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas.

IV

Con fecha de 1 de abril de 2011, el Registrador Mercantil de Navarra suspendió el procedimiento al entender que si bien es cierto que las alegaciones sociales relativas a la actuación del socio que se opuso al nombramiento de auditor en la reunión del Consejo de Administración, también lo es que dicha alegación no puede condicionar el derecho del socio minoritario. Respecto a las intenciones que llevaron al socio a solicitar la auditoría, éstas no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido y 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. Respecto al nombramiento voluntario de auditor de cuentas, para que éste pueda enervar el derecho del socio minoritario debe reunir 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, la sociedad presentó en el Registro Mercantil la escritura autorizada por el Notario, don ....., y fue presentada en el Registro el 29 de diciembre de 2010, por lo que fue previa a la petición del socio minoritario calificada con defectos. La segunda de las condiciones no se cumple porque la citada escritura no llegó a inscribirse al haber sido calificada con defectos el 24 de enero de 2011, encontrándose dicho documento pendiente de su retirada. Por ello, estimó conveniente la suspensión del procedimiento hasta la caducidad del asiento de presentación. Indicó, asimismo el régimen de recursos pertinentes.

V

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 siempre sería preferible el nombramiento de auditor por la sociedad si ésta hubiera procedido de buena fe, haya presentado escritura pública y esta, en caso de ser defectuosa, haya sido retirada y subsanada. 2.º) Que es el asiento de presentación en el Registro Mercantil y la posterior inscripción la que otorga o no la preferencia en el nombramiento. En el caso presente, la escritura pública de la sociedad no ha llegado a ser inscrita al haber sido calificada con defectos, lo que significa que el asiento de presentación, practicado el 29 de diciembre de 2011, ha caducado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, artículos 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.

La obligación que la ley impone a la autoridad que resuelve el recurso de decidir cuantas cuestiones planté el expediente hayan sido o no alegadas por los interesados *(cfr.* art. 113.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), exige señalar en esta resolución la infracción procedimental cometida por la Registrador Mercantil de Navarra que, sin entrar de oficio a conocer las cuestiones planteadas en el escrito de oposición de la sociedad, acordó designar auditor de cuentas, por acuerdo de 21 de marzo de 2011 y, con, posterioridad, el 1 de abril de 2011, acordó suspender el procedimiento –hasta que la documentación presentada por la sociedad pudiera causar un asiento de inscripción o bien expirara el plazo de vigencia del asiento presentación–, sin adoptar una decisión sobre la procedencia o improcedencia del nombramiento solicitado, es decir, sin resolver la solicitud.

Sobre este procedimiento registral de nombramiento de auditor de cuentas este Centro Directivo ha mantenido que el Registrador Mercantil ha de dictar una resolución declarando la procedencia o improcedencia del nombramiento para que, en su caso, pueda ser recurrida por las partes y una vez firme su resolución bien por no haber sido recurrida, bien por no haber prosperado el recurso de alzada contra la misma, proceder a la designación de auditor de cuentas *(cfr.* art. 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil).

La omisión de este trámite esencial del procedimiento de nombramiento registral de auditor, regulado en el número 3 del artículo 354 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 su retroacción, dado que esta Dirección general no puede resolver el recurso de alzada interpuesto contra un acuerdo que se limita a suspender y no a resolver la solicitud presentada.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto retrotraer el procedimiento al momento previo a la designación de auditor de cuentas de 21 de marzo de 2011 y acordar la nulidad de todos los actos dictados con posterioridad.

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 abril de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Pamplona (Navarra).

Resolución de 30 de abril de 2012 (4.ª)

En el expediente 141/2010 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las acciones a instancia de una socia de «Catalana de Dispensación, S.A.».

HECHOS

I

Don ....., en nombre y representación de «Molypharma, S.A.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 19 de marzo de 2010, solicitando, al amparo, del

artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular de 1500 acciones de «Catalana de Dispensación, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar su valor aproximado de las mismas. Alegó, en esencia, que: 1.º) Que el Consejero Delegado de «Catalana de Dispensación, S.A.», notificó a la mercantil «Molypharma, S.A.», la decisión de varios accionistas de proceder a la venta de una parte de sus acciones de la mercantil «Participacions Mediques Catalanes, S.L.», ofreciendo a «Molypharma, S.A.», el ejercicio de su derecho de adquisición preferente sobre dichas acciones. 2.º) Que «Molypharma, S.A.», comunicó en fecha 8 de enero de 2010 a la sociedad «Catalana de Dispensación, S.A.», que había acordado aceptar dicha oferta, y en consecuencia, proceder a la adquisición de un total de 2.270 acciones, representativas del 39,71% de las acciones ofertadas. 3.º) Que, por discrepar del precio ofertado, formalmente requería al órgano de administración para que solicitara en el Registro Mercantil de Barcelona la designación de un auditor de cuentas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de los Estatutos Sociales. 4.º) Que sociedad «Catalana de Dispensación, S.A.», no ha procedido a cursar la expresada solicitud al Registrador Mercantil de Barcelona, incumpliendo con sus obligaciones legales y estatutarias.

II

La sociedad, a través de su Presidente y Consejero Delegado, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que no procede el nombramiento de auditor, al haber manifestado la entidad mercantil solicitante de la auditoría su intención de comprar solo una parte de las acciones ofrecidas por cada socio de Catalana de Dispensación, S.A. 2.º) Que, tras la notificación de compra parcial, el Consejo de Administración certificó que los accionistas vendedores tenían el derecho a transmitir sus acciones en las condiciones ofertadas, por no resultar ajustada a derecho la intención de compra parcial por parte de «Molypharma, S.A.» 3.º) Que no existen otros accionistas que hayan ejercitado el derecho de adquisición preferente sobre las acciones ofertadas.

III

El Registrador Mercantil de Barcelona número XIV, con fecha 12 de abril de 2010, señaló que la actuación del Registrador Mercantil está sujeta al principio de tipicidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del Código de Comercio y artículos 2 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil. Entre dichas funciones se encuentra la de nombrar auditor de cuentas para determinar el valor de las acciones en los casos previstos en la Ley, siendo así que el artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas, 123 del Reglamento del Registro Mercantil y 8 de los Estatutos Sociales contemplan este supuesto de ejercicio del derecho de adquisición preferente de acciones. Ello no obstante, no ha de olvidarse que según doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la finalidad del artículo 123.5 del Reglamento del Registro Mercantil es impedir que por el ejercicio parcial del derecho de adquisición preferente se vean frustrado el interés del socio transferente, teniendo que conservar en contra de su voluntad un número de acciones, cuyo valor, acaso, pueda quedar menguado y por ende, quede prisionero de parte de sus acciones, en tanto que no se le permita desistir en caso de que el derecho de adquisición preferente se ejercite respecto de un número de acciones inferior al de las ofrecidas. En el caso presente, del certificado del Secretario del Consejo de Administración de la sociedad se desprende que no existen otros accionistas que hubieran ejercitado este derecho, siendo «Molypharma, S.A.»,

la única que tiene interés en la adquisición parcial de dichas acciones, lo cual no es posible de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123.5 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Contra dicha resolución la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección general reiterando las alegaciones aducidas en la instancia por la que solicitó el nombramiento de auditor de cuentas. Añadió: 1.º) Que el Registrador Mercantil no puede tener en cuenta más que los títulos presentados a inscripción y los datos resultantes del Registro. En consecuencia, según la doctrina más autorizada, el Registrador Mercantil no puede realizar una valoración jurídica distinta a la de calificar la solicitud y los requisitos que ésta debe cumplir. 2.º) Que el Consejero delegado se opuso a la solicitud sobre la base de que la solicitante de la auditoría era la única que quería ejercitar el derecho de adquisición preferente. Sin embargo, se ha de poner en conocimiento de la Dirección general que de los 32 accionistas que tiene la sociedad, 31 de ellos eran quienes habían comunicado su intención conjunta de venta. Dichos accionistas, propietarios de un 80% del capital social, de las 6.000 acciones de las que son propietarios, han manifestado su intención de mantener 284 de las mismas, pretendiendo de mi representada que adquiera conjuntamente las 5.716 restantes, para que pase de su actual 20% a un 96,21%, si se ve obligada a la adquisición de la totalidad de las acciones ofertadas. Es decir, únicamente mí representada quedaba fuera de la oferta conjunta de venta de las acciones, lo que significaba que era, precisamente Molypharma quien debía quedar «prisionera» de sus acciones, al pasar de ser un accionista de referencia de CADISA –con un 20% del capital social–, restando el 80% del mismo en manos de 31 accionistas, a que dicho 80% esté en unas únicas manos, las de la sociedad optante a la compra, «Participacions Mediques Catalanes, S.L.».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 123 de la Ley de Sociedades de Capital; artículos 123, 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, la de 2 de marzo de 2002 y 17 de octubre de 2006.

Se discute en el presente expediente si el Registrador Mercantil debe proceder o no al nombramiento de auditor de cuentas para que valore las acciones que se propone adquirir un socio de la compañía en el ejercicio del derecho de adquisición preferente, siendo así que dicha adquisición no comprende la totalidad de las acciones ofertadas sino solo una parte de éstas. El Registrador Mercantil denegó el nombramiento por entender, sobre la base de los Estatutos Sociales, en relación con los artículos 63 de la Ley de Sociedades Anónimas y 123 del Reglamento del Registro Mercantil, que el adquirente no ostenta el derecho de adquisición preferente que invocó, al no ejercitarlo sobre la totalidad de las acciones ofertadas.

Para resolver dicha cuestión se ha de partir de la consideración de que el Registrador Mercantil deben calificar y valorar si el supuesto de hecho que subyace a la petición de auditoría está o no regulado en la Ley, dada la previsión contenida en el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil conforme al cual el nombramiento de auditor para determinar el valor aproximado de las acciones o participaciones va indisolublemente unido a los casos establecidos en la ley. En otras palabras, que no es un derecho que pueda ejercitarse sin más por cualquier socio con el fin de conocer el valor de éstas y, por tanto, necesariamente tiene que concurrir la circunstancia de tratarse de un supuesto de los legalmente tasados.

En el que nos ocupa, tanto la empresa solicitante de la auditoría de cuentas, como la empresa afectada por su solicitud mantienen que la operación solo comprende una parte de las acciones ofertadas, siendo así que el único supuesto legalmente previsto para la procedencia del nombramiento registral de auditor de cuentas para determinar el valor real de las acciones, lo es para facilitar el ejercicio del derecho de adquisición preferente sobre la totalidad de las acciones ofertadas. No ejercitándose así carece de fundamento la petición de nombramiento de auditor para valorar unas acciones que, al final, no van a poder ser adquiridas.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de «Molypharma, S.A.», contra la Resolución del Registrador Mercantil número XIV de Barcelona 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, 30 de abril de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XIV de Barcelona.

Resolución de 3 de mayo de 2012 (1.ª)

En el expediente 102/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Miguel Saumell Mecanics, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Tarragona el 24 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 «Miguel Saumell Mecanics, S.L.», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitante es administradora solidaria de la compañía y que, por tanto, ha podido contratar los servicios de un auditor de cuentas, si lo hubiera creído necesario, sin tener que acudir al procedimiento registral de nombramiento de auditor. 2.º) Que la sociedad se encuentra en situación de concurso desde el Auto de 18 de marzo de 2010, por lo que el control de la gestión se lleva a cabo por la administración concursal. 3.º) Que la solicitante ha hecho un uso indebido de el derecho que la ley reconoce a los socios minoritarios.

III

El Registrador Mercantil de Tarragona, con fecha 8 de abril de 2011, 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, de conformidad con la doctrina sentada al respecto por 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 *(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. En cuanto a la alegación relativa a la concurrencia en la solicitante de la condición de administradora de la compañía la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido reiteradamente que no debe impedir que la solicitante ejercite un derecho que la Ley le reconoce por su condición de socia, ésta incompatibilidad solo existiría si hubiera ejercitado en exclusiva los asuntos sociales, pues en este caso había podido por sí misma contratar los servicios de un auditor de cuentas, lo que no ocurre en el caso presente.

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 e insistiendo en el argumento de que la solicitante de la

auditoría es administradora solidaria y, por tanto, puede actuar sola sin necesidad de contar con el acuerdo ni con el consenso de nadie y así lo ha mantenido la Dirección General en numerosas resoluciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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, 30 de mayo de 2007, 20 de febrero de 2008, 16 de mayo de 2011 y la de 12 de enero de 2012.

1.º El presente recurso platea diversas cuestiones de carácter sustantivo que serán sucesivamente dilucidadas en esta resolución. La primera de ellas, relativa al posible abuso de derecho por parte de la solicitante, se ha de reiterar la doctrina mantenida por la este Centro Directivo 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 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 Mantiene el recurrente en su escrito de interposición del recurso la improcedencia del nombramiento de auditor de cuentas, dado que la sociedad ha sido declarada por el Auto de 18 de marzo de 2010 en concurso de acreedores, entendiendo un contrasentido solicitar el nombramiento de auditor de cuentas cuando, en realidad, está siendo gestionada por la administración concursal. Pues bien, esta alegación tampoco puede prosperar y ello porque, aunque se haya acreditado el nombramiento judicial de un administrador concursal y la aceptación de éste, es doctrina de este Centro Directivo –que nuevamente se reitera– que es posible ejercitar el derecho que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital reconoce a los socios minoritarios también durante el periodo concursal, puesto que la declaración del concurso no supone la extinción de la personalidad jurídica de la compañía, la cual subsiste en tanto no se declare por resolución judicial la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor y la extinción de la persona jurídica de la sociedad, con el consiguiente cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda *(cfr.* art. 178.3 de la ley Concursal).

3.º Ahora bien respecto a la posibilidad de que un administrador social solicite el nombramiento registral de auditor de cuentas, es cierto que este Centro Directivo ha mantenido que dicha concurrencia no debe impedir que el solicitante ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, pues esta incompatibilidad solo existiría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o fuese administrador solidario, pues en ambos supuestos habría podido contratar, por sí mismo, los servicios de un auditor de cuentas si lo hubiera creído conveniente para la buena marcha del negocio, lo que no habría podido hacer si fuera un administrador mancomunado, dado que en este último caso habría tenido que contar con el acuerdo y consentimiento de los demás *(cfr.* art. 1692 del Código Civil).

Por tanto, en esta última cuestión se ha de aceptar la pretensión del recurrente, dado que ha quedado probado que la solicitante ostenta el cargo de administradora solidaria de la compañía y ha tenido las posibilidades que le brinda este sistema de administración social para contratar, sin necesidad de concurrir con el otro administrador, los servicios profesionales de auditor de cuentas para la verificación de las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2010. 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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador solidario de «Miguel Saumell Mecanics, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil ..... el 8 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, 3 de mayo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Tarragona.

Resolución de 3 de mayo de 2012 (2.ª)

En el expediente 103/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Davi y Compañía, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 23 de febrero 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 «Davi y Compañía, S.L.», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2010.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad para que pudiera ejercer su derecho de oposición, conforme a lo dispuesto en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil, ésta no presentó escrito de oposición al nombramiento solicitado.

III

La Registradora Mercantil número X de Barcelona, con fecha 1 de abril de 2011, resolvió no acceder a la petición. Tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en la hoja abierta a la sociedad consta en la inscripción número 14 que la administración se ejerce de forma solidaria por la solicitante de la auditoría de cuentas, doña ..... y don ..... Conforme a la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, aún siendo cierto que la concurrencia en el solicitante de la condición de socio no le impide ejercitar un derecho que la ley le reconoce, esta incompatibilidad sí surge cuando el solicitante es administrador único y ha gestionado en exclusiva los asuntos sociales o es administrador solidario de, pues en este caso había podido por sí misma contratar los servicios de un auditor de cuentas, lo que no habría podido hacer si fuera administrador solidario, dado que en este caso habría podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor de cuentas, lo que no habría podido hacer si fuera administrador mancomunado, pues en este último supuesto habría tenido que contar con el consentimiento de los demás (art. 1692 del Código Civil).

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 síntesis: 1.º) Que aún cuando formalmente consta como administradora de la compañía, no ha ejercicio la gestión ni administración de la sociedad pues, en realidad, quien la ejerce es don ..... 2.º) Que no ha comparecido ante notario para elevar a público ningún acuerdo social, no tampoco ha formulado ni firmado las cuentas anuales correspondientes a los años 2007, 2008 y 2009 como se puede comprobar en la certificación de acuerdos sociales. 3.º) Que ante la imposibilidad de obtener información sobre la contabilidad social, envió un burofax solicitándola, sin que a día de la fecha haya obtenido respuesta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 18 de febrero de 1994, 16 de noviembre de 1995 y, como más recientes, las de 9 de diciembre de 2005, 30 de mayo de 2007, 20 de febrero de 2008, 5 de octubre de 2010 y 16 de mayo de 2011.

El presente recurso platea una cuestión sobre la que este Centro Directivo se ha pronunciado en numerosas ocasiones. Dicha cuestión es la relativa a la incompatibilidad que puede surgir cuando el solicitante de la auditoría ejerce también la administración de la empresa. Pues bien, al respecto esta Dirección General ha mantenido que dicha concurrencia no debe impedir que el solicitante ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, pues esta incompatibilidad solo existiría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o fuese administrador solidario, pues en ambos supuestos habría podido contratar, por sí mismo, los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y administración si lo hubiera creído conveniente para la buena marcha del negocio, lo que no habría podido hacer si fuera un administrador mancomunado, dado que en este último caso habría tenido que contar con el acuerdo y consentimiento de los demás *(cfr.* art. 1692 del Código Civil).

Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que la solicitante es a la vez de socia administradora solidaria de la compañía, de tal manera ha tenido y tiene las posibilidades que le brinda este sistema de administración social para contratar, sin necesidad de concurrir con el otro administrador, los servicios profesionales de auditor de cuentas para la verificación de las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2010. 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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña …., solicitante de la auditoría de cuentas para «Davi y Compañía, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número X de ..... el 1 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, 3 de mayo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número X de Barcelona.

Resolución de 7 de mayo de 2012

En el expediente 104/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Periódico Local Valenciano, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Valencia el 24 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Periódico Local Valenciano, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010.

II

La sociedad, a través de su representante, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que el solicitante fue hasta el 2 de julio de 2009 administrador único de la sociedad. 2.º) Que ha sido informado y ha tenido a su disposición toda la información financiera y contable de la compañía. Y así en la Junta Ordinaria Universal (sic) de 24 de marzo de 2011 asistió don ....., debidamente representado por su hermano. En dicha Junta se hizo entrega en CD y en papel de los documentos contables de 2010, entre los que se encontraban el informe patrimonial, el informe de gestión, el libro de facturas expedidas, el libro de fazcturas emitidas y el listado de precios del 2008 al 2010, así como memorias con comparativas de balances de años anteriores. 3.º) Que, de accederse a la petición del socio minoritario, se causaría un perjuicio económico a la sociedad, dados los altos costes que la auditoría comporta.

III

El Registrador Mercantil de Valencia, el 6 de abril de 2011, 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. Mantuvo que, conforma a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador solidario, no puede impedir que el peticionario ejercite un derecho que la ley le atribuye por su condición de socio, salvo que hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales como administrador único o fuera administrador solidario, pues en este caso habría podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor de cuentas. En el caso presente, no concurre esta circunstancia en el solicitante, ya que su cargo fue revocado el 2 de julio de 2009 y no fue administrador único durante el ejercicio 2010 que es el que se pretende auditar. Respecto al conocimiento que tuvo de los asuntos sociales, mantuvo que los derechos de información y auditoría son derechos distintos aunque relacionados entre sí, de tal manera que lo que el solicitante pretende es que sus cuentas sean verificadas por un auditor de cuentas nombrado por el registrador mercantil, a fin de que emita el informe correspondiente. Por último, en cuanto al abuso de derecho señaló que,

conforme a la doctrina mantenida por 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 *(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.

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 los argumentos vertidos en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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, 22 de junio, 2 y 5 de septiembre de 2011.

1.º El presente recurso plantea diversas cuestiones sobre las que este Centro Directivo se ha pronunciado reiteradamente. La primera de ellas es la relativa a la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador como posible causa obstativa para el ejercicio del derecho. Al respecto se ha de señalar que la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le atribuye por su condición de socio de la compañía. Esta incompatibilidad solo se daría si el solicitante hubiera administrado con carácter exclusivo los asuntos sociales o si fuera administrador solidario, pues en estos supuestos habría podido contratar los servicios profesionales de un auditor como un acto propio de la gestión social, lo que no habría podido hacer si la administración fuera mancomunada, pues en este caso habría tenido que contar con el acuerdo de los demás administradores *(cfr.* art. 1692 del Código Civil).

En el caso presente, como indicó el Registrador Mercantil, el solicitante de la auditoría de cuentas cesó en su cargo de administrador único el 2 de julio de 2009, estando alejado de la gestión de la sociedad un año y medio antes de solicitar, el 24 de marzo de 2011, la auditoría de cuentas correspondientes al

ejercicio 2010, por lo que se ha de concluir que está plenamente legitimado para ejercitar el derecho que la ley le reconoce.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación social sobre el reiterado uso que el solicitante de la auditoría ha hecho de su derecho de información pues, como ha mantenido este Centro Directivo, 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 *(cfr.* arts. 112 y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas).

3.º Por lo que se refiere a las dificultades económicas por las que atraviesa la empresa que hacen difícil costear los gastos de la auditoría, cabe señalar que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital no deja margen interpretativo alguno cuando dispone que los gastos que la auditoría comporta corren siempre a cargo de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en la que se encuentra.

4.º Por último, en cuanto a las intenciones abusivas que haya podido tener el peticionario para instar el nombramiento de auditor 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 *(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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., representante de, «Periódico Local Valenciano, S.L.», y confirmar en los términos que resultan de esta resolución, la dictada por el Registrador Mercantil de Valencia el 6 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, 7 de mayo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

Resolución de 16 de mayo de 2012 (1.ª)

En el expediente 108/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Huerta Dehesa El Alcornocal, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Badajoz el 28 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil como titular de más del 5% del capital social de «Huerta Dehesa El Alcornocal, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010.

II

La sociedad, a través de sus administradores, don ..... y don ....., se opusieron a dicha pretensión alegando, en síntesis que la sociedad está exceptuada de la obligación de presentar el informe de auditoría, al poder presentar las cuentas en el Registro Mercantil de forma abreviada. 2.º) Que la notificación de la solicitud tiene un defecto de forma en cuanto al segundo apellido del solicitante. 3.º) Que es inasumible el elevado coste que la auditoría comporta.

III

El Registrador Mercantil de Badajoz, con fecha 12 de abril de 2011, tras señalar que el socio reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, por entender que los motivos alegados no están previstos en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil. Mantuvo que no se puso a disposición del socio el informe de auditoría ni se incorporó al expediente registral de nombramiento de auditor de cuentas, todo ello conforme a la doctrina mantenida por la Dirección general de los Registros y del Notariado. El Registrador Mercantil finalizó su acuerdo manteniendo que no puede entrar a dilucidar las relaciones internas que tenga la sociedad, las cuales se rigen por los estatutos sociales y no constituyen objeto de la calificación registral.

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 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, 23 y 26 de noviembre de 2005, 19 de junio de 2007 y 3 de mayo de 2009.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar que el hecho de que esta sociedad no este originariamente obligada a presentar sus cuentas en el Registro Mercantil junto con el informe de auditoría de cuentas, al poder presentarlas en forma abreviada, no significa que no pasen a estarlo de manera sobrevenida cuando lo solicita un socio de la compañía que reúne las concisiones de capital y tiempo establecidas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2.º Por lo demás, señalar que la única cuestión planteada en el recurso de alzada se centra en determinar si el motivo de oposición alegado por la sociedad, relativo a sus dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido la doctrina, conforme a la cual el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas no deja margen interpretativo alguno cuando dispone que los gastos que la auditoría comporta corren siempre a cargo de la sociedad. Dado que dicho precepto tampoco contempla excepción alguna a esta obligación de la empresa afectada por la solicitud de nombramiento registral de auditor, se ha de concluir que la mala situación económica por la que atraviesa la empresa, incluso en el supuesto de ser real, no puede impedir el ejercicio del derecho de la socia minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2010.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ..... y don ....., administradores de «Huerta Dehesa El Alcornocal, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Badajoz 12 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, 16 de mayo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Badajoz.

Resolución de 16 de mayo de 2012 (2.ª)

En el expediente 106/2011 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Parking Fuengirola Center, S.L.».

HECHOS

I

Doña ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Málaga el 30 de marzo de 2011, solicitando, al amparo del artículo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como socia y titular del 50% del capital social de «Parking Fuengirola Center, S.L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010. Adjuntaba a su escrito copia de la inscripción registral que recoge la escritura de constitución de la sociedad, así como certificado de su matrimonio con don .....

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., 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 figura inscrita en el Libro registro de socios. 2.º) Que don ..... no hizo llegar a la sociedad la liquidación de la sociedad de gananciales pero, en cualquier, dicha señora no ostenta la legitimación que alegó, dado que se han llevado a cabo sucesivas ampliaciones de capital en dos operaciones, autorizadas ante el Notario de Málaga, don ..... del Portal el 25 de marzo de 2011 que fueron presentadas para su inscripción en l Registro Mercantil de Málaga el 1 de abril de 2011 y que dejan la participación en el capital social de don ..... en el 8,90%. 3.º) Que si la peticionaria desea conocer la situación de la sociedad debe solicitar del registrador mercantil las últimas cuentas depositadas.

III

La Registradora Mercantil número I de Málaga, con fecha 12 de abril de 2011, acordó estimar las solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado, al entender que como ha mantenido la Dirección general de los Registros y del Notariado, siendo las participaciones de carácter ganancial cualquiera de los cónyuges puede ejercitar actos de gestión y administración sobre los bines comunes como el acto de pedir del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas para verificar las correspondientes al último ejercicio. Por tanto, la oposición de la sociedad no puede estimarse dado que no aporta prueba de la pérdida de legitimación.

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 y añadiendo que el matrimonio formado por la solicitante de la

auditoría de cuentas y por don ..... quedo disuelto por la sentencia de divorcio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Fuengirola, en la que además se acordó el cese del régimen económico matrimonial. Por tanto, la sociedad solo reconoce como socio a don .....

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 La primera cuestión 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 de la sociedad «Parking Fuengirola Center, 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 la Registradora Mercantil de Málaga *(cfr.* Hechos III) la condición de socio de don ....., su matrimonio en régimen de gananciales con la peticionaria de la auditoría y su titularidad sobre un número de participaciones sociales, equivalente a más 5% del capital social, ha quedado, básicamente, acreditada la legitimación de ésta 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, como ha mantenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tras la disolución del matrimonio se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad postganancial, en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cotitularidad sobre todos los bienes que la integran que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por cualquiera de los cónyuges pero, en ningún caso lo está la administración y gestión de los mismos.

En segundo lugar, porque el ejercicio del derecho a la verificación contable no entraña ninguna facultad de disposición, sino que se encuadra –como indicó la Registradora Mercantil en el acuerdo recurrido– dentro de los actos de gestión y buena administración por ser su finalidad la de conocer la verdadera situación financiera y patrimonial de la empresa.

Esta interpretación en nada obstaculiza las disposiciones contenidas en el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital, relativas a la copropiedad de participaciones y 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 postganancial 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 las copropiedad de acciones pues aquí la situación tiene vocación de permanencia, sin perjuicio de que pueda acordarse su disolución.

En cuanto a la alegación social que mantiene la falta de legitimación de la peticionaria por no estar inscrita en el Libro registro de socios, este centro directivo ha mantenido y lo hace nuevamente que la inscripción en el Libro de socios no puede ser el único medio de prueba para demostrar o desvirtuar la legitimación de socios, entre otras razones, 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–.

2.º Plantea el recurrente que los sucesivos aumentos de capital social han dejado reducida la participación en el capital social de don ..... al 8,90%. Pues bien, dicha alegación tampoco puede prosperar, dado que, como ya se ha indicado, los bienes que forman la comunidad postganancial otorgan a cada uno de los cónyuges la propiedad sobre la totalidad del bien –en ese caso, sobre la totalidad de las participaciones sociales– y no sobre una cuota parte del mismo. Y, asimismo, dichos aumentos de capital social en ningún caso podrían desvirtuar la legitimación de la solicitante, dado que se presentaron para su inscripción en el Registro Mercantil de Málaga el 1 de abril de 2011, es decir, con posterioridad a que la socia minoritaria ejerciera su derecho, siendo de advertir que la inscripción de las ampliaciones y de las reducciones de capital tienen carácter constitutivo.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto don ....., en su condición de administrador único de «Parking Fuengirola Center, S.L.», y confirmar las Resoluciones de la Registradora Mercantil de Málaga de 12 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, 16 de mayo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Málaga.

Resolución de 16 de mayo de 2012 (3.ª)

En el expediente 107/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Promociones Residenciales I-PAR, S.A.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Vizcaya, el 17 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Promociones Residenciales I-PAR, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su representante, doña ..... y 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 a la empresa «Zubizarreta Consulting, S.L.». 2.º) Que la Junta General de socios de la compañía con la asistencia del Notario Sr ....., aprobó las cuentas anuales de la compañía junto con el informe de la empresa auditora. En dicha Junta General el solicitante no hizo mención alguna sobre los auditores de la compañía. 3.º) Que, dado el carácter voluntario de esta auditoría los administradores no procedieron a inscribir el nombramiento.

III

El Registrador Mercantil de Vizcaya, con fecha 28 de marzo de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que como ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado para que el nombramiento voluntario de auditor

enerve el derecho del socio es preciso que dicho nombramiento conste inscrito en el Registro Mercantil.

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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 265.2 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 el Acta notarial de 21 de septiembre de 2010, en la que se elevan a públicos los acuerdos adoptados por la Junta general de la Sociedad celebrada el 27 de septiembre de ese mismo año, no hace referencia alguna al nombramiento del auditor de cuentas ni tampoco al informe de auditoría, de tal manera que solo existen unas documentos privados de oferta y aceptación por parte de la sociedad y de la firma auditora que, en sí mismos, no hacen prueba ni siquiera de la fecha en la que fueron emitidos, conforme a lo establecido en el artículo 1227 del Código Civil. No concurriendo la primera de las condiciones descritas, poco importa que la sociedad haya aportado al expediente n esta instancia de alzada ante la Dirección general el informe de auditoría.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ..... y don ....., administradores mancomunados de «Promociones Residenciales I-PAR, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Vizcaya el 25 de marzo 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, 16 de mayo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Vizcaya.

Resolución de 17 de mayo de 2012 (1.ª)

En el expediente 105/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Promar Producciones, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 29 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Promar Producciones, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su representante, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la peticionaria no ostenta la legitimación necesaria para ejercitar el derecho, dado que existe un procedimiento de exclusión de la sociedad. 2.º) Que siendo administradora de la sociedad, la peticionaria no formuló las cuentas correspondientes al ejercicio 2010, cuya auditoría solicita. 3.º) Que no cabe solicitar la auditoría de un ejercicio económico anterior al vencido, tal como se deduce del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, con fecha 20 de abril 2011, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la sociedad no acreditó la existencia del procedimiento de exclusión de la solicitante, sino solo el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Madrid, inscrito en el Registro Mercantil, que acuerda el cese de su cargo como administradora solidaria de la compañía y no la pérdida de la condición de socia de la solicitante, la cual procederá o no una vez concluido el procedimiento, con el otorgamiento de la correspondiente escritura pública en la que se de cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 352 a 356 de la Ley de Sociedades de Capital y 208 del Reglamento del Registro Mercantil con reembolso del valor de las participaciones al socio excluido. En cuanto al hecho de que ha sido responsable de la inexistencia de las cuentas anuales, cabe señalar que la desafortunada gestión de la sociedad llevada a cabo por la solicitante no es motivo de oposición y la concurrencia en la solicitante de la condición de socia tampoco le impide el ejercicio de un derecho que por ley le corresponde. Sin embargo, en el caso presente la solicitante ha ejercicio el cargo de administradora solidaria durante todo el ejercicio 2010 pudiendo contratar por si misma los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración, lo que no hubiera podido hacer si la administración social fuera mancomunada. Por último señaló que no podía prosperar su petición de que se realizara la auditoría de las cuentas correspondientes al año 2009, pues el registrador mercantil no puede extender el nombramiento de auditor de cuentas más allá del último ejercicio.

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 fue suspen-

dida cautelarmente del cargo de administradora solidaria por Auto del Juzgado de lo Mercantil número X de 17 de febrero de 2011. 2.º) Que el Registrador Mercantil olvida que en el momento en que se pueden formular las cuentas anuales del ejercicio 2010 estaba suspendida de sus funciones, siendo así que cuando solicitó el nombramiento registral de auditor de cuentas es una socia más.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital 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, 2 de noviembre de 2009 y 1, 2 y 5 de septiembre de 2010.

Procede confirmar en todos sus extremos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid, frente a la cual no puede prosperar la alegación básica formulada por la recurrente.

En efecto, es doctrina de este Centro Directivo –que nuevamente se reitera– que la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, pues esta incompatibilidad solo existiría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o fuese administrador solidario, pues en ambos supuestos habría podido contratar, por sí mismo, los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y administración si lo hubiera creído conveniente para la buena marcha del negocio, lo que no habría podido hacer si fuera un administrador mancomunado, dado que en este último caso habría tenido que contar con el acuerdo y consentimiento de los demás *(cfr.* art. 1692 del Código Civil).

Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que la solicitante ha sido, a la vez de socia, administradora solidaria de la compañía, de tal manera ha tenido las posibilidades que le brinda este sistema de administración social para contratar, sin necesidad de concurrir con el otro administrador, los servicios profesionales de auditor de cuentas para la verificación de las cuentas cerradas del ejercicio cuya auditoría solicitó. 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.

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 «Promar Producciones, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XII de Madrid el 20 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, 17 de mayo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XII de Madrid.

Resolución de 17 de mayo de 2012 (2.ª)

En el expediente 109/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Soluciones Digitales de Telecomunicaciones, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en la Oficina de Correos el día 7 de marzo de 2011, con entrada en el Registro Mercantil de Madrid el 9 de marzo de ese mismo año solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Soluciones Digitales de Telecomunicaciones, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la sociedad ya había nombrado un auditor de cuentas para la verificación del ejercicio 2010.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, con fecha 28 de enero de 2011 (sic), resolvió estimar la oposición formulada por la sociedad, en base a que la auditoría voluntaria encargada por la sociedad reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos 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 procedido al nombramiento de auditor de cuentas con anterioridad a que el socio minoritario presentara su instancia en el registro mercantil de Madrid, dado que la firma auditoría «Salas y Maraver Sociedad Española de Auditoría, S.L.», se comprometió a verificar los ejercicios 2010, 2011 y 2012, nombramiento que fue inscrito el 16 de febrero de 2011. También ha quedado garantizado el derecho del socio al informe de auditoría, la inscripción del nombramiento.

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 firma auditora contratada por la sociedad carece de la debida independencia y, por ello, lo denunció al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

V

Con fecha de 27 de julio de 2011 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de Madrid, al que adjuntaba un escrito presentado en el Registro el 26 de julio de 2011 en el que don ....., solicitante de la auditoría de cuentas desistía de su petición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 «Soluciones Digitales de Telecomunicaciones, 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, 17 de mayo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 17 de mayo de 2012 (3.ª)

En el expediente 110/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Mandriles Cicarsa, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Guipúzcoa. el 31 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 50% del capital social de «Mandriles Cicarsa, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través del Presidente del Consejo de Administración, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que el solicitante como Consejero, primero, y después como Consejero delegado ha conocido los estados contables de la sociedad, teniendo a su disposición toda la información que precisó para tener un conocimiento veraz de la situación patrimonial y financiera de la empresa. 2.º) Que la sociedad ha convocado Junta general Extraordinaria para el 27 de abril de 2011 con un único punto del orden del día que es el de nombramiento de auditores. 3.º) Que la presentación de la instancia en el Registro Mercantil el último día del plazo de tres meses concedido por la ley para ejercitar el derecho revela una evidente mala fe por parte del peticionario de la auditoría de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de Guipúzcoa, el 12 de abril de 2011, 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 a la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador solidario, mantuvo que esta circunstancia no puede impedir que ejercite un derecho que la ley le atribuye por su condición de socio, máxime cuando no ha administrado en exclusiva los asuntos sociales, dado que al ser miembro de un órgano de administración sin facultades delegadas (inscripción número 13 de 9 de mayo de 2011) es evidente que no pudo llevar a cabo actos de gestión, por lo que conserva el derecho a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas. Respecto a la mala fe del solicitante de la auditoría de cuentas, es reiterada la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, conforme a la cual 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.

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 que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Añadió que, como se indicó en el escrito de oposición, la Junta general de la sociedad procedió al nombramiento de auditor de cuentas en la reunión celebrada el 27 de abril de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 5 de septiembre de 2011.

1.º El presente recurso plantea diversas cuestiones sobre las que este Centro Directivo se ha pronunciado reiteradamente. Sobre la cuestión relativa a la concurrencia en el solicitante de la condición de Consejo, como posible causa obstativa para el ejercicio del derecho a la verificación contable, esta Dirección General ha mantenido que la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le atribuye por su condición de socio de la compañía. Esta incompatibilidad solo se daría si hubiera administrado con carácter exclusivo los asuntos sociales o si fuera administrador solidario, pues en estos supuestos habría podido contratar los servicios profesionales de un auditor de cuentas como un acto propio de la gestión social, lo que no habría podido hacer si la administración fuera mancomunada pues en este último supuesto habría tenido que contar con el acuerdo de los demás administradores *(cfr.* art. 1692 del Código Civil).

En el caso presente, el solicitante ha formado parte de un órgano colegiado, el Consejo de Administración de la sociedad, en el que las decisiones se adoptan por el sistema de administración colegial, siendo así que, como indicó el Registrador Mercantil de Guipúzcoa, al no tener facultades delegadas desde el 9 de mayo de 2010 no pudo realizar por sí mismo determinados actos de administración y gestión, como la contratación de un auditor de cuentas.

2.º Tampoco pueden prosperar las alegaciones de la sociedad que cuestionan la buena fe del solicitante de la auditoría de cuentas, dado 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.

3.º Por último, el nombramiento voluntario de auditor de cuentas por la Junta General Extraordinaria de la sociedad, adoptado el 27 de abril de 2011, en modo alguno puede enervar el derecho del socio que ha acreditado reunir las circunstancias de capital y tiempo que la ley exige, pues para que ello fuera posible tanto el nombramiento voluntario de auditor como la aceptación por parte de este, habrían tenido que ser anteriores a la presentación de su instancia en el Registro Mercantil, lo que no sucede en supuesto que nos ocupa, dado que ésta tuvo entrada en el Registro el 31 de marzo de 2011, mientras que– conforme a lo alegado por la sociedad –el nombramiento voluntario de auditor de cuentas fue acordado en la Junta General Extraordinaria de 27 de abril de 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., Presidente del Consejo de Administración de «Mandriles Cicarsa, S.L.,», y confirmar la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Guipúzcoa el 12 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, 17 de mayo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Guipúzcoa.

Resolución de 17 de mayo de 2012 (4.ª)

En el expediente 111/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Arquitectura CO2A, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., en nombre y representación de la entidad mercantil «Keope Promociones, S.L.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de Valencia el 11 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil como titular de más del 5% del capital social de «Arquitectura CO2A, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010.

II

La sociedad, a través de su representante, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la misma entidad solicitante de la auditoría de cuentas la instó para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2008, lo que originó un gran perjuicio económico a la sociedad, ha venido solicitando el nombramiento registral de auditor desde 2005 y para la verificación del ejercicio cerrado el año anterior, con excepción del año 2007, en el cual la sociedad había nombrado voluntariamente un auditor de cuentas. En ningún momento la sociedad presentó oposición. 2.º) Que, sin embargo, en el momento presente y como consecuencia de la grave situación por la que atraviesa la compañía, debido a la reducción de pedidos del sector, ha sido necesario adoptar medidas para ajustar su capacidad productiva, acordando con los trabajadores, la solicitud a la Delegación de Trabajo de Bizkaia de un expediente de regulación de empleo en su modalidad suspensiva rotatoria, por un periodo de seis meses. Dicho expediente fue autorizado y comenzó a surtir sus efectos el día 12 de enero del año en curso, siendo esta la razón por la que no es posible afrontar los gastos generados por la realización de la auditoría de cuentas. 3.º) Que la entidad mercantil solicitante de la auditoría tiene deudas pendientes con la sociedad que han sido reclamadas judicialmente.

III

El Registrador Mercantil de Valencia, con fecha 30 de marzo de 2011, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, por entender que los motivos alegados no están previstos en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil. En cuanto al gasto económico de la auditoría, estos corresponden siempre a la sociedad, tal como ha manifestado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado. Respecto al conocimiento que tuvo la peticionaria de las cuentas sociales y de los datos que ahora reclama, señaló que los derechos de información y auditoría son derechos distintos aunque relacionados, siendo así que, ejercitando este derecho, lo que la solicitante pretende es conocer esas mismas cuentas verificadas por un experto independiente. A la cuestión de si el derecho de auditoría puede o no reiterarse anualmente ha respondido afirmativamente la Dirección General de los Registros y del Notariado manteniendo que es un derecho que puede reiterarse anualmente dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social, sin que su ejercicio en años anteriores pueda condicionar o impedir el que pueda hacer el socio en ejercicios futuros. Por último, mantuvo que las determinaciones internas que han llevado a la entidad mercantil 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

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 que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Añadió que lo que en realidad pretende la sociedad es aplazar el nombramiento de auditor de cuentas hasta tener algo más de liquidez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 3 de mayo de 2009.

1.º La primera cuestión que la sociedad platea en su escrito de interposición del recurso se centra en determinar si el motivo de oposición alegado por la sociedad, relativo a sus dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, puede enervar o no el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido la doctrina, de conformidad con el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, de que dicho precepto no deja margen interpretativo alguno cuando dispone que los gastos que la auditoría comporta corren siempre a cargo de la sociedad. Dado que tampoco contempla excepción alguna a esta obligación de la empresa afectada por la solicitud de nombramiento registral de auditor, se ha de concluir que la mala situación económica por la que atraviesa la empresa, incluso en el supuesto de ser real, no puede impedir el ejercicio del derecho de la socia minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2010.

2.º Tampoco el hecho de que la entidad mercantil solicitante haya ejercitado su derecho en años anteriores puede condicionar o impedir el que haga en ejercicios futuros, dado que el derecho regulado en artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital está limitado a las cuentas anuales del ejercicio económico vencido. Es decir, el legislador ha concebido este derecho como un derecho que puede reiterarse anualmente.

3.º Por último, en cuanto a las alegaciones que cuestionan la buena fe de la empresa solicitante de la auditoría de cuentas, cabe recordar la doctrina mantenida por esta Dirección general, conforme a la cual 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 *(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 de «Arquitectura CO2A, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Valencia el 30 de marzo 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, 17 de mayo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

Resolución de 17 de mayo de 2012 (5.ª)

En el expediente 112/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Grupo Antala Media, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Valencia, el 30 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del

capital social de «Grupo Antala Media, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ..... y don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que se reunirá en Junta General el 13 de abril de 2011, para debatir sobre la conveniencia de nombrar auditor de cuentas. 2.º) Que La solicitud de nombramiento registral se presentó con posterioridad a la convocatoria de la Junta el día 28 de marzo de este mismo año, lo que denota un claro abuso de derecho.

III

La Registradora Mercantil de ....., con fecha 14 de abril de 2011, 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, no concurre la primera de las condiciones exigidas por la Dirección General para que el nombramiento voluntario de auditor enerve el derecho del socio minoritario, dado que Junta general que acordó el nombramiento se celebró con posterioridad al socio presentara su instancia solicitándolo del Registrador Mercantil e incluso aunque el nombramiento hubiera sido anterior, la sociedad no lo ha acreditado ya que no aportó al expediente ningún documento cuya fecha acredite fehacientemente esa anterioridad. Tampoco ha acreditado la segunda de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, dado que no ha procedido a la inscripción del nombramiento, ni a la entrega al socio del informe de auditoría ni a su incorporación al expediente. En cuanto a la mala fe del solicitante, el limitado ámbito de conocimiento atribuido por el Reglamento del Registro Mercantil, impide entrar a conocer las razones que han llevado al socio a solicitar el nombramiento, pues si bien es cierto que estas 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.

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 e insistiendo en que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas se realizó, finalmente, en la Junta General de 13 de abril de 2011. Por tanto, debe quedar enervado el derecho del solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital 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 las sociedades que originariamente no están obligadas por ley a presentar junto con sus cuentas anuales el informe de auditoría, puede resultar obligadas con posterioridad cuando así lo solicite un socio que reúna las condiciones de capital y tiempo requeridas por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2.º La cuestión de fondo planteada 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 reunir las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital 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, efectivamente, como bien indica la representación recurrente, el nombra-

miento de auditor por la sociedad tuvo lugar en la reunión de la Junta general de 13 de abril de 2011, es decir, con posterioridad a que el socio minoritario presentara su instancia en el Registro Mercantil de Valencia solicitando el nombramiento por el Registrador.

3.º Tampoco pueden prosperar las alegaciones que cuestionan la buena fe del solicitante pues, como indicó la Registradora 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 *(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 ..... y don ....., en nombre y representación de «Grupo Antala Media, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Valencia el 14 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, 17 de mayo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

Resolución de 18 de mayo de 2012 (1.ª)

En el expediente 114/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Compañía Leridana de Arrendamientos Urbanos, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Lleida el 30 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y

siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 5% del capital social de «Compañía Leridana de Arrendamientos Urbanos, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º Falta de legitimación del solicitante pues no acredita su condición de socia, en contra de lo preceptuado por el artículo 351.2 del Reglamento del Registro Mercantil. 2.º La sociedad desconoce su domicilio particular. 3.º La causa de la solicitud no se ha manifestado en la instancia. Es de suponer que la causa está relacionada con el proceso de divorcio entre la solicitante y el administrador único de la compañía.

III

La Registradora Mercantil de Lleida, con fecha 14 de abril de 2011, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado. 1.º Entiende que la solicitante de la auditoría de cuentas está legitimada para el nombramiento registral, dado que, de los datos que constan en el Registro Mercantil, resulta que la solicitante figura como socia constituyente, siendo reiterada la doctrina mantenida por la Dirección general de los Registros y del Notariado, conforme a la cual 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. 2.º El hecho de que la sociedad desconozca el domicilio social no es una cuestión que deba ser resulta en esta vía. 3.º Es indiferente la expresión de la causa de la solicitud pues esta es siempre y típicamente la misma. 4.º Los supuestos previstos en el artículo 352 nada tienen que ver con los regulados en el artículo 351 y, por tanto, de pronunciamiento en este expediente. 5.º Respecto a las motivaciones del socio, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento, impide examinar las razones que le han llevado a solicitar la auditoría de cuentas, ya que si bien es cierto que estas no serán siempre legítimas, quien se sienta perjudicado podrá acudir a la vía judicial civil para exigir la reparación de los perjuicios ocasionados. 6.º Respecto a las conversaciones mantenidas con los socios a efectos de transferir participaciones sociales a cambio de que en la refinanciación de créditos hipotecarios no los tuvieran que afianzar, no puede servir de medio para desvirtuar la legitimación del socio toda vez que el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital exige que la transmisión de participaciones sociales conste en escritura pública.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación de la sociedad interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, dando por reproducidas todas las alegaciones de su escrito de oposición. Añade, en síntesis, que, en contra de la resolución

registral, el administrador social no ha visto que junto con la instancia se aportara documento acreditativo alguno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, 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 21 de julio de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por la Registradora mercantil de ..... que siendo ajustada a derecho no es desvirtuada por ninguna de las alegaciones del recurrente. En efecto respecto a la legitimación del solicitante de la auditoría este Centro Directivo ha mantenido que basta que el solicitante aporte 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 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 presente, mediante la invocación a los datos registrales de la sociedad, la peticionaria de la auditoría ha acreditado su condición de socia por ostentar la propiedad de un número de participaciones sociales que, además, la legitiman para el ejercicio del derecho a la verificación contable. Esta legitimación no ha sido desvirtuada por la sociedad que se ha limitado a negar su condición de socia sobre la base de una propuesta de adquisición de sus participaciones sociales formulada por los demás socios de la compañía, a cambio de que la peticionaria no afianzara cierta operación de refinanciación de créditos. Tal como se deduce del artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital solo la escritura pública que documente el acto transmisivo, puede acreditar la perdida de la condición de socio, lo que, en el caso presente, no ha ocurrido *(cfr.* art. 106 de la Ley de Sociedades de Capital)

2.º Tampoco pueden prosperar las restantes alegaciones formuladas por la sociedad, dado que como indicó la Registradora Mercantil en el acuerdo recurrido y en relación con la inexpresión de la causa de la solicitud, en las sociedades que pueden presentar sus cuentas en forma abreviada en el Registro Mercantil, no es preciso que los socios minoritarios que soliciten el nom-

bramiento registral de auditor de cuentas en base al artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital, indiquen en su instancia cual es la causa de la petición, dado que esta es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa.

3.º Por último, 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 *(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 don ....., administrador único de «Compañía Leridana de Arrendamientos Urbanos, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora a Mercantil de Lleida el 14 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, 18 de mayo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Lleida.

Resolución de 18 de mayo de 2012 (2.ª)

En el expediente 115/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Reba 1500, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Lleida el 30 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y

siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 5% del capital social de «Reba 1500, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º Falta de legitimación del solicitante pues no acredita su condición de socia, en contra de lo preceptuado por el artículo 351.2 del Reglamento del Registro Mercantil. 2.º La sociedad desconoce su domicilio particular. 3.º La causa de la solicitud no se ha manifestado en la instancia. Es de suponer que la causa está relacionada con el proceso de divorcio entre la solicitante y el administrador único de la compañía.

III

La Registradora Mercantil de Lleida, con fecha 14 de abril de 2011, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado. 1.º Entiende que la solicitante de la auditoría de cuentas está legitimada para el nombramiento registral, dado que, de los datos que constan en el Registro Mercantil, resulta que la solicitante figura como socia constituyente, siendo reiterada la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, conforme a la cual 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. 2.º El hecho de que la sociedad desconozca el domicilio social no es una cuestión que deba ser resulta en esta vía. 3.º Es indiferente la expresión de la causa de la solicitud pues esta es siempre y típicamente la misma. 4.º Los supuestos previstos en el artículo 352 nada tienen que ver con los regulados en el artículo 351 y, por tanto, de pronunciamiento en este expediente. 5.º Respecto a las motivaciones del socio, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento, impide examinar las razones que le han llevado a solicitar la auditoría de cuentas, ya que si bien es cierto que estas no serán siempre legítimas, quien se sienta perjudicado podrá acudir a la vía judicial civil para exigir la reparación de los perjuicios ocasionados. 6.º Respecto a las conversaciones mantenidas con los socios a efectos de transferir participaciones sociales a cambio de que en la refinanciación de créditos hipotecarios no los tuvieran que afianzar, no puede servir de medio para desvirtuar la legitimación del socio toda vez que el artículo 106 de la ley de Sociedades de Capital exige que la transmisión de participaciones sociales conste en escritura pública.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación de la sociedad interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, dando por reproducidas todas las alegaciones de su escrito de oposición. Añade, en síntesis, que, en contra de la resolución

registral, el administrador social no ha visto que junto con la instancia se aportara documento acreditativo alguno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, 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 21 de julio de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por la Registradora mercantil de …. que siendo ajustada a derecho no es desvirtuada por ninguna de las alegaciones del recurrente. En efecto respecto a la legitimación del solicitante de la auditoría este Centro Directivo ha mantenido que basta que el solicitante aporte 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 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 presente, mediante la invocación a los datos registrales de la sociedad, la peticionaria de la auditoría ha acreditado su condición de socia por ostentar la propiedad de un número de participaciones sociales que, además, la legitiman para el ejercicio del derecho a la verificación contable. Esta legitimación no ha sido desvirtuada por la sociedad que se ha limitado a negar su condición de socia sobre la base de una propuesta de adquisición de sus participaciones sociales formulada por los demás socios de la compañía, a cambio de que la peticionaria no afianzara cierta operación de refinanciación de créditos. Tal como se deduce del artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital solo la escritura pública que documente el acto transmisivo, puede acreditar la perdida de la condición de socio, lo que, en el caso presente, no ha ocurrido *(cfr.* art. 106 de la Ley de Sociedades de Capital)

2.º Tampoco pueden prosperar las restantes alegaciones formuladas por la sociedad, dado que como indicó la Registradora Mercantil en el acuerdo recurrido y en relación con la inexpresión de la causa de la solicitud, en las sociedades que pueden presentar sus cuentas en forma abreviada en el Regis-

tro Mercantil, no es preciso que los socios minoritarios que solicitan el nombramiento registral de auditor de cuentas en base al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, indiquen en su instancia cual es la causa de la petición, dado que esta es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa.

3.º Por último, 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 *(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 don ....., administrador único de «Reba 1500, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora a Mercantil de Lleida el 14 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, 18 de mayo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Lleida.

Resolución de 18 de mayo de 2012 (3.ª)

En el expediente 116/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sociedad Limitada de Servicios Empresariales YSAC, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Lleida el 30 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y

siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 5% del capital social de «Sociedad Limitada de Servicios Empresariales YSAC, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º Falta de legitimación del solicitante pues no acredita su condición de socia, en contra de lo preceptuado por el artículo 351.2 del Reglamento del Registro Mercantil. 2.º La sociedad desconoce su domicilio particular. 3.º La causa de la solicitud no se ha manifestado en la instancia. Es de suponer que está relacionada con el proceso de divorcio entre la solicitante y el administrador único de la compañía.

III

La Registradora Mercantil de Lleida, con fecha 14 de abril de 2011, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado. 1.º Entiende que la solicitante de la auditoría de cuentas está legitimada para el nombramiento registral, dado que, de los datos que constan en el Registro Mercantil, resulta que figura como socia constituyente, siendo reiterada la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, conforme a la cual 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. 2.º El hecho de que la sociedad desconozca su domicilio no es una cuestión que deba ser resulta en esta vía. 3.º Es indiferente la expresión de la causa de la solicitud pues ésta es siempre y típicamente la misma. 4.º Los supuestos previstos en el artículo 352 nada tienen que ver con los regulados en el artículo 351 y, por tanto, de pronunciamiento en este expediente. 5.º Respecto a las motivaciones del socio, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento, impide examinar las razones que le han llevado a solicitar la auditoría de cuentas, ya que si bien es cierto que estas no serán siempre legítimas, quien se sienta perjudicado podrá acudir a la vía judicial civil para exigir la reparación de los perjuicios ocasionados. 6.º Respecto a las conversaciones mantenidas con los socios a efectos de transferir participaciones sociales a cambio de que en la refinanciación de créditos hipotecarios no los tuvieran que afianzar, no puede servir de medio para desvirtuar la legitimación del socio toda vez que el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital exige que la transmisión de participaciones sociales conste en escritura pública.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación de la sociedad interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, dando por reproducidas todas las alegaciones de su escrito de oposición. Añade, en síntesis, que, en contra de la resolución

registral, el administrador social no ha visto que junto con la instancia se aportara documento acreditativo alguno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, 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 21 de julio de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por la Registradora Mercantil de ..... que siendo ajustada a derecho no es desvirtuada por ninguna de las alegaciones del recurrente. En efecto respecto a la legitimación del solicitante de la auditoría este Centro Directivo ha mantenido que basta que el solicitante aporte 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 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 presente, mediante la invocación a los datos registrales de la sociedad, la peticionaria de la auditoría ha acreditado su condición de socia por ostentar la propiedad de un número de participaciones sociales que, además, la legitiman para el ejercicio del derecho a la verificación contable. Esta legitimación no ha sido desvirtuada por la sociedad que se ha limitado a negar su condición de socia sobre la base de una propuesta de adquisición de sus participaciones sociales formulada por los demás socios de la compañía, a cambio de que la peticionaria no afianzara cierta operación de refinanciación de créditos. Tal como se deduce del artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital solo la escritura pública que documente el acto transmisivo, puede acreditar la perdida de la condición de socio, lo que, en el caso presente, no ha ocurrido *(cfr.* art. 106 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Tampoco pueden prosperar las restantes alegaciones formuladas por la sociedad, dado que como indicó la Registradora Mercantil en el acuerdo recurrido y en relación con la inexpresión de la causa de la solicitud, en las sociedades que pueden presentar sus cuentas en forma abreviada en el Regis-

tro Mercantil, no es preciso que los socios minoritarios que soliciten el nombramiento registral de auditor de cuentas en base al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, indiquen en su instancia cual es la causa de la petición, dado que ésta es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa.

3.º Por último, 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 *(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 don ....., administrador único de «Sociedad Limitada de Servicios Empresariales YSAC, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora a Mercantil de Lleida el 14 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, 18 de mayo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Lleida.

Resolución de 28 de mayo de 2012 (1.ª)

En el expediente 120/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de unos socios de «Roberto Carlos Eiser, SL.».

HECHOS

I

Don ....., don ..... y doña ..... presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 8 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de

un número de acciones superior al 5% del capital social de «Roberto Carlos Eiser, .L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la instancia presentada no contiene las circunstancias exigidas por el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil y, en particular, no contiene la documentación acreditativa de la legitimación del solicitante. 2.º) Que los solicitantes conoce perfectamente la situación patrimonial y financiera de a empresa, habiendo tenido a su disposición la contabilidad de la sociedad. 3.º) Que han actuado con el ánimo de causar un perjuicio a la sociedad, lo que debería traer como consecuencia que corrieran de su cuenta los gastos de la empresa.

III

El Registrador Mercantil número XV de Barcelona, con fecha 1 de abril de 2011, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado. En cuanto a los defectos formales de la solicitud, entiende que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que basta que el solicitante aporte 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 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 presente, la prueba de la legitimación del socio deriva de los datos registrales que constan en la hoja abierta a la sociedad, de los que se desprende que ostentan un porcentaje de participación en el capital social superior que les legitiman para el ejercicio del derecho. Es por tanto a la sociedad a la que le corresponde desvirtuar esta circunstancia, sin que para ello baste exigir la acreditación de la contraparte. Alega la representación recurrente que el solicitante ha tenido conocimiento de la situación patrimonial y financiera de la empresa, pues bien sobre esta cuestión cabe señalar que los derechos de información y auditoría aunque relacionados resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes e cuanto a las condiciones para su ejercicio, ya que este último tiene la finalidad de que las cuentas anuales sean verificadas por un auditor de cuentas ajeno a la estructura empresarial de la sociedad afectada por la solicitud, siendo así que el ejercicio de uno no puede impedir ni obstaculizar el ejercicio de otro. Así resulta de los artículos 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 13 de agosto, 1 de septiembre y 6 de octubre de 2010, entre otras. En cuanto a las intenciones del solicitante, que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que estas 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. Finalizó su resolución manteniendo que los gastos que la auditoría comporta corren siempre de cuenta de la sociedad, siendo indiferente que la sociedad, originariamente, no esté obligada a auditar sus cuentas, pues ha devenido obligada por haberlo solicitado los socios minoritarios, en base al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

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, dando por reproducidas todas las alegaciones de su escrito de oposición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 21 de julio de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos, la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XV de Barcelona, que, siendo ajustada a derecho no ha sido desvirtuada por las alegaciones reiteradas en el recurso de alzada. En cuanto a la legitimación del socio, este Centro Directivo ha mantenido que basta que el solicitante aporte 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 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, la sociedad, sin aportar prueba alguna de sus alegaciones, ha intentado desvirtuar la legitimación de los solicitantes, exigiendo la aportación de los documentos que la acreditan, olvidando que esta es la que deriva de los datos registrales de la sociedad, en donde constan inscritas las escrituras de constitución y de ampliación de capital social *(cfr.* art. 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil).

2.º El conocimiento que tuvo el solicitante de la contabilidad social y de la situación económica de la empresa tampoco ha de impedir que los peticionarios soliciten del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de

cuentas. Como indicó el Registrador Mercantil en el acuerdo recurrido, los derechos de información y auditoría, aunque relacionados entre sí, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. El primero de ellos pueden ejercitarlo cualquiera de los socios de la compañía, mientras que el segundo solo pueden ejercitarlo quienes acrediten reunir las condiciones legalmente exigidas y supone que la contabilidad social que ya conocen sea verificada por un auditor nombrado por el Registrador Mercantil *(cfr.* arts. 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.º Las intenciones o motivaciones que hayan podido tener los solicitantes no pueden ser examinadas en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido, ya que, si bien es cierto que estas 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.

4.º Por último indicar que, aun cuando la sociedad no esté obligada a presentar con sus cuentas anuales el informe de auditoría, dicha obligación puede surgir de manera sobrevenida cuando, como ocurre en el caso presente, lo solicitan los socios que reúnen las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas, siendo este, precisamente, el supuesto previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital que, además, impone de manera taxativa y sin que quepa margen interpretativo alguno que estos gastos corren siempre a cargo de la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto doña ....., administrador único de «Roberto Carlos Eiser, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XV de Barcelona el 1 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, 28 de mayo de 2011.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XV de Barcelona.

Resolución de 28 de mayo de 2012 (2.ª)

En el expediente 118/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ingeniería Aplicada e Instalaciones, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... y don ..... presentaron un escrito en el en el Registro Mercantil de Madrid, el 24 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 5% del capital social de «Ingeniería Aplicada e Instalaciones, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

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 en su reunión de 15 de diciembre de 2010 procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo para ese ejercicio 2010, constando el nombramiento y la aceptación del auditor debidamente inscritos en el Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil número V de Madrid, con fecha 18 de abril de 2011, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que aún habiendo acreditado los solicitantes los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, la sociedad había probado la contratación de una auditoría previa. En efecto, como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado para que la auditoría voluntaria contratada por la sociedad pueda enervar el derecho del solicitante es preciso que reúna 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 solicitó la inscripción del nombramiento voluntario el 21 de diciembre de 2010 y siendo la documentación presentada calificada con defectos, fue retirada y presentada nuevamente el 18 de enero de 2011. Finalmente, el nombramiento de la empresa auditora «Ase, Auditores, S.L.», se inscribió en la hoja abierta a la sociedad el 21 de enero de 2011.

IV

Contra dicha resolución los solicitantes de la auditoría de cuentas, don ..... y don ....., interpusieron en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis: 1.º) Que los solicitantes ya iniciaron un procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas para verificar las correspondientes al ejercicio 2009 de la misma sociedad, el cual prosperó y culminó con el nombramiento por el Registrador Mercantil del auditor don ....., cuyo informe de auditoría indicó que la sociedad se negó a facilitarle la documentación necesaria para realizar sus trabajo. 2.º) Que como consecuencia de lo anterior la hoja registral de la sociedad se debería encontrar cerrada por falta de depósito de las cuentas correspondientes a dicho ejercicio económico, al no haber aportado el informe de auditoría de cuentas. Y esta misma circunstancia debió haber impedido la inscripción del nombramiento voluntario de auditor de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Capital 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 No puede prosperar en esta resolución la alegación principal de los recurrentes, relativa al estado de la hoja registral de la sociedad, pues resulta evidente que las vicisitudes por las que ha podido atravesar el informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2009 realizado por el auditor nombrado por el Registrador Mercantil no culminaron en el cierre de la hoja abierta a la sociedad.

2.º En cuanto a la cuestión de fondo plateada en el expediente que es la posibilidad de que la auditoría voluntaria contratada por la sociedad pueda enervar el derecho de los solicitantes, no cabe sino confirmar por sus propios fundamentos la resolución del Registrador Mercantil de Madrid. En efecto, la sociedad probó que el nombramiento de auditor de cuentas y la aceptación por parte de este del encargo de verificar las correspondientes al ejercicio 2010 fue anterior a la presentación de la instancia en la que los peticionarios solicitaron el nombramiento por el Registrador Mercantil el 24 de marzo de 2011, de tal manera que dicho nombramiento voluntario quedó inscrito en la hoja abierta a la sociedad con fecha de 21 de enero de 2011. Así pues, se cumplen las dos condiciones exigidas por la doctrina de este Centro Directivo para que el nombramiento efectuado por la sociedad enerve el derecho de los solicitantes de la auditoría de cuentas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ..... y don ....., solicitantes de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil «Ingeniería Aplicada e Instalaciones, S.L.», con-

tra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número V de Madrid 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, 28 de mayo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número V de Madrid.

Resolución de 28 de mayo de 2012 (3.ª)

En el expediente 119/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sociedad Ibérica de Fundiciones, S.A.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 29 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de un número de acciones superior al 5% del capital social de «Sociedad Ibérica de Fundiciones, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la instancia presentada no contiene las circunstancias exigidas por el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil y, en particular, no contiene nombre y apellidos del solicitante; denominación y datos de identificación registral de la sociedad; causa de la solicitud y fecha de la solicitud. En el caso presente el solicitante se identifica por su condición de accionista, pero no acredita en modo alguno el título que lo justifica. 2.º) Que no indica en la instancia la causa de la solicitud, omitiendo esta circunstancia exigida reglamentariamente. 3.º) Que el solicitante ha tenido otorgados a su favor poderes de la compañía y por ello conoce perfectamente la situación económica y finan-

ciera de la empresa. 4.º) Que la actitud del promotor no es sino la de causar un perjuicio a la sociedad.

III

El Registrador Mercantil número XII de Madrid, con fecha 18 de abril de 2011, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado. En cuanto a los defectos formales de la solicitud, entiende que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que basta que el solicitante aporte 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 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 presente, la prueba de la legitimación del socio deriva de los datos registrales que constan en la hoja abierta a la sociedad, de los que se desprende que es socio de la compañía y ostenta un porcentaje de participación en el capital social superior al 5% legalmente exigido. Es por tanto a la sociedad a la que le corresponde desvirtuar esta circunstancia, sin que para ello baste exigir la acreditación de la contraparte. Tampoco puede estimarse la alegación relativa a la inexpresión de la causa, dado que en lasa sociedades no obligadas por ley a la verificación contable la causa es siempre y típicamente la misma. La inexistencia de una auditoría previa, razón por la cual el artículo 359, que instrumenta las solicitudes basadas en el artículo 265.2 de la Ley no exige su expresión, al tener esta un alcance puramente formal. Alega la representación recurrente que el solicitante ha tenido poderes de la compañía y ha conocido a la perfección la situación patrimonial y financiera de la empresa, pues bien sobre esta cuestión cabe señalar que los derechos de información y auditoría aunque relacionados resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. Por tanto el conocimiento que tuvo de la empresa y de su contabilidad no le impide ejercer el derecho a que dicha información contable sea verificada por un auditor de cuentas. Por último, mantuvo, en cuanto a las intenciones del solicitante, que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que estas 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.

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, dando por reproducidas todas las alegaciones de su escrito de oposición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 21 de julio de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos, la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XII de Madrid, que, siendo ajustada a derecho no ha sido desvirtuada por las alegaciones reiteradas en el recurso de alzada. En cuanto a la legitimación del socio, este Centro Directivo ha mantenido que basta que el solicitante aporte 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 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, la sociedad ha intentado desvirtuarla exigiendo la aportación junto a la instancia de los documentos de los que se deriven que es propietario de un número de acciones equivalentes al porcentaje legalmente exigido. A dicha pretensión se ha de oponer que la misma invocación que el peticionario hace en su instancia de los datos registrales de la sociedad, acreditan su condición de socio y su legitimación para instar el nombramiento *(cfr.* art. 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil), sin que los defectos formales que la sociedad advirtió en la solicitud sirvan para impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce.

2.º Tampoco la inexpresión de la causa de la solicitud puede ser invocada por la sociedad para enervar el derecho del solicitante, pues como también ha mantenido este Centro Directivo, en aquellas sociedades no obligadas por ley a la verificación contable, es decir, aquellas que pueden presentar en el Registro Mercantil sus cuentas anuales en forma abreviada, la causa de la pretensión es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Esta es la razón por la que el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que regula los requisitos que han de contener las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión de alcance puramente formal, pues resulta irrelevante en este tipo de sociedades.

3.º El conocimiento que tuvo el socio de la contabilidad social y de la situación económica de la empresa tampoco ha de impedir que solicite del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas pues, como indicó el Registrador Mercantil en el acuerdo recurrido, los derechos de información y auditoría, aunque relacionados entre sí, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. El primero de ellos pueden ejercitarlo cualquiera de los socios de la compañía, mientras que el segundo pueden ejercitarlo quienes acrediten reunir las condiciones legalmente exigidas *(cfr.* arts. 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

4.º Por último, las intenciones o motivaciones que haya podido tener el solicitante no pueden ser examinadas en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido, ya que, si bien es cierto que estas 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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto don ....., administrador único de «Sociedad Ibérica de Fundiciones, S.A.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XII de Madrid 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, 28 de mayo de 2011.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XII de Madrid.

Resolución de 29 de mayo de 2012 (1.ª)

En el expediente 121/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Daví Complements, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 23 de febrero de 2011, solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como titular de mas 5% del capital social de «Daví Complements, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2010.

II

Notificada la sociedad de la presentación de dicha instancia, esta no presentó oposición al nombramiento de auditor de cuentas presentado por la minoría.

III

La Registradora Mercantil número VII de Barcelona, con fecha 1 de abril de 2011, acordó estimar la solicitud por reunir la socia minoritaria las circunstancias de capital y tiempo que la Ley exige, tal como se deduce de la hoja abierta a la sociedad.

IV

Contra dicha resolución don ..... en nombre y representación de la sociedad interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, básicamente, que no presentó oposición porque el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil la limita a que no proceda el nombramiento o a la falta de legitimación del solicitante. Sin embargo, el acuerdo de la Registradora Mercantil es nulo de pleno derecho, dado que la firma de la instancia no pertenece a doña ..... Por ello, el acuerdo estimando la solicitud ha originado indefensión en la sociedad pues es constitutivo de una infracción penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 junio de 2007.

La única cuestión que plantea el expediente en estudio se centra en determinar si las alegaciones de la sociedad que cuestión la autenticidad de la firma de la solicitante pueden tener o no incidencia en la resolución de este procedimiento. Como ha mantenido este Centro Directivo en numerosas resoluciones, el Reglamento del Registro Mercantil al regular este procedimiento de nom-

bramiento 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 en la instancia solicitando el nombramiento conste claramente el nombre y apellidos y que haya sido firmado por la solicitante, como también ha sido suficiente para admitir y resolver el recurso de alzada interpuesto por don ..... que el escrito de interposición del recurso estuviera firmado por quien se identificó como su representante sin que tuviera que acreditar fehacientemente su identidad o la vigencia de su representación. Si la sociedad considera que se ha podido cometer la infracción penal que indica en su escrito, éste no es el ámbito procesal adecuado para dilucidarla, sino que, en todo caso, habrá de alegarla y probarla ante el Juzgado competente del orden jurisdiccional penal.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de «Daví Complements, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número VII de Barcelona el 1 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, 29 de mayo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VII de Barcelona.

Resolución de 29 de mayo de 2012 (2.ª)

En el expediente 123/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inversiones y Desarrollos Unión Deportiva Salamanca, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., en nombre y representación de la entidad mercantil «JJH Capital & Assete Management, S.L.U.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de Salamanca el 25

de febrero de 2011, solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular del 5% del capital social de «Inversiones y Desarrollos Unión Deportiva Salamanca, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, esta no presentó oposición al nombramiento de auditor de cuentas, instado por la minoría.

III

Con fecha de 21 de marzo de 2011, el Registrador Mercantil de Salamanca, entendiendo que el solicitante reunía las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas, procedió a designar como auditor de cuentas a doña ....., que aceptó el encargo de auditoría en esa misma fecha.

IV

El 8 de abril de 2011 don ....., en su condición de administrador de la sociedad afectada por la solicitud, interpuso recurso de alzada contra dicha resolución, alegando, en esencia: 1.º) Que de la instancia presentada por el socio minoritario se deduce con claridad que no llega a reunir el 5% de capital social exigido por la ley para ejercitar el derecho a la verificación contable. 2.º) Que el valor nominal de cada participación social es el de 540 euros cada una de ellas, de tal manera que siendo el número total de participaciones que tiene la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas el de 167, es evidente que el capital social que representan es el de 4,9985%. 3.º) Que por las razones expuestas se considera que el solicitante no alcanza 5% exigido y en consecuencia no está legitimado para ejercitar el derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y 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 21 de julio de 2010.

No puede prosperar en esta resolución la alegación única formulada por la sociedad en el escrito de interposición del recurso, dirigida a desvirtuar la legitimación del recurrente por no alcanzar –según alega –el 5% requerido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, pues conforme a los datos registrales que constan en la hoja abierta a la sociedad y atendiendo al computo utilizado tanto en términos de contabilidad como en términos fisca-

les, su participación sí alcanza el mínimo exigido para ejercitar el derecho a la verificación contable reconocido en dicho precepto a los socios minoritarios

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso interpuesto por don ....., administrador de la entidad mercantil «Inversiones y Desarrollos Unión Deportiva Salamanca, S.L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Salamanca el 21 de marzo de 2012.

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 mayo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Salamanca.

Resolución de 30 de mayo de 2012

En el expediente 122/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sucesores de J. Colomer Berenguer, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 17 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Sucesores de J. Colomer Berenguer, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la Junta General en su reunión de 29 de junio de 2011 y en presencia de la Notaria de Barcelona, doña ....., acordó nombrar voluntariamente auditor de cuentas a la entidad mercantil «Odon Auditors, S.L.», para que verificara las cuentas correspondientes al ejercicio 2010, el cual fue aceptado por la firma auditora el 10 de febrero de 2011. Adjun-

taba a su escrito la carta de aceptación del auditor de cuentas y el contrato de auditoría entre don ....., en nombre y representación de la firma auditora y doña .....

III

El Registrador Mercantil número XVI de Barcelona, con fecha 4 de abril de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que para que el nombramiento voluntario de auditor pueda enervar el derecho de la solicitante 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, ninguna de las condiciones aparecen cumplidas pues, aunque se admitiera que la contratación fue previa, la fecha de dicho nombramiento no se ajustó a lo dispuesto en el artículo 1227 del Código Civil, dado que la firma que consta en el escrito de aceptación del auditor fue legitimada el 28 de marzo de 2011 y, por tanto, el nombramiento no puede considerarse previo a la solicitud presentada en el Registro Mercantil el 17 de marzo de 2011.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando en esencia que, conforme a lo previsto en el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital que exige el nombramiento de auditor por la Junta General, la sociedad ha cumplido este requisito siendo además previo a la solicitud de la socia minoritaria. 2.º) Que el hecho de que la legitimación de la firma del auditor se haya realizado con posterioridad a la presentación de dicha solicitud, no viene al caso pues quién firmó sabía que su nombramiento por la sociedad tuvo lugar el 29 de junio de 2010. 3.º) Que las cuentas anuales de la sociedad fueron formuladas el 28 de febrero de 2011 y entregada al auditor de cuentas para la elaboración del informe de auditoría, de tal manera que si conforme a lo dispuesto en el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital, el auditor tiene el plazo de un mes para elaborar su informe, no es posible, hasta que ese mes transcurra, poner a disposición del socio el informe de auditoría de cuentas. En razón a lo expuesto, no se entiende el último párrafo del acuerdo que mantiene que no se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría, pues lo procedente habría sido la suspensión del procedimiento hasta que dicho informe se hubiera realizado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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. 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.

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 la Junta general de socios procedió a nombrar auditor de cuentas el 29 de junio de 2010, no obstante para que dicho nombramiento pudiera enervar el derecho de la minoría habría sido preciso que la aceptación por parte de este también hubiera sido anterior. Anterioridad que solo puede apreciarse cuando la fecha del documento privado de aceptación puede hacer prueba frente a terceros, bien por haberse depositado en un registro público bien por haberse entregado a un funcionario competente por razón de su oficio. Como el Registrador Mercantil de Barcelona señaló en su acuerdo la fecha fehaciente que consta en la carta de aceptación es la de 28 de marzo de 2011 y, por tanto, posterior a la de presentación de la instancia del socio minoritario que tuvo lugar el 17 de marzo de 2011. No cumpliéndose la primera de las condiciones no procede examinar la segunda. Mucho menos procedente habría sido que el Registrador Mercantil suspendiera el procedimiento a la

espera de un informe de auditoría que no podría enervar el derecho de la socia minoritaria por no ser previo.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ....., administradora única de «Sucesores de J. Colomer Berenguer, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XVI de Barcelona el 4 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, 30 de mayo de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XVI de Barcelona.

Resolución de 1 de junio de 2012

En el expediente 124/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Canseco y Moreno, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., en nombre y representación de don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 22 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 «Canseco y Moreno, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su representante, don …., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que el solicitante de la auditoría conoce perfectamente cual es la situación económica de la sociedad, porque tiene poderes especiales como gerente y suficiente capacidad para dirigirla y controlarla. El Tribunal Supremo ha mantenido que el accionista

y socio en quien concurre la condición de administrador tiene toda la información que necesita.

III

El Registradora Mercantil de Alicante, con fecha 5 de abril de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que el hecho de que el solicitante no haya documentado la titularidad que ostenta sobre el porcentaje de capital que alegó, no es óbice para considerar que es socio –condición que la sociedad no niega– y que ostente el porcentaje de más del 5% del capital social de la compañía. El hecho de que esté adecuadamente informado de los asuntos de la entidad mercantil no es óbice ara que pueda ejercitar el derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, cuya finalidad es la de proporcionar al socio una información completa de la situación financiera de la empresa mediante la verificación de las cuentas anuales por un auditor de cuentas, siendo el ámbito de ejercicio de este derecho el de las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable. Por último, la mala fe del solicitante no es una cuestión que pueda dilucidarse en este procedimiento, sin perjuicio del ejercicio por la sociedad de cuentas acciones estime pertinentes ante los Tribunales de justicia para reclamar los daños y perjuicios ocasionados por mala fe o ejercicio abusivo del derecho

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 el solicitante de la auditoría tiene poderes especiales como gerente. Sobre esta cuestión debe recordarse que el Tribunal Supremo ha mantenido que cuando quien ejercita el derecho es además administrador, se presume que conoce la situación de la empresa.

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, 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, este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente que el reglamento del registro Mercantil no ha pretendido ser especialmente riguroso con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su legitimación –en su caso, dice el precepto–, siendo así en el caso presente, además de que la sociedad no negó en ningún momento su condición de socio, el Registrador Mercantil mantuvo

que dicha legitimación se deduce de los datos registrales de la hoja abierta a la sociedad.

2.º En segundo lugar, se ha de recordar a la sociedad que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 por ser su finalidad 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. Sin embrago, aun siendo importante, esta 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 profesional de la auditoría cuentas, ajeno a la empresa, sobre la verdadera situación patrimonial de esta.

3.º El hecho de que el solicitante haya tenido poderes especiales de la compañía tampoco puede impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, esta incompatibilidad solo se daría si hubiera administrador en exclusiva los asuntos sociales por ser administrador único o administrador solidario, pues en este caso habría podido gestionar en exclusiva los asuntos sociales, lo que no es el caso, siendo importante señalar que no han de confundirse los apoderamientos generales o especiales que se hayan podido otorgar a favor de uno u otro socio con el cargo de administrador o administradores sociales.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de «Canseco y Moreno, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Alicante el 5 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, 1 de junio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 4 de junio de 2012 (1.ª)

En el expediente 126/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Aede Business School, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., en nombre y representación de la entidad mercantil «Aulon Capital, S.L.U.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 30 de marzo de 2011 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, como titular de más del 5% del capital social de «Aede Business School, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través del Presidente del Consejo de Administración, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, falta de legitimación del solicitante por carecer de la condición de socio, dado que transmitió todas sus participaciones sociales mediante un contrato privado de compraventa a la sociedad «Aede Business School, S.L.». Adjuntaba a su escrito una fotocopia del referido contrato.

III

La Registradora Mercantil número VI de Madrid, con fecha 29 de abril de 2011, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado. Entiende que el expediente solo plantea la cuestión de si el solicitante tenía o no legitimación al presentar en el Registro su petición de nombramiento de auditor. Según ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado es suficiente que los solicitantes aporten un principio de prueba por escrito de su legitimación, siendo la sociedad que niega dicha legitimación a la que le corresponde desvirtuar tal presunción aportando una prueba que acredite que el solicitante perdió su condición de socio o el porcentaje de participación en el capital social. El solicitante aportó un principio de prueba por escrito de su legitimación consistente en la escritura de compraventa de participaciones sociales, la sociedad alega un contrato privado del que aporta fotocopia y del que se desprende, entre otros extremos, que «las partes se comprometen a otorgar escritura de compraventa de participaciones como máximo antes del 4 de junio de 2010, sin entrar a valorar el efecto que en estos expedientes tenga un contrato privado celebrado entre las partes del que solo se aporta una fotocopia, conforme al artículo 106 de la Ley de Sociedades de capital, es necesario conste la transmisión de participaciones sociales en documento público.

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, dando por reproducidas

todas las alegaciones de su escrito de oposición. Añadió, en síntesis, que, en contra de la resolución registral, no es cierto que la exigencia de escritura pública afecte a la validez del acto transmisivo y que, en consecuencia, el solicitante no está facultado para obtener el nombramiento de auditor de cuentas, por no ser socio de la compañía.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 106 y 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 19 de octubre de 2007.

La única cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar si el solicitante de la auditoría estaba, en el momento de presentar su instancia en el Registro Mercantil, legitimado para obtenerla. Tal como señala la resolución recurrida, la doctrina de este Centro Directivo ha mantenido que basta que el solicitante aporte 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 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 presente, como acertadamente señaló la Registradora Mercantil, la fotocopia del documento privado –la aportada por la sociedad– en ningún caso puede desvirtuar el contenido de una escritura pública –la aportada por el solicitante –de la que resulta la propiedad de éste sobre un número de participaciones sociales equivalentes a más del 5% de capital social, que es el porcentaje legalmente exigido para ejercitar el derecho. Es más, conforme al artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital, el efecto traslativo del dominio del contrato de compraventa queda supeditado, cuando se trata de participaciones sociales, al otorgamiento de escritura pública. Todo lo cual debe entenderse, sin perjuicio del derecho que asiste a las partes para exigirse reciprocamente el cumplimiento de lo pactado o bien la resolución del contrato, con resarcimiento de daños y perjuicios, en los términos previstos en el artículo 1124 del Código Civil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto don ....., Presidente del Consejo de Administración de

«Aede Business School, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora a Mercantil número VI de Madrid el 29 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, 4 de junio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VI de Madrid.

Resolución de 4 de junio de 2012 (2.ª)

En el expediente 129/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Auxmec de Mecanizats, S.L.».

HECHOS

I

Don ……, presentó un escrito en el Registro Mercantil de Tarragona, el 30 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Auxmec de Mecanizats, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ..... y don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el peticionario de la auditoría de cuentas, además de ser socio fue empleado de la sociedad. 2.º) Que aún cuando el Reglamento del Registro Mercantil no exija la mención de la causa, no cabe duda de que la ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo y la finalidad del artículo 350 del precitado Reglamento es permitir a los socios que obtengan un conocimiento veraz de la situación financiera de la entidad mercantil, conocimiento que se presume que existe cuando, además de ser socio, se ha sido trabajador de la compañía.

III

El Registrador Mercantil de Tarragona, con fecha 29 de abril de 2010, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor y rechazó las alegaciones de la sociedad sobre la mala fe de las solicitantes, 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 *(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 ocasionadoslas 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.

V

El 7 de junio de 2011 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de Tarragona, al que adjuntaba un escrito presentado en el Registro Mercantil por el solicitante de la auditoría de cuentas, desistiendo de su solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 «Auxmec de Mecanizats, 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, 4 de junio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Tarragona.

Resolución de 4 de junio de 2012 (3.ª)

En el expediente 130/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Acoas Correduría de Seguros, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Tarragona, el 17 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Acoas Correduría de Seguros, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

El 29 de marzo de 2011, la sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ..... y don ....., remitió un fax, suscrito por don ....., certificando la titularidad de las participaciones sociales de la sociedad, es decir, la actual composición del capital social y el número de socios.

III

El Registrador Mercantil de Tarragona, con fecha de 29 de marzo de 2011 requirió de nuevo a la sociedad por correo certificado concediéndole un nuevo plazo de 5 días para que presentara las alegaciones que estimara pertinentes. A dicha diligencia la sociedad contestó mediante escrito de esa misma fecha oponiéndose al nombramiento solicitado, en base a las siguientes alegaciones: 1.º) Que el solicitante no acredito su legitimación, dado que no adjuntó a su instancia documento alguno en el que fundar su solicitud. 2.º) Que el solicitante interpuso una demanda de responsabilidad contra la administración de la compañía y contra uno de los socios. Es decir, el asunto está *sub iudice*. 3.º) Que, asimismo, se niega la legitimación del solicitante porque su actuación es una maniobra para perjudicar a la sociedad.

IV

El Registrador Mercantil de Tarragona, con fecha 18 de abril de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor dado que el solicitante de la auditoría de cuentas

reúne las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Mantuvo que es reiterada la doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado sosteniendo que resulta imposible examinar las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría de cuentas, ya que, si bien es cierto que estas 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-las intenciones espurias no pueden presumirse nunca.

V

Contra dicha resolución don ....., en nombre y representación de la sociedad, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General aduciendo las mismas alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Adjuntó a su escrito fotocopia del decreto judicial admitiendo a trámite la demanda interpuesta por el solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de interposición del recurso. En primer lugar, la legitimación del socio para instar el nombramiento de auditor de cuentas viene determinada por ser propietario de un número de participaciones sociales equivalentes, al menos, al 5% de capital social de la compañía, no pudiendo quedar desvirtuada por la imputación de defectos meramente formales, como el alegado por la sociedad, sobre la falta documentación acreditativa de tal circunstancia, puesto que, en el caso presente, fue ampliamente subsanada durante la tramitación del procedimiento.

A mayor abundamiento, como indicó el Registrador Mercantil, el Reglamento del Registro Mercantil, no ha pretendido ser especialmente riguroso con los socios a la hora de exigirles acreditar documentalmente su legitimación, de tal manera que esta puede resultar, como ocurre en el caso presente, de los datos que constan inscritos en la hoja abierta a la sociedad.

2.º En segundo lugar, el ejercicio por parte del socio minoritario de una acción de responsabilidad contra los administradores sociales no interfiere ni impide el ejercicio de este derecho a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor, sino que es una acción que la ley pone a disposición

de los socios de entidades mercantiles para dilucidar en sede judicial la posible responsabilidad de los administradores en la gestión de los asuntos sociales y, en modo, alguno supone una limitación de otros derechos del socios.

3.º Y, por último, si el socio minoritario ha ejercitado o no este derecho conforme a las exigencias de la buena fe, es una cuestión que debe plantearse ante los Tribunales de Justicia, dado que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que estas 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.

En su virtud, este Centro Directivo ha resulto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ..... en representación de la entidad mercantil «Acoas Correduría de Seguros, S.L.», contra la resolución del Registrador Mercantil de Tarragona de 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, 4 de junio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Tarragona.

Resolución de 5 de junio de 2012 (1.ª)

En el expediente 131/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Heliográficos Suministros y Servicios Cad, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 16 de marzo de 2010 solicitando, al amparo, artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Regla-

mento del Registro Mercantil y como titular 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 2010.

II

La sociedad, a través de su representante don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la transferente de las participaciones sociales de las que hace gala el solicitante, no cumplió sus obligaciones legales y estatutarias de ofrecimiento al resto de los socios para que pudieran ejercer el derecho de adquisición preferente. Por tanto, ese título de propiedad sobre un determinado número de participaciones sociales puede estar viciado de nulidad. 2.º) Que, conforme al artículo 6.3 del Código Civil, los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, sin que la ley ampare el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. 3.º) Que el solicitante es consciente que los órganos de administración social actuaron de buena fe, facilitándole todos los estados contables, además de las cuentas anuales del ejercicio 2010, siendo de advertir que la sociedad no está obligada a la verificación contable por auditor de cuentas. 4.º) Que, como sabe el solicitante la sociedad se encuentra en una grave situación de crisis económica.

III

El Registrador Mercantil número II de Madrid, con fecha 18 de abril de 2011, tras señalar que el solicitante reúne las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado. Entiende que, conforme a lo dispuesto en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil, la sociedad solo podrá oponerse al nombramiento si, en el plazo de cinco días contados desde la notificación, aporta prueba de que no procede el nombramiento o si niega la legitimación del solicitante. En el supuesto analizado la sociedad no ha aportado prueba alguna que desvirtúe la legitimación del solicitante, el cual sí acreditó dicha legitimación ,y, además de los datos que constan en el Registro, consta una inscrita una ampliación de capital social acordada por la Junta General Universal celebrada el 30 de noviembre de 2010, es decir, con posterioridad al otorgamiento de la escritura de transmisión de participaciones sociales que la sociedad considera viciada de nulidad, sin que conste alegación alguna en contra de su legitimación. La invocación al frau de ley y al abuso de derecho no es causa apreciable en este procedimiento, 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 estas 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. El hecho de que la sociedad mantenga que se le entregaran al solicitante las cuentas correspondientes al ejercicio 2010, no impide que el socio minoritario utilice la facultad que le concede el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital ya que, según reiterada jurisprudencia del Cetro Directivo, 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. 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. Por último, el hecho de que la sociedad no esté obligada a la verificación de sus cuentas por un auditor, tampoco enerva el derecho del solicitante, dado que estas sociedad pueden resultar, finalmente obligadas a presentar en el Registro Mercantil sus cuentas auditadas cuando lo solicita un socio minoritario.

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 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, 265.2 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 19 de octubre de 2007.

1.º Procede confirmar, por sus propios fundamentos, la resolución dictada por el Registrador Mercantil número II de Madrid que siendo ajustada a derecho no ha sido desvirtuada por las alegaciones aducidas por la sociedad. En efecto, la legitimación del socio para solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas resulta de los propios asientos del registro, sin que la sociedad haya aportado prueba alguna que la desvirtúe pues, como indicó el Registrador Mercantil, aún después del otorgamiento de la escritura de compraventa de participaciones sociales, la Junta General y Universal acordó, de 30 de noviembre de 2010, una ampliación de capital, sin que, en aquel momento, la administración social cuestionara la validez de la transmisión de participaciones sociales.

Por lo que se refiere a la ineficacia sobrevenida del contrato de compraventa que la sociedad alega, debido a un posible incumplimiento por parte de la vendedora de sus obligaciones legales y estatutarias con los demás socios y con la propia sociedad, debe señalarse que este Centro Directivo carece de competencia, en este procedimiento de nombramiento registral de auditor, para pronunciarse sobre la validez o ineficacia del contrato, por ser esta una cuestión atribuida a jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil *(cfr.* arts. 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

2.º Tampoco puede prosperar la alegaciones que cuestionan el ejercicio que el solicitante hizo de su derecho, conforme a las exigencias de la buena fe pues, como mantuvo el Registrador Mercantil, 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.

3.º El derecho a la información que ostentan todos los socios de sociedades mercantiles y que la sociedad alega que facilitará al peticionario, no ha de enervar el derecho a la verificación contable que la ley atribuye a quienes reúnan las circunstancias de capital y tiempo prevista, dado que los derechos de información y auditoría, aunque son complementarios, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. En realidad, lo que pretende este último es que esa información que se materializa en las cuentas correspondientes a un determinado ejercicio económico, sean verificadas por un auditor de cuentas, permitiendo así conocer si reflejan la realidad patrimonial y financiera de la empresa.

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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de «Heliográficos Suministros y Servicios CAD, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número II de Madrid 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, 5 de junio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número II de Madrid

Resolución de 5 de junio de 2012 (2.ª)

En el expediente 132/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Benja Gestión Integral de Fincas, S.L.»

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito el 23 de enero de 2011 dirigido al Registro Mercantil de Madrid solicitando, como titular de más del 5% del capital social de «Benja Gestión Integral de Fincas, S.L.» y al amparo de lo dispuesto en los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas correspondientes al ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su representante don ....., se opuso a dicha pretensión alegando que la sociedad, aun estando exenta de auditar sus cuentas anuales, en la reunión del Consejo de Administración de 21 de febrero de 2011, acordó nombrar auditor de cuentas para los ejercicios 2010 a la entidad mercantil Carpe Auditora, la cual aceptó el nombramiento esa misma fecha. Adjuntaba copia de la escritura pública protocolización de acuerdos, otorgada ante el Notario de Madrid, don ....., el 1 de marzo de 2011, bajo el número 1158 de su protocolo, la cual se encuentra pendiente de inscripción en el Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil número V de Madrid, con fecha 12 de marzo de 2011, 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 los órganos sociales enerva el derecho del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 procurársele 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 ejercicios 2010 a «Carpe Auditora, S.L.», constando dicho nombramiento inscrito en la hoja abierta a la sociedad con fecha 1 de abril de 2011.

IV

Contra dicha resolución y por la socia minoritaria solicitante del nombramiento se interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando que, a pesar de la manifiesta incompatibilidad del auditor de cuentas, la sociedad procedió a nombrarlo con la única finalidad de impedirle el ejercicio de su derecho.

V

Con fecha de 16 junio de 2011 tuvo entrada en el registro general de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil número V de Madrid al que adjuntó un escrito de la solicitante de la auditoría de cuentas presentado en el Registro Mercantil el 20 de mayo de 2011, en el que renunciaba a su solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil

Este Centro Directivo ha resuelto aceptar de plano el desistimiento a la solicitud de auditoría de las cuentas del ejercicio 2010 para la sociedad «Benja Gestión Integral de Fincas, S.L.» presentada por doña .....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, 5 de junio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número V de Madrid.

Resolución de 6 de junio de 2012

En el expediente 133/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «B.M.D., 94, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 17 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital

y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «B.M.D., 94, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su administradora única doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la sociedad está obligada a la verificación de las cuentas anuales y el informe de gestión por auditor de cuentas. 2.º) Que el solicitante ha perdido su legitimación como consecuencia de la querella criminal presentada por la sociedad contra él por el delito de difusión, revelación y cesión de secretos de empresa. Dicha infracción reviste la suficiente gravedad como para perder, cautelarmente, su legitimación que como socio le corresponde para solicitar el nombramiento de auditor. 3.º) Que, dada la preferencia de la vía penal, la autoridad competente de cualquier otro orden jurisdiccional deberá abstenerse de resolver, en tanto dure la tramitación del procedimiento iniciado por la citada querella; si finalmente procediera el nombramiento de auditor, el solicitante, conocerá los clientes actuales de la empresa.

III

El Registrador Mercantil número XI de Barcelona, con fecha 4 de abril de 2011, acordó desestimar el escrito de oposición por entender que reuniendo el solicitante las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas, ninguna de las alegaciones sociales podía enervar su derecho, dado que las manifestaciones de la sociedad en cuanto a la interposición de una querella criminal contra el solicitante y el hecho de que dicho procedimiento se encuentra en curso, no impide el derecho a la auditoría al tratarse de una cuestión que no tiene por objeto resolver sobre la titularidad de las participaciones que han servido para fundar la legitimación del socio, no quedando, en consecuencia desvirtuado su derecho al nombramiento registral de auditor puesto que la litispendencia sólo tiene eficacia suspensiva cuando afecta a la propia legitimación del solicitante (en este sentido se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de fechas 11 de mayo de 2006, 9 de julio de 2008 y 27 de febrero de 2009, entre otras) En cuanto a la medida solicitada de suspender el procedimiento hasta no finalizar la vía penal, debe recordarse que la actuación de los Registradores Mercantiles está sujeta al principio de tipicidad de modo que les competen las funciones que el ordenamiento les atribuye y en los términos que dicho ordenamiento determina. Así resulta del artículo 16 del Código de Comercio y de los artículos 2 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil y de reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Entre dichas funciones se encuentra el nombramiento de expertos independientes y de auditores de cuentas –apartado *b)* del expresado artículo 2–; función que desarrollan los artículos 338 y siguientes del expresado Reglamento, no pudiendo accederse a la medida solicitada, en cuanto a la suspensión del presente expediente, al no estar la misma ni legal ni reglamentariamente prevista. En cuanto a que la sociedad se halla obligada a verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión por auditor de cuentas, debe señalarse que dicha alegación no está exenta de contradicción habida cuenta que, según los datos consignados por la propia sociedad en los depósitos de cuentas correspondientes a los ejercicios de 2007, 2008 y 2009, en principio no se superarían los límites legales. Señaló que aun cuando la sociedad se halle obligada a auditar sus cuentas, el nombramiento de auditor debería hacerse por la Junta General de la sociedad, conforme a lo establecido en los artículos 263 y 264 de la Ley de

Sociedades de Capital. Asimismo el artículo 265.1 de la citada norma indica que «Cuando la Junta General no hubiera nombrado al auditor antes de que finalice el ejercicio a auditar, debiendo hacerlo, o la persona nombrada no acepte el cargo o no pueda cumplir sus funciones, los administradores y cualquier socio podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social la designación de la persona o personas que deban realizar la auditoría, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil. En las sociedades anónimas, la solicitud podrá ser realizada también por el comisario del sindicato de obligacionistas». Es solamente en estos casos cuando se permite la vía de la solicitud para que el Registrador Mercantil nombre auditor para una sociedad obligada a verificar sus cuentas (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 25 de septiembre de 2007, 21 de octubre y 4 de diciembre de 2008, entre otras).

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, dando por reproducidas todas las alegaciones de su escrito de oposición. Añadió que, de concederse ahora el nombramiento solicitado, el peticionario de la auditoría obtendría más datos de la sociedad, con el consiguiente riesgo de que los difundiera indebidamente. Siendo éste un hecho de apariencia delictiva, debe suspenderse el procedimiento de auditor por existir prejudicialidad penal.

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 reciente, la de 19 de octubre de 2007.

1.º Procede confirmar en el presente expediente –y por su propio fundamento– la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XI de Barcelona que, siendo ajustada a derecho, no es desvirtuada por las alegaciones del escrito de recurso.

Tal y como señala en su resolución –y en contra de lo que la sociedad entiende– el Registrador Mercantil, no podía suspender el procedimiento por la existencia de una querella criminal interpuesta por la sociedad, cuyo resultado no interfiere en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas. Como este Centro Directivo ha mantenido en numerosas resoluciones solo procede suspender este procedimiento registral cuando, con anterioridad a la presentación de la instancia, se está discutiendo en sede judicial la condición de socio del peticionario o el porcentaje mínimo de su participación en el capital social y ninguna de estas dos circunstancias se ha planteado en esta ocasión.

2.º Tampoco puede prosperar la pretensión de enervar el derecho del socio, sobre la base de que la sociedad está obligada a la verificación contable, pues, además de que el Registrador Mercantil, señaló que durante los ejercicios 2007, 2008 y 2009 no alcanzó ninguno de los límites establecidos en el artículo 257 de la Ley de Sociedades de Capital, tampoco consta inscrito el nombramiento de auditor de cuentas por la Junta general, lo que habría sido lo oportuno si la administración social, realmente, consideró que la sociedad estaba obligada a presentar las cuentas del ejercicio 2010 junto con el informe de auditoría. En definitiva, aún cuando efectivamente, la sociedad hubiera devenido obligada a ello, el solicitante estaría legitimado, en base al artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ....., administrador único de «B.M.D., 94, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XI de Barcelona el 4 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, 6 de junio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XI de Barcelona.

Resolución de 12 de junio de 2012

En el expediente 134/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Dalton's Digital Brother, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 29 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital

social de «Dalton's Digital Brother, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

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 el administrador único ha solicitado ya una auditoría para el ejercicio 2010, dado que la sociedad no está obligada a la verificación contable y, por tanto, el órgano de administración puede proceder al nombramiento voluntario sin sujeción a los límites y plazos previstos en el artículo 263 y 264 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º) Que es innecesario y económicamente injustificado proceder al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil

III

El Registrador Mercantil de Madrid, con fecha 20 de abril de 2011, 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, no se ha acreditado dicho nombramiento, ni se ha hecho constar la fecha del mismo, solo se indica que «el trabajo es reciente y se encuentra en su fase inicial. Tampoco se menciona quién es el auditor designado por lo que el Registrador no puede pronunciarse sobre si dicho nombramiento cumple o no las condiciones exigidas para enervar el derecho 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 que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

V

Con fecha de 23 de mayo de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil número II de Madrid, al que adjuntaba un escrito presentado en su registro por el representante de la entidad mercantil afectada por la solicitud de auditoría de cuentas, en el que desistía del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Registrador Mercantil el 20 de abril de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Este Centro Directivo ha resuelto aceptar de plano el desistimiento al recurso de alzada interpuesto por don ....., en representación de la entidad mercantil «Dalton's Digital Brother, S.L.» contra la resolución del Registrador Mercantil número II de Madrid de 20 de abril de 2011 y declarar concluso el procedimiento iniciado a la instancia de don ..... 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, 12 de junio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número II de Madrid.

Resolución de 14 de junio de 2012

En el expediente 136/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Distribuidora Láctea La Peña, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en la oficina de correos de Antequera dirigida al Registro Mercantil de Málaga en donde entró el 1 de abril de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Distribuidora Láctea La Peña, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador, don ....., se opuso a dicha pretensión, alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitud incumple lo establecido en el artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil, en cuanto que no indica la causa de la petición. 2.º) Que, en realidad, la solicitud se formula con manifiesto abuso de derecho, dado que es consecuencia de ciertas desavenencias existentes entre los socios que no afectan al buen funcionamiento de la sociedad. 3.º) Que el solicitante tiene pleno acceso a la información financiera y contable de la empresa.

III

La Registradora Mercantil de Málaga, con fecha 27 de abril de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que en el solicitante concurren las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Mantuvo que las alegaciones de la sociedad sobre la causa de la solicitud no pueden enervar la pretensión del solicitante, dado que en las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable la causa es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de auditoría previa y, por tanto, su expresión en la solicitud solo tiene un alcance meramente formal. Los gastos que la petición de auditoría de cuentas origina en la sociedad tampoco puede impedir que el socio minoritario ejercite su derecho, dado que por expresa disposición del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, los gastos de la auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad. En cuanto al abuso de derecho por el solicitante, no puede considerarse en este expediente al ser esta una cuestión de exclusiva apreciación por los Tribunales de Justicia.

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 la presente resolución ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad. En cuanto a la inexpresión de la causa de la solicitud, este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente en relación con el artículo 205.2 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas– reproducido en idénticos términos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital

–que la causas hay que buscarla en el deseo del legislador de que la contabilidad societaria formulada por los órganos gestores pueda ser controlada por los accionistas minoritarios. En este hilo argumental hay que constatar, que la causa de la solicitud fundada en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es siempre y típicamente la misma, a saber: la inexistencia de auditoría previa, razón por la cual el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que instrumenta las solicitudes basadas en aquel precepto no exige la expresión, de alcance meramente formal, de la causa, sin que quepa aplicar por analogía el artículo 350 del mismo cuerpo reglamentario, el cual queda enlazado con otro supuesto que es el del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, completamente diferente al número 2 del mismo artículo.

2.º Tampoco puede prosperar 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 *(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.

3.º Por lo que se refiere a los costes de la auditoría que la sociedad entiende son innecesarios, se ha de señalar que el legislador ha dispuesto con carácter taxativo y sin que quepa 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 de «Distribuidora Láctea La Peña, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Málaga el 27 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, 14 de junio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Málaga.

Resolución de 15 de junio de 2012

En el expediente 135/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Servicios Turísticos Los Salmones, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... y doña ....., don ..... y don ..... en representación de doña ..... presentaron un escrito el 14 de marzo de 2011 en el Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canarias solicitando, como titulares conjuntos de más del 5% del capital social de «Servicios Turísticos Los Salmones, S.L.» y al amparo de lo dispuesto en los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas correspondientes al ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de sus Consejeros mancomunados, don ....., don ..... y don....., se opuso a dicha pretensión alegando que la sociedad nombró auditor de cuentas para los ejercicios 2010, 2011 y 2012 por acuerdo del Consejo de Administración de 20 de diciembre de 2010. Adjuntaba a su escrito certificación del acuerdo, adoptado por unanimidad por el Consejo de Administración y aceptado por el auditor de cuentas, don ..... –con firmas legitimadas notarialmente el 28 de marzo de 2011–. Mantenía que dicho acuerdo fue presentado para su inscripción el 4 de abril de 2011.

III

El Registrador Mercantil de Las Palmas de Gran Canarias, con fecha 30 de marzo de 2011, acordó requerir a la sociedad para que en el plazo de diez días aportaran el informe de auditoría o la constancia registral del acuerdo del Consejo de Administración de 20 de diciembre de 2011. A dicho requerimiento la sociedad respondió mediante escrito de 8 de abril del año en curso, manifestando que dicho acuerdo y la aceptación del auditor de cuentas fueron presentados para su inscripción el 4 de abril de 2011.

IV

El Registrador Mercantil de Las Palmas, con fecha de 11 de abril de 2011, tras señalar que en la hoja abierta a la sociedad consta inscrito el nombramiento voluntario de auditor de cuentas, desestimó la solicitud de los socios minoritarios por entender que en el nombramiento voluntario de auditor de cuentas concurren las dos condiciones requeridas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para que pueda enervar el derecho del socio, dado: 1.º) Que se ha efectuado con anterioridad a la presentación de la instancia pidiendo el auditor al Registro; y 2.º) Que se ha garantizado al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, pues consta en el Registro practicada su inscripción el día 6 de abril de 2011.

V

Contra dicha resolución los solicitantes de la auditoría de cuentas, don ..... y doña ....., don ..... y don ..... en representación de doña ....., alegando, en síntesis: 1.º) Que la presentación de la instancia en el Registro Mercantil tuvo lugar el 14 de marzo de 2011 y en ese momento no estaba inscrito el nombramiento voluntario de auditor de cuentas. 2.º) Que la presentación del escrito por parte de la sociedad solicitando la inscripción del nombramiento voluntario tuvo lugar el 4 de abril de 2011, es decir, con posterioridad a la presentación de su solicitud. 3.º) Que no debe valorarse por el Registrador Mercantil un documento que no reúne ninguno de los requisitos exigidos por el artículo 1227 del Código Civil para que pueda hacer prueba frente a terceros. 4.º) Que también se ha vulnerado el artículo 6 del reglamento del Registro Mercantil. 5.º) Que, finalmente, el nombramiento voluntario de auditor no reúne las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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, 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. En efecto, la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 fecha del certificado del acuerdo social que incorpora la aceptación del auditor nombrado voluntariamente dotada de fehaciencia, es decir, de efectos frente a terceros, es la de la legitimación notarial de las firmas que consta estampada el 28 de marzo de 2011, siendo así que es posterior a la fecha de presentación de la instancia en el Registro Mercantil de 14 de marzo de 2011 y, por tanto, en esta ocasión procede admitir la pretensión de los recurrente, entendiendo que la contratación del auditor por la sociedad no ha llegado a enervar su derecho al nombramiento de auditor que solicitaron al Registrador Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por los socios minoritarios, don ..... y doña ....., don ..... y don ..... en representación de doña ..... contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria el 11 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, 15 de junio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Las Palmas.

Resolución de 18 de junio de 2012

En el expediente 137/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hípica Adonay, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 24 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Hípica Adonay, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su representante, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que aun cuando la sociedad no está obligada a la verificación contable, ha nombrado auditor de cuentas para los años 2009, 2010 y 2011 a la empresa auditora «Carrero Lancho Auditores, S.L.» por lo que las cuentas anuales se presentarán en el registro junto con el correspondiente informe de auditoría. Adjuntó a su escrito una carta de aceptación de la auditoría firmada por el administrador único de la firma auditora, don .....

III

A la vista de dicho escrito, el 7 de abril de 2011, el Registrador Mercantil número XII de Madrid, concedió a la sociedad el plazo improrrogable de diez días para que acreditara de modo fehaciente la fecha en la que tuvo lugar la aceptación por parte del auditor designado por la sociedad y, asimismo, garantizara al socio minoritario el derecho al informe de auditoría. A dicho requerimiento la sociedad contestó mediante escrito de 20 de abril del mismo año, adjuntando la carta de aceptación del administrador único de la empresa auditora y copia del contrato de auditoría suscrito con ella.

IV

El Registrador Mercantil número XIII de Madrid, con fecha 28 de abril de 2011, 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 acreditó que el nombramiento de auditor se hubiese realizado con anterioridad a la solicitud de la minoría, pues la única fecha fehaciente del documento que lo contiene es la de presentación en el Registro Mercantil junto al escrito de oposición.

V

Con fecha de 18 de mayo de 2011 la indicada representación social presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid al que adjuntaba una copia del envío del informe de auditoría a la socia solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 no ha acreditado la primera de las condiciones exigidas por esta Dirección General para que el informe de auditoría contratada por la sociedad pueda enervar el derecho del socio minoritario, dado que la carta de aceptación de la firma auditora no tiene fecha fehaciente, siendo la primera que puede hacer prueba frente a terceros, la de 20 de abril de 2011, que es la fecha de entrada en el Registro Mercantil de Madrid del escrito cumplimentando el requerimiento que le concedió el Registrador y, evidentemente, es muy posterior a la de presentación de la instancia del socio minoritario solicitando 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 «Hípica Adonai, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Madrid el 28 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, 18 de junio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XIII de Madrid.

Resolución de 19 de junio de 2012

En el expediente 138/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Sapesa, S.L.»

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 28 de marzo de 2011, solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capi-

tal social de «Sapesa, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales del último ejercicio económico.

II

La sociedad, a través de su administrador único don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que a la vista de la documentación aportada por el solicitante se llega a la conclusión de que no indica el ejercicio del que desea conocer la contabilidad social. 2.º) Que, además de lo anterior, en la instancia presentada se ha confundido el número de registro de la sociedad. Por tanto se incumple la norma citada y la propia estructura de cualquier solicitud a la que debe exigirse la máxima claridad.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, con fecha 12 de abril de 2011, acordó estimar la solicitud formulada, en base a que el solicitante había acreditado reunir los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos. Mantuvo que aunque es cierto que el peticionario dejó en blanco el campo de la instancia indicativo del ejercicio a auditar, es igualmente cierta la voluntad del peticionario sobre el ejercicio del derecho a la auditoría de cuentas. El único ejercicio que es posible auditar es el ejercicio 2010 por ser el inmediatamente vencido y, por tanto, tampoco hay duda sobre la voluntad del peticionario. El error que la sociedad alega sobre el número de la hoja registral tampoco debe impedir el ejercicio de este derecho, puesto que no ha impedido la localización de la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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, 28 de septiembre de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero de 2006 y 27 de abril de 2010.

1.º Procede confirmar, por sus propios fundamentos, la resolución del Registrador Mercantil de Alicante que, siendo ajustada a derecho, no ha sido desvirtuada por ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad. En efecto, cuando el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital reconoce y regula el derecho de los socios minoritarios a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas exige, junto con el requisito de legitimación o porcentaje mínimo de capital social, el de solicitar el derecho dentro de los tres meses siguientes al ejercicio vencido, con el fin de auditar la cuentas anuales de éste último. Por tanto, su inexpresión en la instancia no induce a duda alguna a quien debe resolver la solicitud, el Registrador Mercantil, pues conoce bien la voluntad del legislador y la doctrina mantenida

por esta Dirección General de los Registros y del Notariado, conforme a la cual las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital solo pueden referirse a un ejercicio: el último vencido que, en este caso concreto es el de 2010.

2.º Tampoco puede prosperar la pretensión de la sociedad de enervar el derecho del solicitante sobre la base de otro defecto formal que es el del error material padecido por el solicitante respecto al número de hoja registral de la sociedad, dado que constando la denominación social de ésta, así como la documentación en la que el socio minoritario fundó su legitimación es de sobra conocida por el Registrador cual es el la hoja abierta en ese Registro Mercantil a dicha sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de «Sapesa, S.L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Alicante de 12 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 junio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 20 de junio de 2012

En el expediente 139/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Metalplax, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Valencia el 31 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Metalplax, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

Notificada la sociedad de la presentación de dicha instancia, ésta no presentó oposición al nombramiento de auditor de cuentas solicitado por la minoría.

III

El Registrador Mercantil de Valencia, con fecha 4 de abril de 2011, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, por constar inscrito en la hoja abierta a la sociedad, en la inscripción 8.ª el nombramiento efectuado por ésta a favor del Auditor don ....., para la verificación de las cuentas del ejercicio 2010.

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, que conforme a lo dispuesto en el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital el nombramiento de auditor de cuentas debe realizarlo la Junta General de socios antes de que finalice el ejercicio a auditar, siendo así que, en el caso presente, el Consejo de Administración no le comunicó que la Junta General hubiera aprobado dicho nombramiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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.

El presente recurso plantea la cuestión de si el nombramiento de auditor efectuado por la sociedad y que consta inscrito en su hoja registral puede llegar a ser anulado por falta de competencia del órgano social que acordó su nombramiento pues, como indica el recurrente, no fue la Junta General de socios la que lo nombró.

Sobre esta cuestión se ha de señalar que, así como en las sociedades obligadas a la verificación contable, la ley exige cumplir determinados requisitos relativos al órgano social que debe realizar el nombramiento y al tiempo en que éste debe realizarse, de obligado cumplimiento para estas sociedades, recogidos en el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras no obligadas por ley a presentar sus cuentas en el Registro Mercantil junto con el informe de auditoría, es decir, aquellas que pueden presentarlas de forma abreviada, no existen dichos requisitos de competencia y tiempo, aún cuando resulten, finalmente, obligadas a dicha auditoría por haberlo soli-

citado un número de socios que representen un mínimo del 5% de capital social, en base al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En estas sociedades el órgano de administración social puede entender oportuno para la marcha de la empresa contratar los servicios de un auditor de cuentas, por tener éste acto la naturaleza jurídica propia de un acto gestión y buena administración. Esto es lo que ha ocurrido en el caso presente, en el que la sociedad procedió, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio minoritario en el Registro Mercantil, a contratar los servicios del auditor de cuentas que indicó el Registrador Mercantil en la resolución recurrida y a procurar la inscripción del mismo para garantizar que, finalmente, las cuentas correspondientes al ejercicio 2010 será verificadas por el auditor que nombró. Por tanto, en esta ocasión, el nombramiento voluntario efectuado por la sociedad ha enervado el derecho del socio minoritario.

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 el Registrador Mercantil de Valencia el 4 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 20 de junio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

Resolución de 21 de junio de 2012

En el expediente 141/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ilerbroker Inmobles, S.L.»

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Lleida el 30 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y

siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 5% del capital social de «Ilerbroker Inmobles, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º Falta de legitimación del solicitante pues no acredita su condición de socia, en contra de lo preceptuado por el artículo 351.2 del Reglamento del Registro Mercantil. 2.º La sociedad desconoce su domicilio particular. 3.º La causa de la solicitud no se ha manifestado en la instancia. Es de suponer que está relacionada con el proceso de divorcio entre la solicitante y el administrador único de la compañía.

III

La Registradora Mercantil de Lleida, con fecha 14 de abril de 2011, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado. 1.º Entiende que la solicitante de la auditoría de cuentas está legitimada para el nombramiento registral, dado que, de los datos que constan en el Registro Mercantil, resulta que figura como socia constituyente, siendo reiterada la doctrina mantenida por la Dirección general de los Registros y del Notariado, conforme a la cual 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. 2.º El hecho de que la sociedad desconozca su domicilio no es una cuestión que deba ser resulta en esta vía. 3.º Es indiferente la expresión de la causa de la solicitud pues ésta es siempre y típicamente la misma. 4.º Los supuestos previstos en el artículo 352 nada tienen que ver con los regulados en el artículo 351 y, por tanto, de pronunciamiento en este expediente. 5.º Respecto a las motivaciones del socio, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento, impide examinar las razones que le han llevado a solicitar la auditoría de cuentas, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas, quien se sienta perjudicado podrá acudir a la vía judicial civil para exigir la reparación de los perjuicios ocasionados. 6.º Respecto a las conversaciones mantenidas con los socios a efectos de transferir participaciones sociales a cambio de que en la refinanciación de créditos hipotecarios no los tuvieran que afianzar, no puede servir de medio para desvirtuar la legitimación del socio toda vez que el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital exige que la transmisión de participaciones sociales conste en escritura pública.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación de la sociedad interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, dando por reproducidas todas las alegaciones de su escrito de oposición. Añade, en síntesis, que, en contra de la resolución

registral, el administrador social no ha visto que junto con la instancia se aportara documento acreditativo alguno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, 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 21 de julio de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por la registradora mercantil de Lleida que siendo ajustada a derecho no es desvirtuada por ninguna de las alegaciones del recurrente. En efecto respecto a la legitimación del solicitante de la auditoría este Centro Directivo ha mantenido que basta que el solicitante aporte 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 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, mediante la invocación a los datos regitrales de la sociedad, la peticionaria de la auditoría ha acreditado su condición de socia por ostentar la propiedad de un número de participaciones sociales que, además, la legitiman para el ejercicio del derecho a la verificación contable. Esta legitimación no ha sido desvirtuada por la sociedad que se ha limitado a negar su condición de socia sobre la base de una propuesta de adquisición de sus participaciones sociales formulada por los demás socios de la compañía, a cambio de que la peticionaria no afianzara cierta operación de refinanciación de créditos. Tal como se deduce del artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital, solo la escritura pública que documente el acto transmisivo puede acreditar la perdida de la condición de socio, lo que, en el caso presente, no ha ocurrido *(cfr.* art. 106 de la Ley de Sociedades de Capital)

2.º Tampoco pueden prosperar las restantes alegaciones formuladas por la sociedad, dado que como indicó la Registradora Mercantil en el acuerdo recurrido y en relación con la inexpresión de la causa de la solicitud, en las sociedades que pueden presentar sus cuentas en forma abreviada en el Registro Mercantil, no es preciso que los socios minoritarios que soliciten el nom-

bramiento registral de auditor de cuentas en base al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, indiquen en su instancia cuál es la causa de la petición, dado que ésta es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa.

3.º Por último, 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 *(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 don ....., administrador único de «Ilerbroker Inmobles, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Lleida el 21 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, 21 de junio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Lleida.

Resolución de 22 de junio de 2012 (1.ª)

En el expediente 140/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Habitat Varsovia, S.L.»

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Lleida el 30 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y

siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 5% del capital social de «Habitat Varsovia, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que no acredita en forma alguna el domicilio que señala en su instancia; 2.º) Que no acredita su legitimación, fundada en prueba documental; 3.º) Que la solicitud no expresa causa legítima para solicitar la auditoría de cuentas, vulnerando lo dispuesto en el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil. 4.º) Que solo la mueven a promover dicha solicitud motivos puramente personales.

III

La Registradora Mercantil de Lleida, con fecha 14 de abril de 2011, requirió a la solicitante para que aportara prueba documental de su condición de socia y del porcentaje de participación que ostenta en la compañía. A dicho requerimiento la solicitante respondió mediante escrito con entrada en el Registro Mercantil el 19 de abril de 2011 a la que adjuntó copia de la escritura de aumento de capital social, autorizada por el Notario de Lleida, Sr ....., el 18 de enero de 2006, bajo el número 253 de su protocolo notarial, así como otra de compraventa de participaciones sociales, autorizada por el Notario de Lleida el 31 de marzo de 2006, bajo el número 1325 de su protocolo.

IV

Por resolución de 21 de abril de 2011 la Registradora Mercantil de Lleida acordó estimar la solicitud, dado que la solicitante ostenta un porcentaje del 25% en el capital social. Es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que basta que el peticionario presente un principio de prueba de su legitimación, siendo a la sociedad que la niega a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando otra de la que se infiera que el solicitante no reúne la condición de socio o no ostenta el porcentaje de capital que alegó en su instancia. El hecho de que la sociedad desconozca el domicilio de la solicitante, no es una cuestión que deba dilucidarse en este procedimiento. Es indiferente la expresión o no de la causa de la petición pues, en cualquier caso, ésta es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Los supuestos del artículo 352 del Reglamento del Registro Mercantil nada tienen que ver con los del artículo 351 de este cuerpo reglamentario. Respecto a las motivaciones que tuvo la solicitante para instar la auditoría, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinarlas en este trámite, 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. En cuanto a la legitimación que la sociedad reitera en el apartado tercero de su escrito, la Registradora Mercantil indicó que las conversaciones mantenidas por los socios

no pueden servir de medio para desvirtuar la legitimación de la solicitante, de conformidad con lo establecido en el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital.

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 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 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, 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 21 de julio de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por la registradora mercantil de Lleida que siendo ajustada a derecho no es desvirtuada por ninguna de las alegaciones del recurrente. En efecto respecto a la legitimación del solicitante de la auditoría este Centro Directivo ha mantenido que basta que el solicitante aporte 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 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, mediante la copia de la escritura de aumento de capital social, autorizada por el Notario de Lleida, Sr ....., el 18 de enero de 2006, bajo el número 253 de su protocolo notarial, así como otra de compraventa de participaciones sociales, autorizada por el Notario de Lleida el 31 de marzo de 2006, bajo el número 1325 de su protocolo, la peticionaria de la auditoría ha acreditado su condición de socia por ostentar la propiedad de un número de participaciones sociales que, además, la legitiman para el ejercicio del derecho a la verificación contable. Esta legitimación no ha sido desvirtuada por la sociedad que se ha limitado a negar su condición de socia sobre la base de unos tratos preliminares con los demás socios de la compañía en torno a una futura

adquisición de sus participaciones. Tal como se deduce del artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital solo la escritura pública que documente el acto transmisivo, puede acreditar la perdida de la condición de socio, lo que, en el caso presente, no ha ocurrido *(cfr.* art. 106 de la Ley de Sociedades de Capital)

2.º Tampoco pueden prosperar las restantes alegaciones formuladas por la sociedad, dado que como indicó la Registradora Mercantil en el acuerdo recurrido y en relación con la inexpresión de la causa de la solicitud, en las sociedades que pueden presentar sus cuentas en forma abreviada en el Registro Mercantil, no es preciso que los socios minoritarios que soliciten el nombramiento registral de auditor de cuentas en base al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, indiquen en su instancia cual es la causa de la petición, dado que ésta es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa.

3.º Por último, 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 *(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 don ....., administrador solidario de «Habitat Varsovia, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Lleida el 21 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, 22 de junio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Lleida.

Resolución de 22 de junio de 2012 (2.ª)

En el expediente 142/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Vins i Divins, S.L.»

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 22 de febrero de 2011 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 «Pacam Electrónica, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2008.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad ésta no presentó oposición dentro del plazo de cinco días previsto en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil

III

La Registradora Mercantil número VII de Barcelona, el 7 de abril de 2011, tras señalar que la solicitante reunía las condiciones de capital y tiempo legalmente previstas, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que, conforme a la doctrina mantenida por la Dirección general de los Registros y del Notariado, concurriendo en la solicitante la condición de administradora solidaria, surge una incompatibilidad para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, pues durante la vigencia de su nombramiento como administrador pudo contratar por sí misma los servicios profesionales de un auditor de cuentas, lo que no habría podido hacer si fuera administradora mancomunado, dado que en este último caso habría tenido que contar con el consentimiento de los demás socios. Consecuentemente, no puede prosperar la pretensión de la solicitante, pues no se estima conforme a derecho desencadenar una actividad judicial, administrativa o registral para obtener lo que está en la capacidad y en la esfera de actuación personal de quien lo solicita.

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 el 30 de julio de 2009, se celebró ante el Notario de Masnou, don ....., Junta Universal de la compañía, levantándose acta notarial de dicha reunión, en la que se acordó el estudio de la situación económico financiera de la sociedad y aprobación de las cuentas anuales del ejercicio anterior. 2.º) Que en esa misma reunión se acordó la remoción de su cargo como administradora solidaria de la empresa y se nombró administradores solidarios a los tres restantes socios. 3.º) Que los actuales administradores no han cumplido los acuerdos alcanzados y, a pesar de los innumerables requerimientos de la solicitante, no contrataron los servicios de un auditor de cuentas. 4.º) Que la falta de depósito de cuentas de los ejercicios 2008, 2009 y 2010, conlleva el cierre de la hoja registral de la sociedad, por lo que no han podido ser inscritos los actuales cargos de administradores no, obviamente, el cese de la solicitante. Adjuntaba a su escrito copia simple del Acta de notarial referenciada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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, 1 y 2 de septiembre y 5 de octubre de 2010.

Solo una cuestión plantea el presente recurso: la de determinar si la socia minoritaria en quien concurre, según el Registro, la condición de administradora solidaria puede solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor cuentas.

Sobre esta cuestión esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le atribuye por su condición de socio de la compañía. Esta incompatibilidad solo se daría si hubiera administrado con carácter exclusivo los asuntos sociales o si fuera administrador solidario, pues en estos supuestos habría podido contratar voluntariamente los servicios profesionales de un auditor como un acto propio de la gestión social de la empresa, lo que no ocurriría si fuera administrador mancomunado, dado que en este último supuesto habría tenido que contar con el consentimiento de los demás administradores *(cfr.* art. 1692 del Código Civil).

En el caso presente, no puede prosperar la pretensión de la recurrente, dado que, en primer lugar, el cierre de la hoja registral de la sociedad por falta de depósito de cuentas no alcanza al cese o dimisión de los administradores sociales, como se deduce de una simple lectura del número 1 del artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil. En segundo lugar, siendo este un derecho que se ejerce en sede registral para solicitar una actuación reglada del Registrador Mercantil, éste debe pronunciar su decisión en base a los documentos presentados antes de adoptarla y/o en base a los asientos del propio Registro, siendo ese el momento oportuno –el de la presentación de la instancia o el del tiempo de la subsanación de ésta –para aportar los documentos acreditativos de las circunstancias de los solicitantes, no con posterioridad a la resolución y en esta instancia de alzada. Más aún si se tiene en cuenta que la constancia registral del cese como administradora solidaria interesa sobre todo a la socia que se encuentra en dicha situación, pues solo así será público que ha quedado exenta de las responsabilidades propias de este cargo.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ....., solicitante de la auditoría de cuentas, y confirma, en todos sus extremos, la resolución dictada por la Registradora Mercantil número VII de Barcelona el 7 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, 22 de junio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil número VII de Barcelona.

Resolución de 2 de julio de 2012

En el expediente 144/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Raxovercon, S.A.».

HECHOS

I

D ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Pontevedra, el 30 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Raxovercon, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010. Adjuntaba a su instancia fotocopia de la escritura de aumento de capital social de la compañía, autorizada por el Notario de Sanxenxo, don ....., bajo el número 1539 de su protocolo.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ..... y don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que existe un acuerdo anterior con la sociedad auditora «AOB Auditora Operativa Barcino, S.L.» para que verifique la contabilidad del ejercicio 2010. Adjuntaba a su escrito copia de la carta de encargo de 28 de marzo de 2011.

III

La Registradora Mercantil de Pontevedra, con fecha 14 de abril de 2011, 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, no concurre el requisito de anterioridad pues la carta de encargo de 28 de marzo de 2011 no puede oponerse a terceros por tratarse de un documento privado que no cumple las condiciones requeridas por el artículo 1227 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 que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que en las sociedades no obligadas a la verificación contable no es precisa la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas en el Registro Mercantil y, asimismo, estando dicha auditoría en curso difícilmente puede ponerse a disposición del solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 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 265.2 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 el documento que presentó junto con el escrito de oposición a la solicitud con el que pretende acreditar la previa existencia de la auditoría de cuentas, carece de fecha fehaciente por tratarse de un documento privado *(cfr.* art. 1227 del Código Civil) siendo así que la primera fecha que puede hacer prueba frente a terceros es la de entrada en el Registro Mercantil de Pontevedra el 12 de abril de 2011 y, por tanto, con posterioridad a que el socio minoritario hubiera presentado su instancia solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ..... y don ....., administradores mancomunados de «Raxovercon, S.A.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Pontevedra el 14 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, 2 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 4 de julio de 2012 (1.ª)

En el expediente 148/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Instituto de Medicina y Cardiología, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 24 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Instituto de Medicina y Cardiología, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011. Adjuntó a su instancia primera copia de escritura de compraventa de participaciones sociales, otorgada el 31 de enero de 2005 por el Notario de Barcelona, don ....., actuando como sustituto su compañero don ..... bajo el número 496 de su protocolo notarial, en el que costa que la solicitante compró 36 participaciones sociales, números 32 a 67 ambos exclusivos.

II

La sociedad, a través de su representante, don ..... y don ....., en calidad de Presidente y Secretario del Consejo de Administración social, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que el 15 de marzo de 2011 se remitió certificación del Consejo de Administración de la sociedad a la empresa «Uniaudit JRP Auditores, S.L.» solicitando la realización de una auditoría de cuentas para el ejercicio 2010, recibiendo aceptación del encargo por parte de la firma auditora. De este modo se cumple el primer requisito exigido por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, puesto que dicho nombramiento es anterior a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil. Asimismo, una vez que la sociedad disponga del informe de auditoría, lo pondrá a disposición del socio de forma inmediata. Adjuntaba a su escrito escritura de elevación a público del certificado de acuerdos sociales, otorgada el 19 de febrero de 2009, ante el Notario de Barcelona, don ....., bajo el número 410 de su protocolo.; escrito de fecha 15 de marzo de 2011 de don ..... y don ....., en calidad de Presidente y Secretario del Consejo de Administración social, en el que por acuerdo del Consejo de Administración, se solicitan los servicios profesionales de la precitada entidad auditora; y un escrito de 16 de marzo de 2011 de don ....., en representación de «Uniaudit JRP Auditores, S.L.», aceptando el encargo de auditoría de cuentas.

III

El Registrador Mercantil número I de Barcelona, con fecha 11 de abril de 2011, 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, los escritos de designación y aceptación por parte del auditor de cuentas carecen de fecha fehaciente anterior a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil, toda vez que la primera que puede hacer prueba frente a terceros es la de entrada el Registro Mercantil el 6 de abril de 2011, junto con el escrito de oposición a la solicitud. Por tanto esta auditoría no es previa a la solicitud de la minoría. En cuanto al perjuicio económico que puede causar a la sociedad, debe señalarse que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone, con carácter taxativo y sin que quepa margen interpretativo alguno, que los gastos que la auditoría comporta, deben correr siempre a cargo de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentra.

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

El 6 de julio de 2011 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil número I de Barcelona al que adjuntó un escrito de la solicitante de la auditoría de cuentas, renunciando a su solicitud y a la verificación contable del ejercicio 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección general ha resuelto aceptar de plano la renuncia presentada por doña ....., solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil «Instituto de Medicina y Cardiología, 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, 4 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número I de Barcelona.

Resolución de 4 de julio de 2012 (2.ª)

En el expediente 146/2011 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 Madrid, el 22 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital 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 2010.

II

La sociedad, a través de su representante, don ....., como Presidente del Consejo de Administración de la sociedad, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que el Consejo de Administración de la sociedad procedió a nombrar auditor de cuentas externo a la entidad mercantil «Fisa Auditores, S.A.». Adjuntaba a su escrito certificación, de 16 de diciembre de 2010, firmado por don ....., en representación de la firma auditora, aceptando el encargo de auditoría.

III

El Registrador Mercantil número XVII de Madrid, el 4 de abril de 2011, acordó conceder a la sociedad el plazo improrrogable de diez días para que acreditara que el derecho del socio había quedado ineludiblemente garantizado, mediante la inscripción del nombramiento, mediante la puesta a disposición del socio del informe de auditoría o mediante la incorporación al expediente. A dicho requerimiento la sociedad contestó mediante escrito de 15 de abril de 2011, al que adjuntó el informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2010.

IV

Por resolución de 25 de abril de 2011, el Registrador Mercantil número XVII de Madrid, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Mantuvo que, aun cuando el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, 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. En el caso presente, tanto el nombramiento de auditor de cuentas como la aceptación por parte de éste fueron previos a la presentación de la instancia del socio minoritario en el Registro Mercantil y, al haberse aportado al expediente el informe de auditoría ha quedado garantizado su derecho.

V

Contra dicha resolución el socio minoritario y solicitante de la auditorá de cuentas, don ....., en nombre y representación de la entidad mercantil «Drip, S.A.» interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis: 1.º) Que dadas las irregularidades cometidas en la convocatoria de la Junta General, la entidad mercantil solicitante impugnó los acuerdos adoptados ante el Juzgado de lo Mercantil número 10 de ..... que abrió el procedimiento ordinario 178/2009. En dicho procedimiento recayó la sentencia de 23 de septiembre de 2010, estimando la demanda interpuesta por la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas. 2.º) Que en el Acta del Consejo de Administración de 16 de diciembre de 2010 consta el nombramiento de auditor de cuentas por este órgano social, lo cual resulta contrario a la buena fe y supone, de por sí, abuso de derecho, dado que la Ley de Sociedades de Capital dispone que el nombramiento de auditores correrá a cargo de la Junta general de socios *(cfr.* arts. 160, 263 y 264 de la Ley de Sociedades de Capital). 3.º) Que estos hechos revelan una indudable maniobra de la empresa para eludir la oposición de la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 Como cuestión previa se ha de señalar que en las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable por poder presentar sus cuentas en el Registro Mercantil en forma abreviada, el órgano de administración social o los administradores sociales pueden proceder al nombramiento de auditor de cuentas para verificar las correspondientes a un determinado ejercicio económico, si lo consideran conveniente para la marcha de la empresa, por tratarse de un acto cuya naturaleza se incardina en la de los actos de gestión o administración, siendo así que las normas de la Ley de Sociedades de Capital solo configuran esta obligación para las sociedades obligadas a presentar sus cuentas junto con el informe de un auditor de cuentas.

2.º En cuanto a la auditoría voluntaria contratada por la sociedad, se ha de confirmar por ajustada a derecho por el Registrador Mercantil número XVII de Madrid, dado que la sociedad acreditó el cumplimiento de las dos condi-

ciones exigidas por esta Dirección General pues, por una parte, la contratación de la auditoría de cuentas tuvo lugar el 16 de diciembre de 2011, es decir, con anterioridad a que el socio minoritario presentara su instancia en el Registro Mercantil el 22 de marzo de 2011 y, por otra parte, ha quedado garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2010. Por tanto, en esta ocasión, ha quedado enervado el derecho del socio al nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil.

3.º Por último, respecto a las maniobras espurias que el solicitante atribuye a la sociedad, se ha de recordar que el limitado ámbito de conocimiento atribuido por el Reglamento del Registro Mercantil 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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de la entidad mercantil «Drip, S.A.» solicitante de la auditoría de cuentas para «AMT Disperf, S.L.», y confirmar, en todos sus extremos, el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XVII de Madrid, el 25 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, 4 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XII de Madrid.

Resolución de 5 de julio de 2012 (1.ª)

En el expediente 223/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Construcciones, Reformas y Contratas G.M.G, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil Las Palmas, el 26 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 5% del capital social de «Construcciones, Reformas y Contratas G.M.G, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009.

II

Notificada la sociedad de dicha solicitud, mediante carta certificada con acuse de recibo al domicilio señalado por el solicitante en su instancia, ésta fue devuelta por el Servicio de Correos con la indicación «desconocido». Advertido el interesado por el Registrador Mercantil de dicha devolución éste cursó su solicitud a la sociedad por conducto notarial, a fin de que la sociedad pudiera ejercer su derecho de oposición, reconocido en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

Notificado el administrador único de la sociedad, don ....., de dicha solicitud por conducto notarial, el 17 de mayo de 2010 y trascurrido el plazo de cinco días establecido en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, la sociedad no se opuso al nombramiento registral de auditor de cuentas.

IV

El Registrador Mercantil de Las Palmas, con fecha 28 de mayo de 2010 acordó estimar la solicitud formulada, designando auditor de cuentas a don ..... que aceptó el cargo el 11 de junio de 2010.

V

El 16 de junio de 2010 tuvo entrada en el Registro Mercantil de Las Palmas un escrito firmado por el administrador único de la sociedad oponiéndose al nombramiento de auditor de cuentas en base a los siguientes alegaciones: 1.º) Que la sociedad no recibió ninguna notificación del Registro Mercantil en la que comunicara la presentación de la solicitud de auditoría de cuentas, presentada por el socio minoritario el 26 de marzo de 2010, circunstancia que habría sido la apropiada y la legalmente prevista. 2.º) Que resulta sorprendente que el propio solicitante hubiera acudido a la Notaría para notificar a la sociedad la presentación de su instancia en el Registro Mercantil, así como la comunicación realizada por el Registro a la sociedad. 3.º) Que también sorprende como después de 48 días dicho escrito, nunca notificado a la sociedad, caiga en manos del solicitante para ser remitido por él. 4.º) Que en dicho comunicado notarial se remite junto a una copia del comunicado del Registro y la legitimación notarial de su firma, una copia de la solicitud que no es la misma

a la que hace referencia el comunicado registral con la verdadera solicitud registrada el 26 de marzo de 2010, siendo un grave intento de engaño por parte del interesado. 5.º) Que es importante resaltar que el solicitante de la auditoría ha sido administrador de la sociedad y conoce perfectamente el domicilio social de ésta. Y, asimismo, que se ha procedido al nombramiento de auditor de cuentas sin la preceptiva notificación a la sociedad de la presentación de la solicitud. 6.º) Que fueron tres las instancias presentadas y la que se hizo llegar a la sociedad por vía notarial fue distinta de la presentada en el Registro Mercantil.

VI

El Registrador Mercantil de Las Palmas, con fecha de 21 junio de 2010, resolvió no acceder a la oposición. Mantuvo que el solicitante presentó en el Registro Mercantil la instancia solicitando el nombramiento de auditor 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 del artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil, es decir, el 26 de marzo de 2010. Si bien es cierto que, como resulta de la documentación que consta en el expediente, dos solicitudes son idénticas y en ambas se designa como domicilio social la Avenida de Carlos V, número 47, en Carrizal de Ingenio, y en una de ellas figuran los datos de presentación del documento en el Registro Mercantil y otra solicitud figura como domicilio el mismo que consta en el Registro Mercantil, el de la Calle Campoamor número 15 en Ingenio, siendo idéntico lo solicitado en cada uno de los ejemplares, es decir, que se designe auditor de las cuenta anuales del 2009. Como consecuencia de no haberse podido notificar a la sociedad la presentación de la instancia en el domicilio de la Avenida de Carlos V, número 47, se resolvió, como diligencia para mejor proveer, requerir al interesado para que, por conducto notarial y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil, es decir, por cualquier medio que permita dejar constancia de su recepción, se le haga saber al Administrador de la sociedad la presentación de dichos documentos, a fin de que ejerza su derecho a oponerse, lo que así ocurrió con fecha de 17 de mayo de 2010, según consta en la diligencia de notificación. A la vista de lo anterior se procedió a nombrar auditor de cuentas, al no haberse presentado oposición de la sociedad en el plazo indicado, no produciéndose indefensión alguna en la sociedad, ya que si no ejercitó su derecho a oponerse no fue por falta de notificación fehaciente. En relación a los argumentos esgrimidos por la sociedad en el apartado sexto del escrito de oposición, que como ya estableció la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 6 de mayo de 1991, el Registrador no puede entrar a dilucidar las actitudes y conflictos de índole personal que puedan existir entre los socios, o entre éstos y los administradores de la sociedad, por ser cuestiones que escapan al ámbito de la calificación registral, de conformidad con los artículos 6 y 58 del Reglamento del Registro Mercantil. Y respecto a la condición de administrador del socio solicitante de la auditoría, que como también ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado en diferentes Resoluciones, entre otras, las de 28 de mayo de 1991, 15 de octubre de 1993, 17 de mayo de 1995 y 21 de enero de 2003, la condición de administración solidario que ostentó el solicitante no le impide el ejercicio de un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio; esto solo ocurriría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales, pues en este caso habría podido contratar los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración. En el caso que nos ocupa resulta que en la Junta General Universal de la sociedad, celebrada el 14 de octubre de 2009, el socio interesado en la auditoría renunció a su cargo de administrador solidario, no teniendo facultades de administración a partir de esa fecha.

VII

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, solicitando, sobre la base de los defectos formales cometidos en el procedimiento, la anulación de todo lo actuado. 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, 8 de junio y 24 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 1 de septiembre de 2010, 2 y 5 de octubre de 2011.

1.º El presente expediente plantea diversas cuestiones de carácter formal que han de ser sucesivamente dilucidadas en esta resolución. La primera de ellas es la relativa a la notificación de la solicitud de auditoría a la sociedad y la petición de esta última de anular el procedimiento sobre la base de que dicha notificación no se ha realizado en la forma prevista en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Pues bien, dicha pretensión no puede prosperar, dado que el artículo 59 de la precitada ley prevé la posibilidad de utilización de cualquier «medio adecuado que permita dejar constancia de su recepción» por el interesado –en este caso, la sociedad– lo que, en modo alguno, excluye la notificación notarial de la pretensión de auditar las cuentas anuales de 2009 por auditor nombrado por el Registrador Mercantil, mediante el traslado de uno de los tres ejemplares de la instancia, porque, en definitiva, se trata de que la sociedad afectada pueda –como lo ha hecho– ejercitar el derecho a oponerse que le reconoce el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil cumpliendo, asimismo, con la prohibición de indefensión en el procedimiento que se desprende del artículo 24 de la Constitución, de tal manera que, como resulta de la documentación que consta en el expediente, la sociedad conoció sobradamente la existencia del procedimiento iniciado por la minoría.

2.º La segunda cuestión procedimental planteada se centra en determinar si fue o no procedente la designación de auditor de cuentas por el Registrador

Mercantil, una vez notificada la sociedad y transcurrido el plazo de cinco días previsto. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido que antes de proceder a la designación de auditor de cuentas el Registrador Mercantil debe dictar una resolución declarando la procedencia o improcedencia del nombramiento solicitado y, tanto si existe oposición como si no, debe entrar de oficio a conocer las cuestiones planteadas en el expediente, entre ellas la de si el socio minoritario reunía las circunstancias de capital y tiempo exigidas por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas –vigente cuando se solicitó el nombramiento– y las posibles causas obstativas a la misma, derivadas del propio Registro. Todo ello con el fin de que las partes tengan la posibilidad de recurrirla ante este Centro Directivo y una vez firme la resolución, proceder a la designación de auditor de cuentas.

No obstante lo anterior, este defecto procedimental tampoco ha originado indefensión en la sociedad, dado que con posterioridad mediante los escritos de alegaciones de 17 de junio de 2010 y de interposición del recurso de alzada ha podido exponer holgada y ampliamente las razones que le llevan a oponerse y a recurrir la solicitud, siendo todas ellas valoradas por este Centro Directivo que, conforme a lo previsto en el artículo 113.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común debe entrar de oficio en todas las cuestiones planteadas en el expediente.

Por tanto, no procede acceder a la petición de nulidad de actuaciones instada por la sociedad recurrente, en virtud del principio de economía procesal que impone la conservación de los actos administrativos siempre que contengan los requisitos mínimos e imprescindibles para alcanzar su fin, siendo así que en el expediente que nos ocupa hubo una solicitud notificada notarialmente a la sociedad el 17 de mayo de 2010 y once días después de la misma, una resolución registral designando auditor de cuentas que el interesado impugnó, debiendo advertirse a la sociedad que el procedimiento registral es claro y tajante cuando señala en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil que «transcurrido el plazo de oposición sin haberse planteado ésta o, en otro caso, firme la resolución del Registrador, procederá éste al nombramiento solicitado».

3.º Respecto a las cuestiones de fondo planteadas, la primera de ellas hace referencia a la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador solidario. Sobre esta cuestión este centro Directivo ha mantenido que dicha concurrencia no ha de impedir que el peticionario de la auditoría de cuentas pueda ejercer los derechos que la ley le reconoce por su condición de socio, sino que esta incompatibilidad solo existiría si se hubiera ocupado en exclusiva de los asuntos sociales por ser administrador único o si fuera administrador solidario pues en este caso habría podido contratar por si mismo los servicios de un auditor, si lo hubiera creído conveniente para la buena marcha de la empresa, lo que no habría podido hacer si la administración fuera mancomunada, dado que en este caso habría tenido que contar con el acuerdo de los demás *(cfr.* art. 1692 del Código Civil).

En el caso presente, el solicitante, meses antes del cierre del ejercicio social cuya auditoría pretende y, por supuesto, con anterioridad a la presentación de su instancia en el Registro Mercantil, cesó en su cargo de administrador solidario por lo que no existe obstáculo alguno para que pueda ejercer el derecho que le reconoce el antiguo artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital). Además, siendo ésta una excepción al derecho a solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, regulado en el precitado artículo, no es susceptible interpretación extensiva.

4.º Por último, los conflictos que puedan existir entre los socios y los administradores sociales no pueden dilucidarse en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, dado lo limitado de la *cognitio* que tiene atribuido. En todo caso, dichas cuestiones deberán ser planteadas y resueltas por la jurisdicción civil ordinaria

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador solidario de «Construcciones, Reformas y Contratas G.M.G, S.L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Las Palmas de 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, 5 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Las Palmas.

Resolución de 5 de julio de 2012 (2.ª)

En el expediente 147/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Appeyron Research, S.A., en liquidación»

HECHOS

I

Don ....., don ....., doña ..... y don ..... presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 14 de febrero de 2010 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley

de Sociedades de Capital y como titulares de más del 5% del capital social de «Appeyron Research, S.A., en liquidación» la designación de un auditor para que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador concursal, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis. 1.º) Que, si bien no se niega la legitimación de los solicitantes, no resulta aplicable el régimen de verificación de cuentas anuales durante el periodo de la liquidación de una sociedad concursada. 2.º) Que, dado que el procedimiento concursal de dicha sociedad se abrió durante la fase de liquidación y que está prevista la apertura de plicas para proceder a la venta judicial de los bienes sociales el próximo 18 de mayo de 2011, no se deben cumplir los deberes de información contable previstos en la Ley de Sociedades de capital. 3.º) Que el artículo 46.1 de la Ley Concursal, exime a la sociedad concursada de la obligación de auditar las primeras cuentas anuales mientras esté en funciones la administración concursal. 4.º) Que, además de lo anterior, la tesorería es insuficiente y el patrimonio durante el primer año a partir de la declaración de concurso. 5.º) Que una vez realizada la venta de todos los activos y, por tanto, concluido el proceso, será el momento oportuno para la rendición de cuentas.

III

El Registrador Mercantil número III de Barcelona, con fecha 11 de abril de 2011, resolvió no acceder a la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que los solicitantes reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que, de conformidad con la doctrina sentada al respecto por a Dirección General de los Registros y del Notariado, en las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable es posible ejercitar el derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, con base en la naturaleza esencialmente reversible, ya que la personalidad jurídica subsiste también durante la fase de liquidación, en tanto no se haya procedido al reparto del activo entre los socios y cancelado los asientos en el Registro los asientos referentes a la sociedad extinguida. Añadió que no pueden concebirse los informes de la administración concursal como sustitutivos del balance final de la liquidación establecidos en la Ley Concursal como una especie de sustitutivo del informe de auditoría de cuentas, puesto que la finalidad del concurso es alcanzar la satisfacción de los acreedores, para cuya consecución elaborará un informe que ayudará a alcanzar una exhaustivo conocimiento de la situación patrimonial del deudor a través del conocimiento de la masa del pasivo y del activo de la sociedad. Del mismo modo, administrador concursal y auditor de cuentas son figuras no identificables ni por su personalidad ni por las condiciones de su nombramiento ni por sus funciones. Finalizó su resolución rechazando el resto de las alegaciones de la sociedad, puesto que en cuanto a los gastos de auditoría, el legislador ha querido que éstos corran siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de su situación económica. En cuanto al supuesto conocimiento que el Juez de lo Mercantil debe tener de todas las cuestiones relativas al concurso, no existe disposición legal o reglamentaria que prevea esta intervención judicial, sin perjuicio de que las partes puedan dar cuenta de lo que tengan por conveniente.

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 y alegando: 1.º) Que por la mera apertura de la liquidación no se deben cumplir los deberes de información contable que rigen, con carácter general para las sociedades, dado que la ley sustituye estas obligaciones por la de presentar un balance final de liquidación. 2.º) Que el artículo 46.1 de la Ley Concursal determina la exención de la obligación de auditarse para las sociedades obligadas, cuando dicho precepto no establece diferencia alguna, siendo así que la doctrina ha asimilado a estas sociedades aquellas que no tienen la obligación de auditar sus cuentas anuales, siempre que se trate de las primeras cuentas que se formulan a partir de la declaración del concurso. 3.º) Que a mayor abundamiento, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de cuentas ha mantenido en su resolución número 2 del BOIAC número 12 una posición claramente distinta a la sentada por el registrador mercantil en la resolución recurrida. Es más, se exime a todas las sociedades de la obligación de someter a auditoría sus primeras cuentas anuales, mientras ejerza sus funciones la administración concursal. 2.º) Que el Registrador Mercantil pone en tela de juicio el nombramiento de la administración concursal por cuanto que solo se aportó fotocopia del auto declarando el concurso. Para solventar dicho escollo se adjunta el auto original declarando el concurso y nombrando administrador judicial. 3.º) Que, en atención a lo expuesto, no sería de recibo para la sociedad tener que afrontar el pago de honorarios de un auditor de cuentas nombrado por el 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, 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 la de 1 de junio de 2011.

1.º Procede confirmar, en todos sus extremos, los fundamentos de derecho de la resolución recurrida. En efecto, como indicó el Registrador Mercantil de Barcelona, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que, en fase de liquidación de la sociedad es posible ejercitar el derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, puesto que la personalidad jurídica de la sociedad subsiste, dada la naturaleza esencialmente reversible de esta fase de liquidación, de tal manera que la sociedad subsiste (e incluso los socios pueden acordar su reactivación) en tanto no se paguen las deudas de los acreedores, se reparta el activo sobrante entre los socios, y se cancelen en el Registro Mercantil los asientos correspondientes a la sociedad extinguida.

2.º Por lo que se refiere al artículo 46.1 de la Ley Concursal, su ámbito material se refirió a las sociedades que no pueden presentar en el Registro

Mercantil sus cuentas en forma abreviada y que, por tanto, están obligadas a presentar, junto con estas, el informe de auditoría. Así se desprende del tenor literal del precitado artículo que inicia la regulación manteniendo que «declarado el concurso, subsistirá la obligación de formular y la de auditar las cuentas anuales». Dicha obligación de auditar solo concierne *a priori* a las sociedades indicadas, siendo importante recordar al recurrente que la precitada excepción de auditoría prevista para las primeras cuentas anuales formuladas tras la declaración judicial de concurso, ha sido suprimida en la nueva redacción del artículo 46, efectuada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

En definitiva, es posible ejercitar el derecho que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital reconoce a los socios minoritarios durante el periodo concursal, puesto que la declaración del concurso tampoco supone extinción de la personalidad jurídica de la sociedad, en tanto no se declare por el Juez de lo Mercantil en la correspondiente declaración judicial.

3.º Los gastos que la auditoría comporta corren siempre a cargo de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre, por establecerlo taxativamente y sin dejar margen interpretativo alguno, el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital,

4.º Finalmente, para solicitar el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas y para obtenerlo, no es precisa la autorización del Juez de lo Mercantil que conoce del concurso, dado que este derecho se ejercita en sede registral y no está supeditado a ninguna otra condición que las previstas en el propio artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Todo ello, sin perjuicio de que el informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2010 deba formar parte de la documentación que el administrador concursal debe aportar al juez que conoce del concurso.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador concursal de «Appeyron Research, S.A., en liquidación», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número III de Barcelona el 11 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, 5 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número III de Barcelona.

Resolución de 5 de julio de 2012 (3.ª)

En el expediente 150/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Oleovigo, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... y don ..... y doña ..... presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Pontevedra el 30 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil como titular de más del 5% del capital social de «Oleovigo, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010. Adjuntaban a su escrito la escritura de constitución de la sociedad, autorizada por el Notario de Vigo, don ....., bajo el número 2798 de su protocolo notarial, en la que don ....., casado en régimen de gananciales con doña ..... suscribió 120 participaciones sociales de la citada entidad mercantil; certificado de defunción de don ....., expedido por el Registro Civil de Vigo el 19 de abril de 2007; acta de declaración de heredero abintestato de 13 de junio de 2007, autorizada por el Notario de Vigo, don ....., sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria de doña .....; y escritura de aceptación y adjudicación de la herencia de 31 de agosto de 2007, autorizada por el Notario de Vigo, don .....

II

La sociedad, a través de su administrador, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la sociedad cesó en su actividad el 31 de julio de 2010 y la facturación de dicho ejercicio ascendió a 2077,73 euros. 2.º) Que como consecuencia de ello, el nombramiento de auditor de cuentas generó unos honorarios imposibles de asumir por parte de la sociedad. 4.º) Que la sociedad considera innecesario dicho nombramiento, puesto que toda la información está a disposición de los solicitantes de la auditoría.

III

La Registradora Mercantil de Pontevedra, con fecha 11 de abril de 2011, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, por entender que la sociedad desde su constitución como sociedad limitada quedó sujeta a las obligaciones y normas reguladoras propias de este tipo social hasta que no se produzca su extinción y, por tanto, su inactividad no excluye, en consecuencia, la obligación de auditar. Quien juzga la necesidad y conveniencia de realizar la auditoría es el socio solicitante y no la sociedad. Y, por último, en cuanto a los gastos que la auditoría de cuentas comporta, el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone taxativamente que éstos corren siempre a cargo 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

formuladas en 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 24 de marzo de 2010.

Las alegaciones que formula la sociedad recurrente se reducen a una sola cuestión: la de determinar si el motivo de oposición alegado, relativo a sus dificultades económicas por falta de actividad para costear los gastos de la auditoría, puede o no enervar el derecho de los socios minoritarios al nombramiento registral de auditor.

Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido la doctrina, conforme a la cual el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen interpretativo alguno cuando dispone que los gastos que la auditoría comporta corren siempre a cargo de la sociedad. Dado que dicho precepto tampoco contempla ninguna excepción a esta obligación de la empresa afectada por la solicitud de nombramiento registral de auditor, se ha de concluir que ni su falta de actividad comercial, ni la mala situación económica por la que atraviesa la empresa, incluso en el supuesto de ser reales, pueden impedir el ejercicio del derecho de los socios minoritarios a la verificación contable del ejercicio 2010.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador de «Tuercas Sagarra, S.A.L.» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Pontevedra el 11 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, 5 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 9 de julio de 2012

En el expediente 151/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Nuevo Turismo, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca el 28 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de lo dispuesto en los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas sociales correspondientes al ejercicio 2009 de la sociedad «Nuevo Turismo, S.L.»Adjuntaba a su escrito copia simple de escritura de constitución de la sociedad, otorgada el día 3 de abril de 1992 ante el Notario de Palma de Mallorca, don ....., bajo el número 1561 de su protocolo; y copia simple de la escritura de compraventa de participaciones sociales, autorizada el 15 de septiembre de 1993 por el mismo Notario de Palma de Mallorca.

II

Notificada la sociedad de dicha instancia por el Registrador Mercantil, las tres notificaciones intentadas resultaron infructuosas, por lo que no presentó oposición al nombramiento de auditor de cuentas solicitado por la minoría.

III

El Registrador Mercantil de Palma de Mallorca, con fecha 2 de mayo de 2011, tras señalar que la falta de oposición por parte de la sociedad no exime al Registrador Mercantil de dilucidar de oficio las cuestiones planteadas, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, puesto que la instancia solicitando el nombramiento indicó el ejercicio 2009, aún cuando estaba fundada en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Ni legal ni reglamentariamente se exige la determinación del ejercicio a auditar en la solicitud, siendo así que, aún cuando no hiciera referencia al ejercicio a auditar, conforme a lo dispuesto en el artículo 360 del Reglamento del Registro Mercantil, debería entenderse formulada para verificar el último ejercicio vencido que es el ejercicio 2010. Ahora bien, habiendo solicitado expresamente la auditoría para el ejercicio 2009 se ha de mantener que la instancia se ha presentado fuera de plazo.

IV

Contra dicha resolución don ..... del nombramiento, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que con fecha 28 de marzo de 2011 presentó su instancia por triplicado solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas. 2.º) Que en la instancia por la que solicitó el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador

Mercantil se deslizó un error material respecto al ejercicio económico a auditar. 3.º) Que la resolución recurrida no solo vulnera el espíritu de la Ley, sino también que contraviene otras decisiones anteriores del Registrador Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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.

El presente recurso plantea una cuestión no solo de carácter formal, sino también de carácter sustantivo y es la relativa al propio ejercicio del derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y a las condiciones para su ejercicio. El nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil a instancia de la minoría cumple en nuestro Ordenamiento jurídico la finalidad de garantizar al socio que lo solicita un conocimiento completo y veraz de la contabilidad social durante un determinado ejercicio, plasmado en un informe de auditoría realizado por un profesional de esta actividad, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas y ajeno a la empresa. Dicho precepto legal sujeta el ejercicio del derecho a las condiciones de capital y tiempo y, respecto de esta última, cuando relaciona el ejercicio económico con el plazo improrrogable de tres meses contados desde su cierre para ejercitar el derecho, esta disponiendo, de manera taxativa, sin que quepa margen interpretativo alguno, no solo a qué ejercicio social se refiere, sino también el *dies a quo* y el *dies ad quem* para presentar la instancia solicitando al Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas, diseñando, en definitiva, un plazo de caducidad procesal de tres meses que va indisolublemente unido al último ejercicio económico de la sociedad. Por tanto, en el caso presente, se ha de confirmar el fundamento de derecho de la resolución recurrida, dado que en el modelo de instancia por triplicado el solicitante instó la auditoría de cuentas para el 2009, siendo así dicha instancia extemporánea.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., solicitante de la auditoría de cuentas para de «Nuevo Turismo, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Palma de Mallorca de 2 de mayo 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, 9 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Palma de Mallorca.

Resolución de 10 de julio de 2012 (1.ª)

En el expediente 117/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Zeus Novias, S.L.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Huelva el 19 de abril de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% de «Zeus Novias, S.L.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales del ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de sus administradoras, doña ..... doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante de la auditoría de cuentas ha tenido y tiene a su disposición los documentos contables de la sociedad, sin necesidad de acudir al Registrador Mercantil para que nombre auditor de cuentas. 2.º) Que el nombramiento de auditor de cuentas causará a la sociedad unos gastos que no podrá abordar, dada la difícil situación económica en que se encuentra. 3.º) Que la gestión de la sociedad se ha llevado conforme a lo establecido en la legislación vigente.

III

La Registradora Mercantil de Huelva, con fecha 19 de abril de 2011, acordó estimar la solicitud, dado que el socio minoritario reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, sin que las alegaciones vertidas por la sociedad puedan enervar su derecho al nombramiento de auditor que solicitó, dado que respecto a la causa de la petición, conforme a la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en las sociedades no sujetas a la obligación de verificación contable, la causa es siempre

y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Las consideraciones de la sociedad sobre los gastos de la auditoría tampoco pueden enervar el derecho del solicitante, puesto que por expresa disposición del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, los gastos que la auditoría comporta siempre corren de cuenta de la sociedad, sin importar 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 todos los argumentos expuestos en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidos en la presente instancia sin necesidad de repetición.

V

Con fecha 11 de junio de 2011, don ..... y doña ..... enviaron por correo certificado al Registro Mercantil de Huelva un escrito desistiendo, respectivamente, del nombramiento de auditor de cuentas solicitado por el socio minoritario y del recurso de alzada interpuesto por la sociedad contra la resolución de la Registradora Mercantil de ..... de 29 de abril de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.1 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 don ..... para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2010 de «Zeus Novias, S.L.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, 10 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Huelva.

Resolución de 10 de julio de 2012 (2.ª)

En el expediente 156/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Confort Glass, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro de Valencia, el 30 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Confort Glass, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión, alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad está participada al 100% por él mismo, por lo que es imposible que la solicitante esté legitimada para ejercer el derecho a la verificación contable. Si bien es cierto que se instó por la Sra. ..... el procedimiento de liquidación de gananciales dicho procedimiento ha sido archivado por falta de interés de la solicitante en seguir el procedimiento. 2.º) Que a mayor abundamiento la sociedad desarrolla su actividad en las oficinas del grupo de empresas familiares que son «Metalpax, S.L.», «Cristalerías Chornet, S.L.» y «Promociones Corner, S.L.». La constitución de dichas empresas fue realizada por la solicitante de la auditoría de cuentas y por el firmante del escrito, vigente el matrimonio en régimen de gananciales. 3.º) Que la liquidación de dicha sociedad se está tramitando ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alzira, a excepción de la mercantil «Confort Glass, S.L.» que como ya se ha indicado, es unipersonal y hasta que no se haya liquidado dicha sociedad y se hagan las adjudicaciones concretas, la solicitante de la auditoría carece de legitimación para obtenerla. 4.º) Que la solicitante y doña ....., como administradora de las otras dos sociedades, cambiaron la cerradura de las puertas de la sede las mismas con toda la documentación de «Confort Glass, S.L.» e impidiendo la entrada en las dependencias de don ....., por lo que apenas ha podido ejercer sus funciones de administrador. 5.º) Que, se ha de añadir, que en ausencia del administrador único de la compañía que estuvo realizando gestiones para las empresas del grupo en la República Dominicana, doña ..... y la solicitante de la auditoría de cuentas, que fueron las administradoras de hecho, cometieron importantes irregularidades, de las que no han dado cuentas. Así dejaron de presentar las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2008 en el Registro Mercantil.

III

La Registradora Mercantil de Valencia, con fecha de 26 de abril de 2011, acordó desestimar la oposición de la sociedad. Mantuvo, con base en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que aunque la sociedad de gananciales permanezca indivisa, el peticionario está legitimado para realizar actos de gestión y administración de los

bienes comunes –que no de disposición– que es la naturaleza que debe atribuirse al acto de solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas. Estando vigente a fecha de hoy la sociedad de gananciales, como manifestó la sociedad en su escrito de oposición, por falta de consignación de fondos solicitados por el perito (Resolución de 26 de marzo de 2008 y concordantes). No puede prosperar como causa de enervación la interposición de una denuncia penal por presuntos delitos penales, ya que en ellos al no cuestionarse la titularidad del socio no puede admitirse como litispendencia. Respeto al conocimiento por parte de la peticionaria de los datos del ejercicio que reclama, señaló que los derechos de información y auditoría aunque relacionados son diferentes por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. Respecto al abuso de derecho resulta imposible determinar en este procedimiento las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría de cuentas pues, si bien es cierto que estas 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.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada antes esta Dirección General, reiterando las alegaciones emitidas 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 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 relativa a la legitimación de la solicitante, casada en régimen de gananciales con quién consta como propietario del 100% del capital social de esta sociedad limitada unipersonal.

Al respecto esta Dirección General ha mantenido que, mientras permanezca la sociedad indivisa, los cónyuges ostentan la propiedad sobre la totalidad de los bienes que la integran, al tratarse de una sociedad en mano común, en la que está vedada la facultad de disposición pero no la de administración, por lo que cualquiera de ellos está facultado para realizar actos de gestión

y administración sobre los bienes comunes. Y, como quiera que el acto de solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas para verificar las correspondientes al último ejercicio social tiene la naturaleza jurídica propia de un acto de administración, se ha de concluir que la solicitante tiene el derecho que le reconoce al socio el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2.º Plantea la sociedad la procedencia del nombramiento de auditor de cuentas cuando quién lo solicita conoce los estados financieros y contables de la sociedad. Pues bien, sobre esta cuestión cabe señalar que los derechos de información y auditoría, aunque complementarios, son diferentes por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio, el primero de ellos los ostenta todos los socios de las entidades mercantiles y puede ser ejercitado en cualquier tiempo, mientras que el derecho a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas solo pueden ejercitarlo quienes reúnan las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital *(cfr.* art. 196 y 197 en relación con el artículo).

3.º Tampoco la acción judicial en vía penal iniciada por la sociedad contra la solicitante de la auditoría puede enervar su derecho a obtener el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil, dado que este efecto suspensivo que pretende el recurrente solo procedería si se estuviera discutiendo la propiedad que ostenta sobre un número de participaciones sociales equivalentes al 5% del capital social de la empresa, lo que no ocurre en el caso presente.

4.º Tampoco puede prosperar la alegación de la sociedad que cuestiona la buena fe de la solicitante, pues como ha mantenido este Centro Directivo el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que estas 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.

5.º Por último, en cuanto a las consideraciones que la sociedad realiza en torno a los costes de la auditoría que entiende son innecesarios, cabe señalar 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 «Confort Glass, S.L.»,

contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Valencia el 26 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, 10 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de Valencia.

Resolución de 10 de julio de 2012 (3.ª)

En el expediente 145/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cristalerías Chornet, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... España presentó un escrito en el Registro Mercantil de Valencia, el 31 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Cristalerías Chornet, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La Registradora Mercantil de Valencia, con fecha 4 de abril de 2010, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor por constar inscrito en la hoja abierta a la sociedad el nombramiento de auditor voluntario para ese mismo ejercicio.

III

Contra dicha resolución el solicitante de la auditoría, don ....., interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis: 1.º) Que conforme al artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital las personas que deban ejercer la

auditoría de cuentas serán nombradas por la Junta general de socios antes de que finalice el ejercicio a auditar. 2.º) Que no tiene conocimiento de la existencia de una Junta general en la que se haya procedido al nombramiento de auditor de cuentas y, por tanto, se desconoce cual ha sido el cauce para proceder al nombramiento de auditor de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 solicitante en el recurso de alzada que hoy se resuelve se centra en dilucidar si el único órgano competente para proceder al nombramiento de auditor de cuentas es la Junta general de socios. Cuando el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital, citado por el recurrente, atribuye a la Junta General de socios la competencia para el realizar el nombramiento de auditor por un determinado periodo de tiempo y establece reglas básicas del nombramiento y de su revocación, está regulando la obligación de las sociedades que deben presentar sus cuentas en el Registro Mercantil acompañadas del informe de auditoría de cuentas e informe de gestión, es decir, aquellas sociedades que no pueden presentar sus cuentas en forma abreviada.

Por el contrario, en las sociedades no sujetas a esta obligación legal, el órgano de administración o bien el administrador único puede acordar como un acto más de gestión y buena administración el nombramiento de un auditor de cuentas si lo estima necesario para conocer mejor la marcha de la empresa y para saber si la contabilidad refleja fielmente la realidad económica y financiera de la sociedad.

Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que la administración social procedió al nombramiento voluntario de un auditor de cuentas y a su inscripción en el Registro Mercantil, garantizando así el derecho del socio al informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2010, de tal manera que ha enervado su derecho al nombramiento 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, contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Valencia el 4 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 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, 10 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de Valencia.

Resolución de 10 de julio de 2012 (4.ª)

En el expediente 164/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Promociones Chornet, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Valencia, el 30 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Promociones Chornet, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión, alegando en síntesis: 1.º) Que las participaciones sociales tienen carácter ganancial, dado que la sociedad está formada por el administrador único y la solicitante. 2.º) Que toda la documentación de la empresa se encuentra en el domicilio social, al que solo tiene acceso la solicitante y su hermana. Al administrador único se le impidió la entrada y el acceso a la documentación, lo que le llevó a interponer una denuncia ante el Juzgado de Instrucción número 6 de Alzira.

III

Por resolución de 18 de abril de 2011, la Registradora Mercantil de ..... acordó estimar la solicitud. Mantuvo, con base en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que aunque la sociedad de gananciales permanezca indivisa, la peticionario está legitimada para realizar actos de gestión y administración de los bienes comunes –que no de disposición– que es la naturaleza que debe atribuirse al acto de solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas. Estando vigente a fecha de hoy la

sociedad de gananciales, como manifestó la sociedad en su escrito de oposición, por falta de consignación de fondos solicitados por el perito (Resolución de 26 de marzo de 2008 y concordantes). No puede prosperar como causa de enervación de la solicitud, la interposición de una denuncia penal por presuntos delitos penales, ya que en ellos al no cuestionarse la titularidad del socio no puede admitirse como litispendencia. Respeto al conocimiento por parte de la peticionaria de los datos del ejercicio que reclama, señaló que los derechos de información y auditoría aunque relacionados son diferentes por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. Respecto al abuso de derecho resulta imposible determinar en este procedimiento las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría de cuentas pues, si bien es cierto que estas 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.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada antes esta Dirección General, reiterando las alegaciones emitidas 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 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 relativa a la legitimación de la solicitante, casada en régimen de gananciales con quién consta como propietario del 100% del capital social de esta sociedad limitada unipersonal.

Al respecto esta Dirección General ha mantenido que, mientras permanezca la sociedad indivisa, los cónyuges ostentan la propiedad sobre la totalidad de los bienes que la integran, al tratarse de una sociedad en mano común, en la que está vedada la facultad de disposición pero no la de administración, por lo que cualquiera de ellos está facultado para realizar actos de gestión y administración sobre los bienes comunes. Y, como quiera que el acto de solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas para

verificar las correspondientes al último ejercicio social tiene la naturaleza jurídica propia de un acto de administración, se ha de concluir que la solicitante tiene el derecho que le reconoce al socio el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2.º Plantea la sociedad la procedencia del nombramiento de auditor de cuentas cuando quién lo solicita conoce los estados financieros y contables de la sociedad. Pues bien, sobre esta cuestión cabe señalar que los derechos de información y auditoría, aunque complementarios, son diferentes por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio, el primero de ellos los ostenta todos los socios de las entidades mercantiles y puede ser ejercitado en cualquier tiempo, mientras que el derecho a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas solo pueden ejercitarlo quienes reúnan las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el artículo).

3.º La acción judicial en vía penal iniciada por la sociedad contra la solicitante de la auditoría no puede enervar su derecho a obtener el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil, dado que este efecto suspensivo que pretende el recurrente solo procedería si se estuviera discutiendo en vía civil la propiedad que ostenta sobre un número de participaciones sociales equivalentes al 5% del capital social de la empresa, lo que no ocurre en el caso presente.

4.º Tampoco puede prosperar la alegación de la sociedad que cuestiona la buena fe de la solicitante, pues como ha mantenido este Centro Directivo 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.

5.º Por último, en cuanto a las consideraciones que la sociedad realiza en torno a los costes de la auditoría que entiende son innecesarios, cabe señalar 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 la entidad mercantil «Promociones Chornet, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Valencia 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, 10 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de Valencia.

Resolución de 11 de julio de 2012

En el expediente 152/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Vidafarm Compromiso Farmacéutico, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 30 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil como titular de más del 5% del capital social de «Vidafarm Compromiso Farmacéutico, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad carece de activos suficientes para abordar los gastos de auditoría. 2.º) Que a pesar de conocer esta situación, el solicitante ha formulado su petición con claros deseos de perjudicar la marcha de la empresa, dado que el solicitante está incurso en causa de exclusión social.

III

El Registrador Mercantil número XVII de Madrid, con fecha 19 de abril de 2011, tras señalar que el solicitante de la auditoría reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, acordó estimar su solicitud, dado que ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad podían enervar su derecho al nombramiento registral de auditor de

cuentas. Sobre las dificultades de la empresa para abordar los gastos de auditoría, señaló que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que estos deben correr de cuenta de la sociedad. Respecto de las intenciones maliciosas mantuvo el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que estas 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.

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 que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 3 de mayo de 2009.

1.º No pueden prosperar en la presente resolución ninguna de las alegaciones que la sociedad formula. Respecto a sus dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, este Centro Directivo ha mantenido la doctrina, conforme a la cual el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen interpretativo alguno cuando dispone que los gastos que la auditoría comporta corren siempre a cargo de la sociedad. Dado que dicho precepto tampoco contempla excepción alguna a esta obligación de la empresa afectada por la solicitud de nombramiento registral de auditor, se ha de concluir que la mala situación económica por la que atraviesa la empresa, incluso en el supuesto de ser real, no puede impedir el ejercicio del derecho de la socia minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2010.

2.º Tampoco puede prosperar 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 *(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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador de «Vidafarm Compromiso Farmacéutico, S.L.», contra la resolución dictada por la Registrador Mercantil número XVII de Madrid el 19 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, 11 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XVII de Madrid.

Resolución de 12 de julio de 2012 (1.ª)

En el expediente 153/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Subastas Salamanca, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 30 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Subastas Salamanca, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

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 externo, cuyo informe sobre las cuentas anuales de 2010, será presentado. Adjuntaba un contrato privado suscrito el 20 de octubre de 2010, entre la sociedad y el auditor don .....

III

El Registrador Mercantil número X de Madrid, con fecha 19 de abril de 2011, 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 concurre la primera 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 contrato con el auditor de cuentas aportado por la sociedad no enerva el derecho del socio por no tener fecha fehaciente, pues tuvo entrada en el Registro Mercantil el 12 de abril de 2011.

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. Adjuntaba al escrito de interposición del recuso el informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2010, realizado por el auditor voluntario.

V

El 24 de junio de 2011, tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil número X de Madrid, al que adjuntó un escrito presentado en dicho registro, el 22 de junio de 2011, por el solicitante de la auditoría de cuentas, desistiendo de su petición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento y declarar concluso el procedimiento iniciado a la instancia de don ..... solicitando el nombramiento registral de auditor de las cuentas del ejercicio 2010 para la sociedad «Subastas Salamanca, 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, 12 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número X de Madrid.

Resolución de 12 de julio de 2012 (2.ª)

En el expediente 155/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos accionistas de «Mantra Salud, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, 29 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de un número de participaciones equivalentes a más del 5% «Mantra Salud, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales del ejercicio 2010. Adjuntó a u escrito copia de la escritura de compraventa de participaciones sociales, autorizada el 30 de noviembre de 2007, ante el Notario de Sabadell, don ....., bajo el número 3211; y copia de la escritura del acta de presencia notarial de la Junta general ordinaria y extraordinaria de socios, autorizada el 22 de junio de 2010, por el Notario de Sabadell, don ....., bajo el numero 918 de su protocolo.

II

La sociedad, a través de sus administradoras solidarias, doña ..... y doña ....., presentaron en el Registro Mercantil, mediante burofax sin firmas, el escrito de oposición a dicha pretensión, alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitante está dolida por haber sido destituida de su cargo como administradora social. 2.º) Que lo único que quiere es generar gastos a

la compañía. 3.º) Que en ningún momento anterior a su petición ha solicitado información alguna a la sociedad. Y, asimismo, la sociedad no ha convocado a la Junta General.

III

El Registrador Mercantil número IV de Barcelona, con fecha 15 de abril de 2011, tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, acordó estimar la solicitud, dado que no podían prosperar ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad. En cuanto al supuesto abuso de derecho por parte de la peticionaría, 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 (art. 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 (art. 1902 del Código Civil) para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 20 de abril de 2010, entre otras. Tampoco puede prosperar la alegación relativa al derecho de información de la socia minoritaria pues la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que no pueden, en modo alguno, confundirse el derecho a conocer y examinar las cuentas sociales, o derecho de información que asiste a todos los socios de entidades mercantiles, con independencia del porcentaje de capital que ostenten en la compañía con el derecho a la verificación contable que reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital a aquellos que reúnan un porcentaje de acciones o participaciones sociales equivalentes al menos al 5% de capital social y que presenten su solicitud dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio a auditar. Resulta evidente que ambos derechos, aunque relacionados, son distintos tanto por la finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio, ya que este último tiene la finalidad de que las cuentas anuales sean verificadas por un auditor de cuentas ajeno a la estructura empresarial de la sociedad afectada por la solicitud, siendo así que el ejercicio de uno no puede impedir ni obstaculizar el ejercicio de otro. Así resulta de los artículos 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 13 de agosto, 1 de septiembre y 6 de octubre de 2010. En cuanto a la alegación social de que la sociedad aún no ha convocado la Junta General Ordinaria no es causa de oposición. El hecho de que las cuentas correspondientes al ejercicio 2010 puedan no haber sido formuladas, estando dentro de plazo para la confección y depósito de las mismas, tampoco puede impedir que el socio ejercite su derecho al nombramiento registral de auditor cuentas. Sin perjuicio de que el plazo establecido por el artículo 253 de la Ley de Sociedades de Capital para la formulación de las cuentas anuales por los administradores se trata de un plazo diferente e independiente del plazo para solicitar el nombramiento de auditor de conformidad con el artículo 265.2 antes citado que establece que se solicite dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social, debe señalarse que el derecho reconocido a los socios minoritarios, que persigue verificar la llevanza ajustada o no a derecho, de la contabilidad por parte de expertos independientes sólo está condicionado a que los solicitantes reúnan las circunstancias de capital y tiempo que en dichos preceptos se mencionan, sin que haya de esperarse a la formulación de las cuentas ni a la previa celebración de la junta. Muy por el contrarío, básicamente lo que la Ley ha pretendido con este derecho –aunque puede cumplir otras finalidades-– es, precisa-

mente, 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 (pueden verse, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 1 de abril de 2009, 17 de agosto y 18 de octubre de 2010, entre otras). Por último, respecto a la alegación sobre la falta de fondos para afrontar los gastos que la auditoría comporta, el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone con carácter taxativo y sin que quepa margen interpretativo alguno, que los gastos de auditoría creerán a cargo 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 todos los argumentos expuestos en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidos en la presente instancia sin necesidad de repetición.

V

Con fecha 23 de diciembre de 2011, doña ..... presentó en el Registro Mercantil de ..... un escrito desistiendo del nombramiento solicitado que, remitido por el Registrador Mercantil número IV de Barcelona, tuvo entrada en el Registro Auxiliar J.B. 3 de este Departamento el 23 de diciembre de dicho año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 2011 de «Mantra Salud, 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, 12 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número IV de Barcelona.

Resolución de 16 de julio de 2012 (1.ª)

En el expediente 160/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Instalaciones Conflex, S.L.».

HECHOS

I

Don..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante, el 30 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 12% del capital social de «Instalaciones Conflex, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su representante, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la escritura pública de cesión de participaciones sociales, otorgada ante el Notario de ....., don ....., el 22 de marzo de 2011, fue otorgada en ejecución de sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de ....., en el Juicio verbal número 1336/2008 que estimó la demanda interpuesta por don ..... frente a don ....., en la que reclamaba la elevación a público de un contrato privado de compraventa de participaciones sociales. El fundamento de derecho 2.º de dicha sentencia mantuvo que no es objeto de juicio el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 29 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ni el negocio celebrado, válido por concurrir en el mismo los requisitos esenciales, siendo eficaz frente a la sociedad. 2.º) Que esta última mención es determinante para entender que dicha transmisión es nula por no cumplir los requisitos previstos en los artículos 29 y 34 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Es decir, para que la transmisión sea válida es preciso la comunicación a la sociedad 3.º) Que la sociedad no puede entender que el solicitante esté legitimado para ejercer la auditoría de cuentas, puesto que no ha cumplido las normas contenidas en los Estatutos sociales sobre transmisión ínter vivos de las participaciones. 4.º) Que el solicitante tampoco comunicó a la sociedad la firma de la escritura de cesión de particiones sociales, por lo que también en este supuesto incumple lo dispuesto en la ley.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, el 26 de abril de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuenta, al entender que la transmisión de participaciones sociales tuvo lugar en ejecución de sentencia en la que se reconoce *de facto* la condición de socio del solicitante, independientemente de la eficacia frente a la sociedad y es también cierto que conforme a lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital, se reconoce al adquirente de participaciones sociales el ejercicio de los derechos del socio desde que la sociedad tenga conocimiento de la transmisión y que dicha notificación no tiene ningún requisito especial y como mínimo puede considerarse la sociedad

notificada por el traslado de la instancia solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas.

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. Añadió que el Registrador Mercantil mantuvo en la resolución recurrida que la sentencia reconoce la condición de socio del solicitante, afirmación ésta que es desafortunada porque valora erróneamente la sentencia citada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 de 2006 y 6 de mayo de 2010.

Procede confirmar en esta resolución el fundamento único del acuerdo recurrido, dado que el solicitante ha aportado un principio de prueba por escrito de su legitimación, consistente en la escritura pública de compraventa otorgada el 22 de marzo de 2011, por el Notario de ....., don ....., bajo el número 482 de su protocolo, que le acreditan como socio y como titular de un número participaciones sociales representativas de un porcentaje de capital social superior al 5% exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital para ejercitar el derecho a la verificación contable.

Dicho principio de prueba no ha sido desvirtuado por la administración social recurrente que se limitó a alegar la circunstancia que dicha escritura pública fue otorgada en ejecución de sentencia, lo que en modo alguna afecta ni a la validez de la del contrato, ni a los efectos traslativos del dominio sobre dichas participaciones a favor del peticionario de la auditoría que, en virtud de dicha escritura pública, ostenta la condición de socio.

Alega el recurrente que dicha transmisión no fue notificada a la sociedad, en clara contradicción con lo dispuesto en el artículo 106.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Pues bien, sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido que la notificación de la instancia del solicitante y de los documentos adjuntos, cursada por el Registrador Mercantil a la sociedad para que pudiera ejercitar su derecho de oposición, cumple de sobra la finalidad de

la comunicación exigida por dicho precepto al adquirente de participaciones sociales para ejercitar sus derechos.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de «Instalaciones Conflex, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Alicante el 26 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, 16 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 16 de julio de 2012 (2.ª)

En el expediente 157/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tecnolux 2007, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Pontevedra el 29 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 «Tecnolux 2007, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que no se ha hecho la convocatoria de la Junta General de la sociedad y, una vez convocada ésta, el socio podrá revisar y examinar por sí o en unión de un experto las cuentas anuales formuladas. 2.º) Que en una sociedad que no está obligada

a auditarse es innecesario tener que acudir a gastos adicionales, mucho más antes de haber examinado las cuentas anuales.

III

La Registradora Mercantil de Pontevedra, con fecha 12 de abril de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que una de las finalidades del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 y si éstas se han formulado conforme a las normas contables vigentes y si reflejan la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa. El conocimiento que pueda tener el socio de la contabilidad social no es óbice para que pueda ejercitar un derecho que la ley le reconoce, dado que los derechos de información y auditoría, aunque relacionados, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio.

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 el solicitante tiene el derecho de información y puede ejercitarlo cuando lo crea conveniente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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, 30 de noviembre de 2005, 15 de junio de 2007 y 27 de junio de 2011.

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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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, pues 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 administración social ha llevado la contabilidad social de manera ajustada a derecho. Obviamente, de entre las muchas

finalidades que puede cumplir el informe de auditor 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, pueda adoptar la decisión que considere conveniente. Sin embrago, aun siendo importante, esta 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 o no 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 sociedad.

2.º El hecho de que el solicitante pueda hacer uso del derecho de información, solicitando al administrador único 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 este último pretende un informe de las cuentas anuales realizado por un profesional independiente *(cfr*. arts. 196 y 197 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el artículo y 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital)

3.º Por último, en cuanto a los gastos que la auditoría comporta y que la sociedad considera innecesarios cabe señalar que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone, con carácter taxativo y sin dejar margen interpretativo alguno, que estos 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 «Tecnolux 2007, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Pontevedra el 12 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, 16 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 16 de julio de 2012 (3.ª)

En el expediente 161/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Cerámica Internacional, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó una instancia en el Registro Mercantil de Alicante solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Cerámica Internacional, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010. Adjuntaba a su escrito copia del justificante de presentación del mismo en la oficina liquidadora de Novelda, de 28 de enero de 2008.

II

La sociedad, a través de doña ..... y don ....., como administradores mancomunados, se opuso a dicha pretensión alegando, falta de legitimación de la solicitante, puesto que los socios de la compañía son cinco. Tal como refleja el folio correspondiente al libro registros de socios, la solicitante era titular de 1000 participaciones sociales que vendió el 27 de diciembre de 1999, a don ....., cuyos herederos no se llegaron a poner de acuerdo sobre la partición y adjudicación de la herencia, por lo que esta continúa en situación de herencia yacente. No es cierto que la solicitante accediese a la nuda propiedad de las participaciones sociales mediante el supuesto documento de 24 de enero de 2008, puesto que no es verdad que tras el fallecimiento de doña ....., se suscribiese por su viudo, por su hijos y por sus cuatro hijas el documento de «liquidación de sociedad de gananciales y adjudicación de herencia» que ha aportado al expediente. Prueba de lo anterior es que no existe ningún documento ni público ni privado firmado por todos los herederos y, así, fácilmente se constata que en la supuesta copia presentada solamente figura su firma. Por tanto, no puede acreditar el requisito fundamental para obtener el nombramiento de auditor que solicitó que es el de la titularidad de participaciones sociales.

III

A la vista de dicho escrito, el Registrador Mercantil de Alicante, el 5 de abril de 2011, requirió a la solicitante de la auditoría de cuentas para que aportara al expediente los documentos que acreditaran su titularidad sobre un 5% de capital social de la compañía. Así lo hizo la interesada mediante escrito de 15 de abril de 2011, al que adjuntó, copia del citado contrato privado con justificante de presentación del mismo en la oficina liquidadora de Novelda, de 28 de enero de 2008, copia de escrito de requerimiento de dicha oficina liquidadora de 14 de febrero de 2008, copia de escrito suscrito el 29 de febrero de 2008, por don ....., dirigido a dicha oficina liquidadora, escritura otorgada en San Vicente del Raspeig, el 5 de diciembre de 2001, ante su Notario don ....., 2.086 de protocolo, de reducción de capital de la mercantil «Cerámica Internacional, S.L.», copia del certificado de defunción

de don ....., expedido por el Registro Civil Civil de Alicante, el 2 de marzo de 2011, copia de testamento de dicho señor de 24 de octubre de 1994, ante el Notario de Novelda, don .....

IV

El Registrador Mercantil de Alicante, con fecha 26 de abril de 2011, acordó estimar la solicitud formulada, en base a que según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dado que 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 transcurridos tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social en el momento de la solicitud, cumpliendo la solicitante ambos requisitos. Las causas de oposición por parte de la sociedad al nombramiento solicitado al amparo del artículo 265 LSC son las que taxativamente señala el artículo 354 RRM por remisión de su artículo 359, en el caso que nos ocupa la sociedad se limita a negar la autenticidad del contrato privado, sin aportar principio de prueba en contra de la legitimación del peticionario. La Ley de Sociedades de Capital en su artículo 265.2 reconoce este derecho al socio que acredite la titularidad del cinco por ciento del capital social. La doctrina de la DGRN es muy permisiva en este punto: al solicitante le basta con aportar un principio probatorio de su titularidad, correspondiendo a la sociedad que se oponga aportar también un principio de prueba contradictorio, no bastando simplemente con negar esta legitimación (Res. DG 8 de abril de 1991; 8 de marzo de 1996, 28 de mayo de 1999, 4 de junio de 1999 y otros). En el caso presente, la sociedad se limitó a mantener la falta de legitimación de la solicitante al no haber acreditado la partición de los bienes de la herencia o el nombramiento de una sola persona para el ejercicio de los derechos del socio, pero sin acreditar documentalmente que la solicitante no ostentara la titularidad que alegó en su instancia.

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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 Registrador Mercantil de Alicante. En efecto, la solicitante ha aportado un principio de prueba por escrito de su legitimación mediante los documentos adjuntos al escrito de 15 de abril de 2011, entre otros el certifi-

cado de defunción de don ....., expedido por el Registro Civil de Alicante, el 2 de marzo de 2011, y la copia de testamento de dicho señor, autorizado el 24 de octubre de 1994, ante el Notario de Novelda, don ....., 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, aunque no existiera el documento acreditativo de la partición y adjudicación de la herencia, el mero hecho de pertenecer a una comunidad hereditaria, legitima a cualquiera de los herederos para realizar actos de administración y gestión de los bienes que la componen, pues esta es la naturaleza que debe atribuirse al acto de pedir al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas del ejercicio vencido. Por tanto, una vez acreditado el fallecimiento del causante y la condición de heredera de la solicitante de la auditoría de cuentas, queda también acreditada su legitimación para instar el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ..... y don ....., administradores mancomunados de «Cerámica Internacional, S.L.», y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Barcelona de 26 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, 16 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 16 de julio de 2012 (4.ª)

En el expediente 158/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Aceges, Recogida de Aceites Usados, S.L.».

HECHOS

I

Doña ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Toledo, el 24 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital

y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Aceges, Recogida de Aceites Usados, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

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 procedió con fecha de 29 de diciembre de 2009 a ratificar el nombramiento voluntario de la auditora de cuentas ya designada en el año 2008 extendiéndolo a los años 2009 y 2010, consiguientemente, nos encontramos ante la excepción prevista en el artículo 350 *a)* del Reglamento del Registro Mercantil. 2.º) Que dicha ratificación se produjo debido a que el nombramiento efectuado en el año 2008 no llegó a ser inscrito por haberse impugnado los acuerdos sociales adoptados en la Junta General.

III

A la vista de tales alegaciones, la Registradora Mercantil de ....., el 26 de abril de 2011, concedió a la sociedad el plazo de improrrogable de un mes para la inscripción del nombramiento o para la entrega a la solicitante del informe de auditoría o para su aportación al expediente. A dicho requerimiento la sociedad respondió mediante escrito con entrada en el Registro Mercantil el 20 de mayo de 2011, al que adjuntó el informe de auditoría de las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2010.

IV

Por Resolución de 27 de mayo de 2011, la Registradora Mercantil de Toledo acordó estimar la oposición a la solicitud de nombramiento de auditor. Mantuvo que, aún cuando la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, 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 acreditó que con anterioridad al ejercicio 2011 procedió a ratificar en la Junta general de 29 de diciembre de 2009 a la auditora nombrada en el ejercicio 2008, según consta en el Acta notarial levantada por el Notario don ..... y, de otra parte, se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de cuentas mediante su aportación al expediente.

V

Contra dicha resolución la solicitante de la auditoría de cuentas, don ....., en nombre y representación de doña ....., interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que en el acuerdo de la Junta General celebrada el 29 de diciembre de 2009, concurren circunstancias especiales que invalidan el acuerdo. 2.º) Que la sociedad no está formalmente obligada al nombramiento de auditor de cuentas, tal como se despren de una lectura del artículo 264 de la Ley de Sociedades de

Capital. A pesar de ello y también a pasar de que los acuerdos de 2008 resultaron ineficaces, dicha Junta General de 29 de diciembre de 2009, procedió a ratificar el acuerdo de nombramiento adoptado entonces, tratando de subsanar los defectos que impidieron que dicho acuerdo accediera al registro, como es la falta de la concreta designación del auditor y de su suplente y el incumplimiento del plazo de tres años exigido por el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital. 3.º) Que no cabe la ratificación de un acuerdo nulo e ineficaz, por cuanto la recurrente solicitó la presencia de un Notario para que levantara acta, la cual fue denegada, incumpliendo así lo dispuesto en el antiguo artículo 55 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Tampoco cabe ratificar un acuerdo nulo que incumplió lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley de Sociedades Anónimas. 4.º) Que el nombramiento para los años 2009 y 2010 tampoco es válido por no respetar el periodo mínimo de tres años exigidos por el precitado artículo 204 de la Ley de Sociedades Anónimas, entonces vigente. 5.º) Dicho acuerdo no fue elevado a público ante el Notario de Seseña, don ....., el día 31 de marzo de 2010, bajo el número 456 de orden de su protocolo, cuya escritura fue «rectificada» unilateralmente mediante otra autorizada por el mismo fedatario público, el día 16 de junio de 2010, bajo el número 859 de su protocolo. En esta última, se eleva a público una Certificación emitida por el Administrador Único en la que se incluye el acuerdo relativo al nombramiento de auditor y, respecto al mismo y a los demás acuerdos, se amplía manifiestamente su contenido. Los acuerdos de dicha Junta se encuentran judicialmente impugnados por esta parte ante el Juzgado de lo Mercantil de Toledo, en autos de Procedimiento Ordinario número 628/2010. 6.º) Que respecto a los acuerdos de 2010, adoptados en la Junta General de 21 de diciembre de 2010 *(documento n.º 3 de la instancia de solicitud de nombramiento),* con oposición y voto en contra de esta parte, «se acordó» proceder a la subsanación y complemento del acuerdo adoptado al punto 7.º del orden del día de la Junta General Extraordinaria de la Sociedad celebrada el pasado día 29 de diciembre de 2009, consistente en la ratificación del nombramiento para el año 2008 de la Auditora de Cuentas doña ..... y designación de la misma profesional para los ejercicios 2009 y 2010, designándose como Auditor Suplente a don ..... El acuerdo de «subsanación y complemento» de la Junta General de 21 de diciembre de 2010, consta documentado en un Acta Notarial y a su exacto contenido hay que estar para apreciar su extemporaneidad y sus demás defectos legales. Consecuentemente dichos acuerdos no pueden hacerse valer como causa de denegación de la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 El presente recurso plantea diversas cuestiones sobre las que ya se ha pronunciado este Centro Directivo. En primer lugar, cabe señalar que en las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable, por poder presentar sus cuentas en el Registro Mercantil en forma abreviada, no es preciso que el auditor sea nombrado por la Junta general ni tampoco respetando los plazos establecidos en el antiguo artículo 204 de la Ley de Sociedades Anónimas,

actual artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital. Por el contrario, también el órgano de administración social puede, en cualquier tiempo y por el periodo que necesario, contratar los servicios de un auditor de cuentas, dado que, para que estas sociedades, el nombramiento no es más que un acto de voluntario de gestión y buena administración.

2.º En segundo lugar, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil, impide entrar a dilucidar cuestiones distintas a la anterioridad del nombramiento voluntario alegado por la sociedad y a la garantía que dicho nombramiento debe ofrecer al socio minoritario en relación a la puesta a su disposición del informe de auditoría de cuentas, por lo que, tanto la Registradora Mercantil como este Centro Directivo, habrán de atenerse a la inscripción del mismo en el Registro Mercantil, a la puesta a disposición del solicitante de dicho informe de auditoría o bien a su incorporación al expediente. Las cuestiones alegadas por la representación de la solicitante, sobre la validez o ineficacia de los acuerdos adoptados en la Junta general, deberán ser planteadas y resueltas ante el Juzgado de lo Mercantil del domicilio de la sociedad.

3.º En cuanto a la cuestión de fondo relativa a la improcedencia del nombramiento de auditor de cuentas solicitado por la socia minoritaria, procede confirmar, en todos sus extremos el acuerdo dictado por la Registradora Mercantil de Toledo, dado que ha quedado probado en el expediente que dicho nombramiento fue realizado con anterioridad a que la peticionaria presentara su instancia en el Registro Mercantil solicitando el nombramiento registral y, asimismo, la sociedad ha aportado al expediente el informe de la auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2010. Por lo que se han cumplido las dos condiciones exigidas por esta Dirección General para que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas enerve el derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de doña ....., solicitante de la auditoría de cuentas para la sociedad de «Aceges, Recogida de Aceites Usados, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Toledo el 27 de mayo 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, 16 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Toledo.

Resolución de 17 de julio de 2012

En el expediente 159/2011 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 Granada el 28 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, como titular de más 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 ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, falta de legitimación del solicitante, dado que comunicó a la sociedad la venta de sus participaciones sociales, la cual está dilucidándose en sede judicial y hasta el momento no ha recaído sentencia firme, sin que la sociedad conozca la situación dominical de dichas participaciones.

III

El Registrador Mercantil de Granada, con fecha 28 de abril de 2011, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado. Mantuvo: *a)* que el documento trasladado en forma de fotocopia es una carta de comunicación a la sociedad de su propósito de vender las participaciones sociales, lo que la solicitante de la auditoría hizo para cumplir el obligado trámite de comunicación a la sociedad, previsto en los artículos 106 y 107 de la Ley de Sociedades de Capital, siendo el paso previo a la convocatoria de Junta general de socios que habrá de incluir en su orden del día el consentimiento de la sociedad a la transmisión propuesta. *b)* La sociedad dice desconocer la titularidad dominical de las participaciones sociales, aún cuando para la sociedad es socio el que consta en el Libro registro, según el artículo 104 de la Ley de Sociedades de Capital.

VI

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, dando por reproducidas todas las alegaciones de su escrito de oposición. Añade, en síntesis, que, en contra de lo mantenido en la resolución registral, la solicitante de la auditoría de cuentas en ningún momento ha acreditado ante el Registrador Mercantil su condición de socia mediante un certificado del administrador de la sociedad. Por ello, entendemos que el Registrador Mer-

cantil ha vulnerado el principio de seguridad jurídica al no trasladar junto con la instancia una copia de la documentación en que la interesada funda su derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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, las de 19 de diciembre de 2006, 19 de octubre de 2007 y la de 21 de julio de 2010.

La cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar si la solicitante de la auditoría estaba o no, en el momento de presentar su instancia en el Registro Mercantil, legitimada para obtenerla. En orden a la legitimación del socio es doctrina de este Centro Directivo que basta con que el solicitante aporte 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 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 presente la mera invocación a los datos registrales de la sociedad tiene la virtualidad de constituir el requerido principio de prueba, pues consta en el Registro Mercantil, en la hoja abierta a la sociedad, la escritura de constitución de esta y en ella la participación de la solicitante de la auditoría en el capital social. La sociedad se ha limitado a negar dicha legitimación en base a una comunicación de la intención de vender, dirigida por la solicitante de la auditoría al administrador único, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 106 y 107 de la Ley de Sociedades de Capital, lo que dista mucho de desvirtuar la legitimación alegada por la peticionaria, sino que, por el contrario, confirma que es socia, en tanto no formalice la operación de venta de sus participaciones sociales mediante la elevación a escritura pública, en los términos previstos en el artículo 106.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Alega el recurrente, a la vista de la resolución del Registrador Mercantil impugnada, que la peticionaria no aportó al expediente el certificado del Libro registro de socios, expedido por el administrador único de la sociedad como prueba de su legitimación. Pues bien, este Centro Directivo 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 104 de la Ley de Sociedades de Capital. Por tanto, ha de ser mantenida la legitimación de la recurrente para obtener el nombramiento de auditor de cuentas que solicitó.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto don ....., administrador único de «Unidad de Estancia Diurna para Personas Mayores, La Alfaguara, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador a Mercantil de Granada el 28 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, 17 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Granada.

Resolución de 18 de julio de 2012

En el expediente 165/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Unfocopro Unión de Centros de Formación del Conductor Profesional, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Granada el 15 de febrero de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil como titular de más del 5% del capital social de «Unfocopro Unión de Centros de Formación del Conductor Profesional, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010.

II

La sociedad, a través de sus administradores, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante carece de legitimación para solicitar el nombra-

miento registral de auditor de cuentas ya que fue excluido como socio de la sociedad, según acuerdo adoptado por la Junta Universal de la sociedad del 26 de agosto de 2004, y que tras aquel acuerdo, solo quedó pendiente el trámite del abono del valor de las participaciones sociales. 2.º) Que dicho valor se determinó por un auditor nombrado por el Registro Mercantil de Granada, don ....., y que al existir oposición a dicha valoración, se depositó su valor en una entidad de crédito del término municipal del domicilio social. 3.º) Que el Sr ..... interpuso demanda contra la mercantil con el objeto de impugnar la valoración de las participaciones sociales, siendo así que la sociedad presentó aval bancario en garantía de la cantidad reclamada, al interponer recurso de apelación contra la Sentencia estimatoria de la demanda.

III

A la vista de dicho escrito El Registrador Mercantil de Granada, con fecha 25 de febrero de 2011, acordó suspender el procedimiento, a fin de conceder a la sociedad el plazo de quince días para que aportara al expediente documento acreditativo del Aval Bancario presentado en el Recurso de Apelación a la Sentencia, en el Procedimiento seguido en el Juzgado de lo Mercantil de Granada, Juicio Ordinario 422/2008 o, en su caso, alegara lo que estimara procedente, lo que se notificó a los interesados por correo certificado con acuse de recibo. A dicho requerimiento, recibido por la sociedad el 3 de marzo de 2011 –según consta en el acuse de recibo –esta no contestó, ni aportó el documento solicitado.

IV

Por Resolución de 26 de abril de 2011, el Registrador Mercantil de Granada acordó desestimar la oposición de la sociedad, al entender que 1. El artículo 265.2 del TRLSC concede al socio titular del 5% del capital social el derecho a solicitar y obtener el nombramiento de un auditor de cuentas para que audite las cuentas del último ejercicio; por lo que al no constar alegación ni documento alguno presentado por ninguna de las partes, en plazo concedido al efecto como Diligencias para mejor proveer, se hace constar lo siguiente: –La exclusión de socios, actualmente regulada en los artículos 350 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, es un recurso sancionador de carácter excepcional, y cuyo proceso implica la necesidad de obtener una correcta valoración de la participación del socio que es apartado de la sociedad, el cual conserva el derecho a la liquidación de su parte, y desemboca en una reducción de capital. No constando la conformidad del socio con la liquidación del valor de sus participaciones, el Registrador tiene que exigir, para practicar la inscripción de la reducción de capital que ello implicase, si no se produjese su adquisición por la misma sociedad, que conste el valor razonable de las participaciones del socio separado o excluido, la persona o personas que las hayan valorado y el procedimiento seguido para esa valoración, así como la fecha del informe del auditor; así como la manifestación de los administradores de la sociedad de que se ha reembolsado– el valor de las participaciones del socio excluido, *o* que se ha consignado su importe a nombre del interesado, *«acompañando documento acreditativo de la consignación»,* de conformidad con el artículo 208 del RRM. –Aunque se acreditara la exclusión del socio, tal acuerdo de exclusión no bastaría por si solo para entender que el solicitante ha perdido su calidad –de socio, ya que dicho acuerdo de exclusión no es sino el iter jurídico que concluirá con el otorgamiento de la correspondiente escritura pública en la que se dé cumplimiento a lo previsto en los artículos 100, 101 y 102 de la ya derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y al artículo 208 del RRM, con el reembolso de sus participaciones al socio o socio excluidos, como así se reconoció en la RDGRN de 12 de febrero de 2003. –En el expediente que nos ocupa se suspendió la inscripción del acuerdo

de exclusión del socio don ....., entre otros motivos por ser necesaria escritura pública, y darse cumplimiento además a los ya citados artículos. Se aporta «fotocopia» del Auto de fecha 29 de noviembre de 2010, número 241/2010, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Granada, –actualmente Juzgado de lo Mercantil–, sobre convocatoria de Junta general de socios, negando al Sr ..... legitimación para convocar Junta General y, en el que se expresa además que el socio excluido, pierde su condición de socio cuando culmina este proceso y pasa a ser acreedor de la entidad por el valor de sus participaciones sociales, para lo cual la sociedad puede, o bien amortizarlas, con la consiguiente reducción de capital social, o bien adquirirlas; y sin embargo, apartar al socio sin culminar dicho proceso ni liquidar sus participaciones deja a este en una situación marginal, para que se haga efectivo dicho derecho de valoración, se mantiene la condición de socio, mientras no termine ese *iter* jurídico, haciendo referencia el Auto a la citada Resolución, pero al mismo tiempo cita otra de 15 de octubre de 2003 que dice que «es evidente que esa valoración puede ser combatida a través del procedimiento correspondiente, pero es suficiente por sí para ejecutar el acuerdo una vez pagado o consignado el valor fijado y por tanto inscribirlo en el Registro», es decir, la consignación, es suficiente *per se,* sin perjuicio de la posterior oposición del afectado, para entender que ese *iter* jurídico ha concluido. Para asegurar la completa culminación del *iter* jurídico se solicitó por el que suscribe con el objeto de que no existiese duda alguna sobre la legitimación o no del solicitante, se acreditase el aval bancario presentado en el Recurso de Apelación a la Sentencia recaída en el Procedimiento seguido en el Juzgado de lo Mercantil de Granada, Juicio Ordinario 422/2008, o alegar lo que procediese, en aplicación del artículo 208 del RRM, que establece los requisitos para la inscripción de la exclusión de socios. Dicha documentación no fue aportada, por lo que siguiendo el «principio de no ir en contra de los actos propios», faltaría uno de los presupuestos exigidos y tenidos en cuenta.

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 formuladas en su escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que el solicitante se opuso a la valoración realizada de sus participaciones sociales, por lo que interpuso demanda contra la sociedad, impugnando la valoración realizada ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada, la cual fue estimada y confirmada posteriormente por la Audiencia Provincial que confirmó la reclamación del Sr ..... 2.º) Que a pesar de que obtuvo la cantidad que él mismo reclamó por la valoración, a pesar de que el cobro de dicho importe se ha garantizado mediante un aval bancario, emitid en los términos previstos en la Ley, sigue considerándose socio y pretende que se le diga convocando a las Juntas Generales. 3.º) Que, como conclusión, cabe señalar que el solicitante no es socio de la compañía, al haber sido consignado el valor de sus participaciones sociales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 la de 19 de octubre de 2007.

Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Granada que no hace sino reiterar la doctrina mantenida por este Centro Directivo. En efecto, el proceso de exclusión de un socio de la compañía se inicia con el acuerdo adoptado en la Junta General pero solo puede entenderse culminado cuando la sociedad, a través de sus administradores sociales, ha otorgado escritura pública de reducción del capital social expresando en ella las participaciones o acciones amortizadas, la identidad del socio o socios afectados, la causa de la amortización, la fecha de reembolso o de la consignación y la cifra a la que hubiera quedado reducido el capital social *(cfr.* arts. 290, 358 y 359 de la Ley de Sociedades de Capital y 94 del Reglamento del Registro Mercantil).

En el caso presente, aun cuando la sociedad hubiera acreditado la consignación del importe de las participaciones sociales del peticionario –que no lo ha hecho, porque solo aporta a este escrito de interposición del recurso una fotocopia del aval bancario –no ha acreditado el otorgamiento de escritura pública de la que resulte la adquisición por el ente social de dichas participaciones o la adquisición de estas por un tercero, de tal manera que no puede entenderse culminado el proceso de exclusión y, en consecuencia, el peticionario continúa siendo socio de la compañía y puede ejercitar los derechos que como tal le reconoce la Ley de Sociedades de Capital, entre ellos, el de la verificación contable.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administradores de «Unfocopro Unión de Centros de Formación del Conductor Profesional, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Granada el 26 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, 18 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Granada.

Resolución de 26 de julio de 2012

En el recurso de alzada 12/11 interpuesto por doña ....., como administradora solidaria de la sociedad «Restauración Lafra, S.L.L.», contra la decisión del Registrador Mercantil

número 1 de Zaragoza, de fecha 20 de enero de 2011, sobre nombramiento de auditor de cuentas a instancias de una socia minoritaria

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Zaragoza el 3 de enero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 50% del capital social de «Restauración Lafra, S.L.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para que verificara las correspondientes al ejercicio-cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

La sociedad, a través de su administradora solidaria, doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitante perdió su condición de socia, al haber perdido la cualidad de trabajadora de la Sociedad Laboral Limitada. 2.º) Que la sociedad solicitó una valoración de sus participaciones sociales que fue finalizada el 30 de septiembre de 2010, y, tras ella, la sociedad le comunicó el valor de estas, requiriéndole a la venta a una persona con contrato laboral indefinido, la única existente en esos momentos que le podía ofrecer un valor superior al señalado en la auditoría. En esos momentos, en el tiempo de espera que media entre el requerimiento de 2 de diciembre de 2010 y el tiempo de espera para la venta-voluntaria por el órgano de administración de la sociedad, es cuando la Sra. ..... procedió a solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas ocultando todo lo anterior. 3.º) Que por las razones expuestas la sociedad no considera que la solicitante esté legitimada para instar el nombramiento registral de auditor de auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil número I de Zaragoza, con fecha 20 de enero de 2011, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado, dado que sus alegaciones no pueden enervar el derecho de la solicitante. Mantuvo que, conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la oposición por la sociedad al nombramiento de auditor solo debe prosperar en los casos de presentarse la solicitud fuera del plazo legal establecido, no ser socio el solicitante o figurar inscrito un nombramiento de auditor para las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio para el que se solicita la auditoría, de conformidad con el artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Como muestra de la mencionada doctrina se pueden citar dos resoluciones:

– La Resolución de 10 de abril de 2000: «El procedimiento que la Ley de Sociedades Anónimas y el Reglamento del Registro Mercantil regulan es, efectivamente, un procedimiento de cognitio muy limitada, si se cumplen los requisitos de capital y tiempo que en dichas normas se establecen el Registrador Mercantil acordará el nombramiento de auditor

solicitado, salvo que por la sociedad se alegue la falta de legitimación del solicitante o la no procedencia del nombramiento *(cfr.* art. 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.»

– L*a* Resolución de 24 de abril de 2000, señala que: «Como reiteradamente se ha indicado en este Centro Directivo, dos son los requisitos del artículo 205.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. El porcentaje del socio que lo solicita en el capital social, y que se haga en el plazo de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social. En el presente caso, el socio presentaba prueba documental de su participación, y la solicitud realizada en plazo, no habiéndose desvirtuado esa legitimación por la sociedad en ningún trámite del expediente, teniendo en cuenta el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, en cuando a la oposición de la sociedad, bien por negar la legitimación del solicitante, es decir no tener ese mínimo de participación social, o prueba documental de que no proceda al nombramiento, de la documentación presentada, no se justifica esa falta de legitimación por la sociedad, así como tampoco la no procedencia del nombramiento».

En consecuencia, no es motivo en virtud del cual pueda prosperar la oposición al nombramiento de auditor la existencia de un requerimiento a la solicitante para la venta de las participaciones sociales, o la existencia de una valoración de las mismas realizada por un auditor, dados los claros términos en que se manifiesta el artículo 205 de la Ley de Sociedades Anónimas, al que se remite el artículo 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Tampoco debe admitirse como causa de oposición al nombramiento un pretendido abuso del derecho pues, como también ha señalado la Resolución de la Dirección General de los Registro y del Notariado de 24 de abril de 2000, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que estas 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.

En cuanto a la inexpresión de la causa de la solicitud es reiterada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que mantiene que la ratio del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas hay que buscarla en el deseo del legislador de que la contabilidad societaria formulada por los órganos gestores pueda ser controlada por los accionistas minoritarios. En este hilo argumental hay que constatar, que la causa de la solicitud del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es siempre y típicamente la misma, a saber la inexistencia de auditoría, razón por la cual el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que instrumentó las solicitudes basadas en aquel precepto no exige la expresión, de alcance meramente formal, de la causa, y sin que quepa aplicar por analogía con el artículo 350 del mismo cuerpo legal que queda enlazado con otro supuesto que es el del artículo 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, completamente diferente al número 2 mismo artículo.

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, reduciendo sus alegaciones aducidas en el escrito de oposición a una sola: la de la falta de legitimación de la solicitante de la auditoría de cuentas para instar el nombramiento de auditor. Mantuvo que en el momento de interponer el recurso la solicitante ya no es socia de la compañía, lo que se acredita mediante copia de la escritura de compraventa de sus participaciones sociales.

V

Con fecha de 24 de enero de 2012 el Director general de los Registros y del Notariado, don Joaquín José Rodríguez Hernández decidió abstenerse de intervenir en el recurso interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, por tratarse de un recurso que impugna su decisión de 20 de enero de 2011, dictada cuando era titular del Registro Mercantil número 1 de Zaragoza, comunicándolo así al Subsecretario del Ministerio de Justicia.

VI

Por acuerdo de 31 de enero de 2012, el Subsecretario del Ministerio de Justicia, don Juan Bravo Rivera, avocó para sí la competencia resolutoria atribuida al Director general de los Registros y del Notariado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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, 17 de enero de 1997, como más reciente, 19 de octubre de 2007, 3 de septiembre de 2002.

Niega la sociedad la legitimación de la solicitante por entender que, una vez perdida su condición de trabajadora de la empresa, cesó también en su condición de socia y así se lo hizo saber el órgano de administración social mediante requerimiento notarial de venta de sus participaciones sociales.

Pues bien, dicha pretensión no puede prosperar dado que, como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosas resoluciones, la extinción de la relación laboral no es bastante a los efectos de la interesada pérdida de legitimación, puesto que mientras la solicitante no pierda la titularidad de sus participaciones sociales, sigue conservando su condición de socia y, en consecuencia, ostenta el derecho a solicitar y a obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas.

El hecho de que la pérdida de la condición de socia por la venta forzosa de sus participaciones sociales se produjera poco después de la resolución del Registrador Mercantil, no debe ser óbice para mantener que cuando solicitó la auditoría tenía la legitimación que alegó en su instancia y la mantuvo cuando el Registrador Mercantil resolvió, debiendo advertirse que la apreciación de las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas para ejercitar el derecho a la verificación contable, no puede realizarse en cualquier tiempo, sino

en un momento concreto del procedimiento que es el de la presentación de la instancia en él Registro Mercantil.

En su virtud, he resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto doña ....., administradora único de «Restauración Lafra, S.L.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número I de Zaragoza el 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, 26 de julio de 2012. El Subsecretario del Ministerio de Justicia, Fdo: Juan Bravo Rivera.–Sr. Registrador Mercantil de Zaragoza.

Resolución de 16 de agosto de 2012

En el expediente 175/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tekmacris, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 30 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Tekmacris, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010. Adjuntó a su instancia copia simple de la escritura de constitución de la sociedad «Tekmacris, S.L.», otorgada el 11 de julio de 2003, ante el Notario de Sabadell don ....., número 1.141 de protocolo; copia simple de la escritura de aumento de capital social, otorgada el 20 de febrero de 2007, ante el Notario de Sabadell don ....., número 353 de protocolo; Copia simple de la escritura de cese de administradores, nombramiento de administradores y modificación parcial de estatutos sociales, otorgada el 24 de abril de 2008, ante el Notario de Sabadell don ....., número 848 de protocolo.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ..... y don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que sorprende la actitud del señor ..... solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas, por cuanto tuvo conocimiento del orden del día de la Junta General Extraordinaria celebrada el día 31 de marzo de 2011 y a la cual el citado señor asistió, debidamente convocada el 15 del mismo mes y año, se nombró a don ..... como auditor de cuentas de la sociedad por un período de cuatro años, siendo el primer ejercicio a auditar el cerrado a 31 de diciembre de 2010.

III

La Registradora Mercantil número II de Barcelona, con fecha 28 de abril de 2011, 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 si bien el escrito de oposición fue presentado una vez transcurrido el plazo de cinco días dispuesto en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, deben tenerse en cuenta las legaciones aducidas en el mismo, dado que el incumplimiento del plazo no puede acarrear la inadmisión del escrito de oposición. En cuanto al nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad entendió que 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 de los Registros y del Notariado ha declarado que hay que acreditar de la forma que dispone el artículo 1227 del Código Civil que el nombramiento voluntario fue hecho con anterioridad a la solicitud del socio, pues en caso contrario el nombramiento no puede tenerse por previo (Resoluciones del citado Centro Directivo de fechas 5 y 14 de mayo de 2009 y 1 de marzo de 2010, entre otra). En el caso presente, no se han cumplido ninguna de las condiciones, ya que no puede prosperar la manifestación realizada por la representación social relativa a que la convocatoria de la Junta General Extraordinaria fue realizada con carácter previo a la solicitud, y en consecuencia el peticionario ya tenía conocimiento de su celebración. Al no aparecer cumplida la primera de las condiciones señaladas es irrelevante el cumplimiento de la segunda. El nombramiento de auditor –acordado en la citada Junta en fecha 31 de marzo de 2011– fue posterior a la solicitud de nombramiento registral de auditor, presentada en este Registro Mercantil, según consta en el asiento de presentación, el 30 de marzo de 2011. Además, tampoco se ha garantizado la existencia de la auditoría por ninguno de los medios exigidos por el Centro Directivo (en este sentido pueden verse Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 5 de febrero de 2008, 26 de abril y 22 de septiembre de 2010).

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 solicitud de nombramiento de auditor de cuentas fue formulada por el socio minoritario un día antes de la convocatoria de la

Junta General de socios, actuando con toda su intencionalidad y mala fe. 2.º) Que en dicha Junta General, convocada quince días antes de su celebración, se acordó el nombramiento voluntario de auditor de cuentas, don ....., por el 76,78% que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Por tanto, estando válidamente convocada y constituida la Junta General y habiéndose adoptado los acuerdos por la mayoría de socios, no cabe pensar en ninguna maniobra por parte de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, es evidente que la contratación del auditor nombrado en la Junta general de socios de 31 de marzo de 2011 fue posterior a la presentación de la instancia del socio minoritario en el Registro Mercantil el 30 de marzo de 2011. Por tanto, debe reconocerse al socio minoritario el derecho a la auditoría que solicitó.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ..... y don ....., administradores mancomunados de «Tekmacris, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número II de Barcelona el 28 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, 16 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número II de Barcelona.

Resolución de 21 de agosto de 2012

En el expediente 31/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Petróleos Asturianos, S.L.»

HECHOS

I

El 25 de enero de 2011, don ....., en representación de «Duro Felguera Plantas Industriales, S.A.», que a su vez es consejera delegada de «Felguera IHI, S.A.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de Oviedo en el que manifestaba que «Felguera IHI, S.A.» es socia de «Petróleos Asturianos, S.L.», siendo titular del 33% del capital social, y que en base a dicha titularidad y al amparo del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital

solicitaba del registrador mercantil el nombramiento de un auditor para que revisase las cuentas correspondientes al ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de sus dos administradores mancomunados, don ..... y don ....., en escrito presentado el 7 de febrero de 2011, se opuso a dicha pretensión, alegando, en esencia: 1.º) Que la auditoría del ejercicio 2010 había sido ya encargada a «Bishop Auditores» el 18 de octubre de 2010. 2.º) Que el peticionario en su instancia no indicó el fundamento de su petición, pretendiendo dar la falsa imagen de que está ejercitando su derecho de información.

III

El 11 de febrero de 2011, la Registradora Mercantil de Oviedo acordó estimar la solicitud y desestimar la oposición de la sociedad, dado que el solicitante había acreditado reunir las condiciones legalmente exigidas. Entendió 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, 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 efectuado por la sociedad no puede considerarse previo pues no se adecua a lo preceptuado en el artículo 1227 del Código Civil. Mantuvo que la causa de la solicitud en los expedientes fundados en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Finalizó señalando que los derechos de información y auditoría son derechos que aunque relacionados resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio.

IV

El 24 de febrero, la indicada representación social presentó en el Registro Mercantil un escrito, al que adjuntaba el informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2010 realizado por «Bishop Auditores».

V

Con fecha de 10 de marzo de 2011, la indicada representación social interpuso, en tiempo y forma, recurso de alzada ante esta Dirección General contra el acuerdo de la Registradora Mercantil de 11 de febrero de 2011, alegando, en síntesis: 1.º) Que, una vez incorporado al expediente el informe del auditor nombrado por la sociedad, debería darse cumplimiento a la doctrina de la Dirección General de que tal incorporación enerva el derecho del socio minoritario a solicitar el nombramiento de un nuevo auditor. 2.º) Que no cabe citar el artículo 1227 del Código Civil, puesto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido que dicho precepto solo sería aplicable cuando no existieran otras

pruebas que lleven a la conclusión que un hecho determinado ocurrió en determinada fecha. Las dudas que pudieran existir al respecto quedan disipadas con la entrega del informe de auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1227 del Código Civil, 265 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las Resoluciones de 19 de febrero y 28 de agosto de 2009 y de 2 de marzo y 21 y 26 de abril de 2010.

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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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, la Registradora Mercantil de Oviedo entendió que la sociedad no acreditó que la auditoría voluntaria contratada fuera previa a la presentación de la instancia por el socio minoritario –primera de las condicio-

nes exigidas por esta Dirección General– dado que, si bien es cierto que en los documentos presentados contenían una fecha anterior a la de presentación de la instancia en el Registro Mercantil, el 25 de enero de 2012, estas fechas no están dotadas de fehaciencia, siendo la primera fecha fehaciente la de su entrada en ese Registro Mercantil junto con el escrito de oposición, el cual, obviamente, es posterior a la de presentación de la solicitud. Por tanto, no cumpliéndose la primera de las condiciones es indiferente la aportación del informe de auditoría al expediente, puesto que procede el nombramiento por el Registrador Mercantil, dado que la sociedad no ha enervado el derecho del socio minoritario.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ..... y don ....., administradores mancomunados de «Petróleos Asturianos, S.L.» y confirmar el acuerdo de la Registradora Mercantil de Oviedo de 11 de febrero 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, 21 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Oviedo.

Resolución de 22 de agosto de 2012 (1.ª)

En el expediente 166/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Car & Crane, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 7 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil como titular de más del 5% del capital social de «Car & Crane, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitante de la auditoría de cuentas ha tenido a su disposición toda la información empresarial de la sociedad y puede conocer su actual situación económica y financiera sin necesidad de solicitar el nombramiento de auditor de cuentas. 2.º) Que su instancia es una solicitud infundada, en la que parece que solo se busca el encarnizamiento de las relaciones sociales. 3.º) Que la situación económica por la que atraviesa la sociedad es particularmente delicada, por lo que sería muy difícil afrontar los gastos de la auditoría de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, con fecha 12 de mayo de 2011, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, por entender que ninguno de los motivos alegados podía enervar el derecho de la solicitante. El derecho de información que ostentan todos los socios de entidades mercantiles es distinto al derecho de auditoría, reconocido por la ley a los socios que reúnan al menos el 5% del capital social de la entidad mercantil. Se trata, en definitiva de derechos distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. En cuanto a la alegación del perjuicio económico para la sociedad, el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que la auditoría de cuentas corra siempre a cargo de la sociedad. La manifestación social de tratarse de una petición sin fundamento, no puede ser considerada como causa obstativa, dado que en este tipo de peticiones no es preciso expresar la causa de la petición ya que en este tipo de expediente la causa es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. En cuanto a los motivos que llevaron a la peticionaria a solicitar la auditoría de cuentas, la Dirección General de los Registros y del Notariado 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 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 formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Insistió en el argumento de insuficiencia de medios económicos para afrontar los costes de la auditoría de cuentas, dado que los tres últimos ejercicios se cerraron con pérdidas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 3 de mayo de 2009.

1.º La primera cuestión planteada en el presente expediente se centra en determinar si el motivo de oposición alegado por la sociedad, relativo a sus dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido la doctrina, conforme a la cual el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen interpretativo alguno cuando dispone que los gastos que la auditoría comporta corren siempre a cargo de la sociedad. Dado que dicho precepto tampoco contempla excepción alguna a esta obligación de la empresa afectada por la solicitud de nombramiento registral de auditor, se ha de concluir que la mala situación económica por la que atraviesa la empresa, incluso en el supuesto de ser real, no puede impedir el ejercicio del derecho de la socia minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2010.

2.º En cuanto al conocimiento y acceso a la información económica de la sociedad que tiene la solicitante, como indicó el Registrador Mercantil de Madrid, los derechos de información y auditoría, aunque relacionados, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. El primero de ellos está a disposición de todos los socios de entidades mercantiles y pueden ejercerlo en cualquier momento, mientras que el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas, solo pueden ejercitarlo quienes acrediten reunir al menos el 5% del capital social de la entidad mercantil afectada y presenten su solicitud dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

3.º Por último, indicar que 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 *(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 solidario de «Car & Crane, S.L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid el 12 de mayo 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, 22 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 22 de agosto de 2012 (2.ª)

En el expediente 171/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios 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 Sevilla el 15 de marzo de 2006 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Synze 2003, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el derecho a solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, está íntimamente ligado al derecho de información del socio, teniendo el primero de ellos como objetivo el interés de la sociedad a auditar y no el interés del socio solicitante, no pudiendo entenderse el derecho de información y control como absoluto ni incondicionado, ni teniendo que identificarse automáticamente el interés social con el de determinados socios que soliciten auditores. 2.º) Que, en el presente caso, existe contradic-

ción y contraposición de intereses entre el socio solicitante de la medida y la sociedad que éste pretende que la sufra, pues: *a)* El peticionario y la sociedad de referencia son competidoras, como se deduce de su objeto social idéntico; *b)* Existe un procedimiento judicial en curso contra el mencionado señor ..... por la presunta comisión de varios delitos, en el que se solicita la responsabilidad civil derivada de las actuaciones de la mercantil peticionaria, por lo que es más que posible que el expediente sea utilizado con una finalidad distinta a la legal y doctrinalmente prevista, ya que al peticionario no le preocupa el interés social, sino el suyo propio, que es contrario al de la compañía del encabezamiento, pretendiendo obtener información de una sociedad de la que es competidora y con la que mantiene un conflicto penal y causar un quebranto económico, derivado del coste de la auditoría y una interferencia en la actividad social. 3.º) Que existe un auditor designado como consecuencia de las diligencias previas que se siguen ante el Juzgado de Instrucción número 18 de Sevilla, el cual ya ha realizado su informe inicial que ha entregado a las partes, si bien su trabajo no ha concluido, por lo que resultaría redundante e innecesaria la petición del solicitante, la cual debiera desestimarse o, al menos, suspenderse, hasta tanto no se compruebe si la auditoría en marcha cumple o no los objetivos que se persiguen con la solicitada. En cualquier caso, el peticionario no puede alegar falta de información con respecto a la situación de la sociedad de referencia, pues él y otro señor fiscalizaban y controlaban la gestión contable y financiera de la misma, por lo que conocen perfectamente su situación a este respecto. 4.º) Que es evidente la mala fe con la que ha actuado el representante legal de la mercantil peticionaria a la hora de formular la solicitud de designación de auditor.

III

El Registrador Mercantil de Sevilla, con fecha 5 de mayo de 2011, acordó estimar la solicitud formulada. Mantuvo que debe tenerse muy presente la diferencia existente entre el derecho de solicitud de auditoría y el derecho de información, derechos que, aunque complementarios, resultan distintos en su finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio y, por tanto, supone que aunque el solicitante obtuviera información respecto de la situación patrimonial de la sociedad, puede pedir y tiene que serle reconocido, si reúne los requisitos de capital y tiempo que la ley exige. En cuanto a la circunstancia de que la sociedad peticionaria (como socio minoritario) sea competidora en el tráfico mercantil no puede, en sí misma, impedir el ejercicio de un derecho que la ley reconoce, correspondiendo, en su caso, a otros medios legales corregir el uso indebido que del informe de auditoría pudiera hacerse por la mercantil solicitante. En tercer lugar, es irrelevante, a los efectos del presente expediente, la alegación de la existencia del procedimiento judicial a que se refiere la Sociedad en su escrito de oposición, por cuanto la litispendencia solo tiene eficacia suspensiva en estos procedimientos si afecta a alguno de los dos requisitos de capital y tiempo exigidos por la Ley de Sociedades de Capital para ejercitar el derecho del artículo 265.2 de la misma, cuestiones éstas que, según lo manifestado por la propia Sociedad, no se dilucidan en el citado procedimiento judicial. En último lugar, no es admisible que el derecho de los socios sea negado debido al perjuicio de índole económico que ocasiona a la sociedad sometida a la auditoría requerida, pues, como se ha proclamado reiteradamente por la citada Dirección General, el aludido artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, atribuye, sin duda alguna, a la sociedad afectada el coste de la auditoría solicitada por el socio minoritario. Si bien es cierto que el nombramiento de un auditor judicial puede enervar el derecho al nombramiento registral de otro, pues lo que la ley pretende es que las cuentas de la sociedad sean examinadas por un experto, independientemente del origen judicial, social o registral del mismo, ese dere-

cho, sin embargo, no puede ser enervado en este caso concreto por el nombramiento de un perito judicial, por cuanto el mismo ha sido designado para que emitiera un dictamen respecto a aspectos muy concretos que interesan al procedimiento judicial en que están incursas ambas partes, no pudiendo considerarse el informe elaborado por dicho auditor como el de las cuentas anuales del ejercicio 2010. Tampoco serviría para enervar el derecho de la solicitante el hecho de que don ....., junto a otro señor, fiscalizaban y controlaban la gestión contable y financiera de la sociedad del encabezamiento, pues ni es él como persona física quien solicita la auditoría, ni, de cualquier modo, ha ostentado la administración social durante el ejercicio 2010. El socio peticionario es una persona jurídica («Inverhouse Sur, S.L.») que, según los asientos practicados en este Registro, nunca ha ostentado el cargo de administrador de la sociedad de referencia. El hecho de que la misma persona física fuera al mismo tiempo administrador de la peticionaria y de la compañía de la que se solicita la auditoría no implica que exista una absoluta comunión de intereses ni que persiga, en ambas sociedades, los mismos fines con paralelas actuaciones o con un ejercicio análogo de las facultades conferidas. La entidad peticionaria no sería la responsable de la gestión y representación de la compañía afectada por la solicitud. En cualquier caso, el señor ..... dejó de ser administrador único de la compañía en abril del año 2009. Por último, en cuanto a las alegaciones sobre la mala fe y abuso de derecho, mantuvo 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.

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, en síntesis: 1.º) Que el solicitante de la auditoría de cuentas está deslegitimado para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas por actuar de mala fe y con evidente abuso de derecho. 2.º) Que la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas se enmarca en un conflicto de intereses que en la actualidad se encuentra *sub iudice* en la jurisdicción penal. 3.º) Que, además de lo anterior, existe una auditoría en marcha encargada por la autoridad judicial, en la que están siendo objeto de revisión los ejercicio contables de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, en cuanto a la posible mala fe y abuso de derecho por parte 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 *(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.

2.º En segundo lugar, el hecho de que se esté dilucidando en sede judicial la actuación del solicitante no es óbice para impedir el ejercicio de un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, dado que esto solo ocurriría si se estuviera discutiendo en vía judicial civil su condición de socio o bien la participación que ostenta en el capital social porque podría tener incidencia en el porcentaje requerido por ley para el ejercicio del derecho a la verificación contable. En el caso presente, se está discutiendo en vía penal su culpabilidad por los supuestos delitos económicos por los que fue denunciado y, por tanto, no ha lugar a suspender el procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas.

3.º Finalmente, alega la sociedad que en el marco del procedimiento penal en el que se está juzgando si los hechos por los que el solicitante fue denunciado son o no constitutivos de delito o falta, se nombró a un auditor judicial para que realizase un informe sobre determinados ejercicios contables. Pues bien, como indicó el Registrador Mercantil de Sevilla, en este procedimiento registral solo se trata de conocer, por un informe elaborado por el auditor de cuentas nombrado el Registrador, si la contabilidad correspondiente al ejercicio 2010, refleja con claridad la verdadera situación económica y financiera de la empresa. Por lo cual ambas auditorías son plenamente compatibles, dado que tienen un contenido y una finalidad diferentes.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de «Synze 2003, S.L.», y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Sevilla de 5 de mayo 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, 22 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.

Resolución de 22 de agosto de 2012 (3.ª)

En el expediente 176/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Promociones Inmobiliarias Faro, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., en representación de la entidad «Plasol, S.A.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 24 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Promociones Inmobiliarias Faro, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010. Adjuntaba a su escrito fotocopia de copia simple de la escritura de transmisión de participaciones sociales otorgada en fecha 29 de octubre de 2004, ante el Notario de Sitges don ....., bajo el número 1.264 de protocolo, de la que resulta que la mercantil «Plasol, S.A.» adquirió 30 participaciones sociales de la sociedad «Promocions Immobiliaribs Paro, S.L.,», números 121 al 150, inclusive.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ..... y don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, falta de legitimación del promotor del expediente, por cuanto no les consta que el mismo sea administrador de la compañía «Plasol, S.A.», ni que la Junta General de dicha sociedad le haya facultado para solicitar el nombramiento de auditor en su nombre, y, además, que la firma estampada en el escrito de solicitud no coincide con la que figura en una fotocopia del Documento Nacional de Identidad de don ..... que obra en su poder.

III

La Registradora Mercantil número VII de Barcelona, con fecha 12 de abril de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Señaló que en la Inscripción 5,ªque figura en la hoja abierta en este Registro a la sociedad «Plasol, S.A.» que fue motivada por la escritura otorgada en fecha 28 de agosto de 1991, ante el Notario de Sitges don ....., número 998 de protocolo, don ....., obrando en representación de la sociedad «Plasol, S.A.»

como administrador solidario de la misma, declara que: confiere poder a favor de don ....., para que en nombre y representación de la sociedad pudiera ejercitar las siguientes facultades, a excepción de las indelegables «... *c)* otorgar toda clase de actos, contratos o negocios jurídicos, con los pactos, cláusulas y condiciones que estimen oportuno establecer; transigir y pactar arbitrajes; tomar parte en concursos y subastas, hacer propuestas y aceptar adjudicaciones. Adquirir, gravar y enajenar por cualquier título, y en general realizar cualesquiera operaciones sobre acciones, obligaciones y otros títulos valores, así como realizar actos de los que resulte la participación en otras sociedades, bien concurriendo a su constitución o suscribiendo acciones en aumentos de capital u otras emisiones de títulos, valores... I) comparecer ante toda clase de Juzgados y Tribunales de cualquier jurisdicción y ante toda clase de organismos públicos…»; sin que conste inscrita la revocación del poder. Mantuvo que ha quedado acreditado por el contenido de la hoja abierta a la mercantil «Plasol, SA.» en este Registro, que el solicitante de la auditoría, en el momento de presentación de la solicitud en este Registro, tiene facultades representativas pare actuar en nombre y representación de la indicada entidad mercantil, que es, en realidad, la que ostenta legitimación para solicitar el nombramiento registral de auditor, como socia minoritaria de la sociedad «Promociones Inmobiliarias Faro, S.L.». Así pues, el indicado poder se estima suficiente para la solicitud formulada, puesto que se trata un poder general bastante y vigente. Finalizó manteniendo, en cuanto a la afirmación realizada por la sociedad relativa a que la firma estampada en la solicitud no coincide con la que figura en una fotocopia del Documento Nacional de Identidad de don ..... que obra en su poder, debe precisarse que el Reglamento del Registro Mercantil, cuando al regular el procedimiento sobre nombramiento de auditor, no ha querido ser riguroso en exigencias formales y, en consecuencia, basta que el peticionario haga constar su nombre y apellidos en unión de su firma sin que sea necesario, además, que acredite fehacientemente su autenticidad. Debe presumirse y reconocerse al promotor del presente expediente, la legitimación necesaria para formular la solicitud de nombramiento de auditor pues, pese a lo que la sociedad manifiesta, no ha desvirtuado dicha presunción de legitimación con la mera declarando tener en su poder una fotocopia del Documento Nacional de Identidad del señor ..... con una firma distinta.

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 «Plasol, S.L.», es una sociedad familiar integrada por cuatro socios, de los cuales, doña ..... es esposa de don ..... que cesó como administrador el 1 de noviembre de 2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 y 31 de mayo de 2007.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Barcelona, frente a la cual no pueden prosperar ninguna de las alegaciones aducidas por la sociedad en esta instancia de alzada. En efecto, como indicó en su acuerdo, el solicitante de la auditoría actuó en nombre y representación de la entidad mercantil «Plasol, S.A.» en base a la escritura de poder otorgado a su favor por don ....., el 28 de agosto de 1991, que le atribuye, entre otras, la facultad para comparecer ante toda clase de Juzgados y Tribunales de cualquier jurisdicción y ante toda clase de organismos públicos…»; sin que conste por ningún medio la revocación del mismo. Consecuentemente, ha quedado acreditada la capacidad de don ..... para actuar en nombre y por cuenta de «Plasol, S.A.» y solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas.

2.º Tampoco pueden prosperar las alegaciones que cuestionan la autenticidad de la firma del solicitante pues, 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 el solicitante, como también fue suficiente que el escrito de oposición estuviera firmado por quienes se identificaron como administradores mancomunados sin que tuviera que acreditar la vigencia de su representación.

No obstante lo anterior, si los recurrentes consideran que puede existir alguna cuestión que incida en la autenticidad de la firma estampada en la instancia que inició el expediente, deberán alegarla y probarla ante la jurisdicción competente.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ..... y don ....., administradores mancomunados de «Promociones Inmobiliarias Faro, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número VII de Barcelona el 12 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, 22 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VII de Barcelona.

Resolución de 22 de agosto de 2012 (4.ª)

En el expediente 113/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Assesoría Jaume Ribas i Associats, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., como administrador único de las «Marjapa Lex, S.L.» y don ....., como administrador único de «Xiutell 55, S.L.» presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Palma Mallorca, el 31 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 5% del capital social de «Assesoría Jaume Ribas i Associats, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su representante, doña ....., en representación de la entidad mercantil «Comput Tres, S.L.», entidad consejera delegada de las sociedad afectada por la solicitud, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas a don ..... y a doña ..... El primero de ellos aceptó el nombramiento el 24 de noviembre de 2010, se adjuntan copia del nombramiento y de la aceptación de auditor con firmas legitimadas. 2.º) Que a efectos de cumplir con sus obligaciones mercantiles y una vez se ha dispuesto de las informaciones necesarias, el Presidente procedió a convocar al Consejo de Administración para formular cuentas anuales y, asimismo, para convocar a la Junta general que habría de aprobarlas. La formulación de las cuentas anuales es, además, necesaria para finalizar las auditorías de los años 2007 y 2008 a cargo de don ....., designado voluntariamente por la sociedad, como del ejercicio 2009 a cargo de «Iberaudit Auditores, S.L.» designado por el registrador mercantil para verificar las cuentas del 2009 y del ejercicio 2010 a cargo de don ....., designado voluntariamente por la sociedad. 3.º) Que si lo que mueve a las dos entidades que han solicitado el nombramiento registral es el interés de conocer la verdadera situación patrimonial de la empresa, podrán lograr el conocimiento que pretenden con los informes de auditoría realizados por el auditor voluntario, sin necesidad de hacer incurrir a la sociedad en gastos innecesarios.

III

El Registrador Mercantil de Palma de Mallorca, con fecha 12 de abril de 2011, acordó estimar condicionalmente la oposición social. Tras señalar en el apartado destinado a recoger los «HECHOS» que el 1 de diciembre de 2010, doña ..... Marchena Bomnet, presentó en el Registro Mercantil un documento privado suscrito por ella, en representación de «Comput Tres, S.L.», sociedad consejera delegada de la «Assesoría Jaume Ribas i Associats, S.L.» por la que procedía al nombramiento voluntario de auditor de cuentas para el ejercicio 2010, junto con otro escrito de aceptación del encargo por parte del auditor nom-

brado, constando las firmas legitimadas notarialmente, indicó que este documento fue calificado con defectos el 20 de diciembre de 2010 y el 22 del mismo mes y año se notifico tal circunstancia al presentante, siendo retirado el día 28 de diciembre de 2010. El 9 de marzo de 2011 el asiento de presentación caducó sin que el documento se hubiera presentado nuevamente. El Registrador Mercantil mantuvo que, conforme a la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, para que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas pueda enervar el derecho del solicitante debe reunir 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, por la documentación aportada, queda acreditado por la sociedad que el nombramiento de auditor de cuentas fue previo a la solicitud del socio minoritario, si bien el nombramiento no llegó a inscribirse. Aplicando la doctrina citada al caso presente resulta que tan solo la efectiva realización de la auditoría de cuentas satisfaría el interés de los socios solicitantes del nombramiento. Pero no puede dejar de tomarse en consideración que tal satisfacción debe respetar los plazos legales establecidos para que pueda hacerse efectiva. En tanto no transcurran tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social de que disponen los administradores para formular las cuentas anuales más el de un mes de que dispone el auditor de cuentas para emitir su informe, cabe concluir que la resolución debe dejarse en suspenso, en tanto tal plazo no transcurra sin que su finalidad se vea satisfecha. Finalizó su resolución recordando que este tipo de expedientes no es la sede adecuada para dilucidar si el ejercicio de un derecho ha sido o no abusivo.

IV

La indicada representación social con fecha de 6 de mayo de 2011 presentó un escrito ante el Registrador Mercantil al que adjuntó el informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2010 realizado por don ..... Dicho escrito, unido al expediente completo de su razón fue remitido a este Centro Directivo por el Registrador Mercantil de Palma de Mallorca.

V

Don ....., como administrador único de «Xiutell 55, S.L.», y don ....., como administrador único de «Marjapa Lex, S.L.», interpusieron recuso de alzada contra la resolución del Registrador Mercantil de Palma de Mallorca de 12 de abril 2012, alegando, en esencia: 1.º) Que el Registrador Mercantil suspendió la resolución sobre la base de que los solicitantes de la auditoría pueden tener a su disposición el informe del auditor voluntario nombrado por la sociedad, el cual les permitirá conocer la situación patrimonial y financiera de la empresa que desearon conocer, cuando estén finalizados los trabajos del auditor de cuentas. 2.º) Que el nombramiento de auditor voluntario no ha sido efectuado por la sociedad a través de la Junta General, sino por un Consejero delegado, lo que distorsiona lo preceptuado en la Ley de Sociedades de Capital que pudiendo contemplar la posibilidad de que los administradores sociales nombraran auditor de cuentas, no contempla esta posibilidad. Por tanto, conforme a la ley vigente, mal puede entender que el administrador social esté facultado para nombrar auditor de cuentas, más bien parece una facultad de la Junta General. 3.º) Que la motivación del acuerdo recurrido, que invoca el artículo 7.2 del Código Civil y la Sentencia de la Audiencia Provincial de esa Comunidad Autónoma que lo aplica,

no es aplicable a su caso puesto en ningún momento tuvo conocimiento del nombramiento de auditor de cuentas por la consejera delegada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 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 las normas establecidas en la Ley de Sociedades de Capital respecto a la competencia del órgano social que debe proceder al nombramiento, los términos y plazos en los que debe acordarlo y la obligación de nombrar auditor de cuentas suplente solo rige para las sociedades obligadas por ley a presentar sus cuentas en el Registro Mercantil junto con el informe del auditor de cuentas nombrado por la Junta General, es decir, para las sociedades que no puedan presentar sus cuentas en el Registro en forma abreviada. En todas las demás sociedades que no estén sujetas a esta obligación el administrador o administradores pueden proceder al nombramiento voluntario de auditor, si lo creen conveniente para saber si la contabilidad social refleja la realidad económica y financiera de la empresa, dado que, para estas sociedades, el acto de nombrar auditor de cuentas no es más que un acto de gestión y buena administración.

2.º En cuanto a la cuestión de fondo planteada, procede confirmar la decisión adoptada por el Registrador Mercantil que, estando en un primer momento condicionada a la presentación del informe de auditoría de cuentas para el año 2010 efectuado por el auditor voluntario de la sociedad, una vez transcurridos los plazos señalados y presentado el informe de auditoría realizado por el auditor voluntario, ha enervado el derecho del socio minoritario, al quedar acreditado que en el nombramiento voluntario de auditor de cuentas concurren las dos condiciones exigidas por esta Dirección General, pues además de haber aportado el informe al expediente, de la documentación que presentó en el Registro Mercantil, conteniendo la oferta de nombramiento y la aceptación del auditor, don ....., con firmas legitimadas notarialmente, resulta que fue anterior a la petición del socio minoritario, presentada en el Registro Mercantil el 31 de marzo de 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada presentado por don ....., como administrador único de «Xiutell 55, S.L.», y don ....., como administrador único de «Marjapa Lex, S.L.», solicitantes de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil «Assesoría Jaume Ribas i Associats, S.L.» y confirmar, en todos sus extremos, el acuerdo

adoptado por el Registrador Mercantil de Palma de Mallorca el 12 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, 22 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Palma de Mallorca.

Resolución de 23 de agosto de 2012 (1.ª)

En el expediente 167/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Balcar, Grupo de Estaciones de Servicios, S.L.».

HECHOS

I

Doña ....., como albacea y contadora-partidora de algunos de los herederos de don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Salamanca el 31 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Balcar, Grupo de Estaciones de Servicios, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para que verificara las correspondientes al ejercicio económico cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administradora doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitante no tiene la condición de socia de la compañía, por lo que, *prima facie*, carece de legitimación para instar el nombramiento de auditor de cuentas. 2.º) Que tampoco ostenta la representación de algunos de los herederos de don ....., pues su condición de albacea no le permite atribuirse la representación de los herederos y, mucho menos, la defensa de sus intereses. 3.º) Que ninguno de los herederos del causante ostentan la condición de socios dado que la sociedad de gananciales aún no ha sido liquidada y es sabido que los herederos no ostenta la propiedad de los bienes hasta

que éstos le son adjudicados como consecuencia de la partición de la herencia, tal como dispone el Código Civil. 4.º) Que no es jurídicamente correcto que la herencia del causante esté integrada por las participaciones sociales de la compañía, puesto que, como es sabido, la sociedad de gananciales es una comunidad de tipo germánica en la que los bienes que la integran pertenecen en su totalidad a ambos cónyuges.

III

El Registrador Mercantil de Salamanca, con fecha 2 de mayo de 2011, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado, por entender que, aún siendo cierto que el albacea no ostenta la representación de la herencia, ha quedado acreditado por el certificado de actos de últimas voluntades y por la copia simple del testamento que los herederos del causante y solicitantes de la auditoría de cuentas son don ....., don ..... y doña ..... Mantuvo que es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que no es preciso que los herederos tengan que esperar la partición y adjudicación de la herencia para solicitar del registrador mercantil el nombramiento de auditor de cuentas por tratarse de un acto de gestión y administración, siendo suficiente que el solicitante acredite formar parte de una comunidad hereditaria. Finalizó su resolución designando auditor de cuentas a la empresa «Audicil Auditorese, S.L.» que, a través de su representante, aceptó la designación.

IV

Con fecha de 10 de mayo de 2011 la indicada representación social presentó un escrito en el Registro Mercantil de Salamanca solicitando al Registrador Mercantil copia del documento en el que la solicitante fundaba su representación así como copia de los demás documentos adjuntos a la instancia.

V

El 19 de mayo de 2011 la indicada representación de la sociedad interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General contra la resolución del Registrador Mercantil de Salamanca de 2 de mayo de 2011, reiterando las alegaciones vertidas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Añadió que mediante oficio de 17 de mayo de 2011 el registrador mercantil trasladó a la sociedad un escrito presentado por la solicitante, doña ....., en el Registro Mercantil el 19 de abril de 2011 en el que identificó a los tres herederos solicitantes de la auditoría de cuentas y adjuntó un documento privado, sin autenticidad respecto de la fecha, en el que consta las firmas de tres de los herederos del causante y en el que se expresa que dichos señores solicitaron a la albacea que instara la auditoría de cuentas. Señaló que conforme al artículo 1280 del Código Civil deben constar en escritura pública determinado tipo de poderes que puedan perjudicar a terceros.

VI

Finalmente, el 2 de junio de 2011, tuvo entrada en este Centro Directivo un oficio del Registrador Mercantil de Salamanca al que adjuntaba un escrito de doña ....., en represen-

tación de la sociedad, en el que alegaba que el Registrador Mercantil procedió a nombrar auditor de cuentas sin ser firme su resolución de 2 de mayo de 2011, al estar recurrida por la sociedad. Consecuentemente, debe dejarse sin efecto, en base a lo dispuesto en el artículo 354.4 del Reglamento del Registro Mercantil

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 21 de julio de 2010.

1.º El presente expediente plantea dos cuestiones de carácter procedimental, siendo la primera de ellas la relativa a la falta de acreditación de la representación con la que actúa la solicitante de la auditoría de cuentas que alegó en su instancia representar a algunos de los herederos de don ....., dada su condición de albacea del testamento del causante y contadora-partidora. Es cierto que, como indicó la sociedad, su condición de albacea no le atribuye la representación de los bienes de la herencia, sin embargo este procedimiento registral de nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil se rige por los preceptos específicos del Reglamento del Registro Mercantil y, en todo lo no previsto en este cuerpo reglamentario rige, con carácter supletorio, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Conforme a esta última ley, la representación para actuar por cuenta de los interesados, se concibe con un criterio antiformalista, no exigiendo la incorporación a escritura pública del apoderamiento que los interesados en el procedimiento puedan conferir a quien solicita el ejercicio de derechos o interpone recursos en su nombre *(cfr.* art. 32 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

En el caso presente, mediante diligencia para mejor proveer el Registrador Mercantil requirió a la solicitante para que aportara al expediente la identidad de los herederos que solicitaban la auditoría de cuentas y, en contestación a dicho requerimiento, aportó el certificado de actos de últimas voluntades, copia simple del testamento y un documento privado firmado por don ....., don ..... y doña ..... del Carmen Moretón Blanco que, según resulta de los documentos anteriormente relacionados, son los herederos del causante, junto con su cónyuge y, en contra de lo que entiende la recurrente, dicho documento, aún siendo privado, sí tiene fecha auténtica que es la de presentación en el Registro Mercantil, el 19 de abril de 2011 y, por ello, se ha de concluir que ha quedado acreditada la representación de la persona firmante de la ins-

tancia para solicitar la auditoría de cuentas en nombre de estos tres herederos de don ..... *(cfr.* 1227 del Código Civil)

2.º La segunda cuestión planteada, también de carácter procedimental es la relativa a la designación de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil en la misma resolución de 2 de mayo de 2011 en la que declaró la procedencia del nombramiento y antes de que adquiriera firmeza. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido en numerosas resoluciones que una vez declarada la procedencia del nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil, la designación del auditor nombrado por el procedimiento del artículo 355 del Reglamento, debe esperar hasta la resolución por esta Dirección General del recurso de alzada o, en caso de que no se haya interpuesto, hasta que adquiera firmeza.

No obstante lo anterior, no ha lugar a anular el nombramiento realizado ya por el Registrador, dado que el principio de economía procesal impone la conservación de actos administrativos siempre que estos contengan los requisitos mínimos par alcanzar su fin, como ocurre en el caso presente, pues dicha anulación solo podría venir impuesta en el caso de prosperar el recurso de alzada interpuesto por la sociedad.

3.º La cuestión de fondo planteada se centra en determinar si los herederos del socio fallecido esta legitimados o no para ejercitar el derecho a la verificación contable regulado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Sobre la cuestión de la legitimación de los solicitantes este Centro Directivo ha mantenido que basta con que el/los solicitantes aporten 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.

En el supuesto analizado, los solicitantes de la auditoría, a través de su representante, han aportado un principio de prueba por escrito de su legitimación mediante certificado de actos de últimas voluntades, copia simple del testamento, de los que resulta que son miembros de una comunidad hereditaria que en la que existen entre otros bienes, las participaciones sociales de «Balcar, Grupo de Estaciones de Servicios, S.L.» que pertenecieron a su causante y que representan más del 5% del capital social de la entidad. 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 heredero –como lo han hecho– para que, como miembros de la comunidad hereditaria titular del las participaciones, pueda solicitar la auditoría de cuentas del último ejercicio vencido, dado que se trata de un acto de gestión, dirigido a conocer la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ....., administradora de «Balcar, Grupo de Estaciones de Servicios, S.L.», contra la resolución dictada por la Registrador Mercantil de Salamanca el 2 de mayo 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, 23 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Salamanca.

Resolución de 23 de agosto de 2012 (2.ª)

En el expediente 172/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Productos Químicos Zarquím, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 28 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas para «Productos Químicos Zarquím, S.L.» a fin de que realizara la verificación contable del ejercicio económico cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

El Registrador Mercantil de Madrid, con fecha de 31 de marzo de 2011, requirió al solicitante para que aportara al expediente los documentos en los que fundaba su condición de socio y su legitimación para solicitar la auditoría de cuentas, conforme a los previsto en el artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Dicho requerimiento, recibido el 5 de abril de 2011 no fue contestado por el interesado

III

Por Resolución de 9 de mayo de 2011, el Registrador Mercantil de Madrid, acordó desestimar la petición de auditoría, al considerar que no habiendo aportado el solicitante en el plazo concedido al efecto, los documentos requeridos, en los que funda su legitimación y no resultando ésta del contenido del Registro Mercantil, no quedaba acreditada su legitimación para ejercitar el derecho a la verificación contable.

IV

Contra dicha resolución el interesado interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º Que adjuntó a su solicitud los siguientes documentos: 1.º) Escritura otorgada ante el Notario de Madrid don ....., el 24 de noviembre de 1992, bajo su número de protocolo 6140 por la que se constituía la sociedad civil denominada, Zarquím, Sociedad Civil Española. 2.º) Escritura otorgada ante el Notario anteriormente citado, el 15 de julio de 1993, bajo su número de protocolo 3627, por la que las personas constituyentes de la sociedad civil indicada, vendían sus participaciones, entre otras personas a quien suscribe, y se procedía al nombramiento de los nuevos gestores de la sociedad. 3.º) Escritura otorgada igualmente ante el Notario de Madrid don ....., el 26 de junio de 1997, bajo su número de protocolo 2804, por la que se modificaban los estatutos de la sociedad civil en lo referido a la duración del cargo de los gestores y en su consecuencia se procedía a la reelección de los gestores en la nueva situación de conformidad con la modificación estatutaria apuntada. 4.º) Escritura otorgada el 24 de febrero de 1998 ante el Notario de Madrid don ....., bajo su número de protocolo 837, por la que se constituía la sociedad mercantil denominada «Productos Químicos Zarquím, S.L.», con un capital social de 500.000 pesetas, dividido en quinientas participaciones sociales de mil pesetas cada una de ellas y suscrito en partes similares por los tres socios que la constituyeron, entre otros el que suscribe, ostentando en su consecuencia cada uno de los mismos el 33% de la sociedad. 5.º) Escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don ....., el 20 de abril de 2001, bajo su número de protocolo 1046, de elevación a público de los acuerdos sociales adoptados por la sociedad de ampliación de capital en la suma de 13.221.000 pesetas, equivalentes a 79.459,81 euros, mediante la creación de 13.221 nuevas participaciones sociales que fueron suscritas íntegramente por «Zarquím, Sociedad Civil Española» mediante la aportación de una nave industrial sita en Villanueva del Pardillo y que había adquirido el 30 de junio de 1997 mediante escritura otorgada ante el Notario de Pozuelo de Alarcón, don ....., bajo su número de protocolo 2012 y sobre la que pesaba una hipoteca constituida a favor de la Caja de Ahorros de Madrid según escritura de número siguiente de protocolo al antecitado. 6.º) Acta de la Junta General Ordinaria de socios de la sociedad «Productos Químicos Zarquím, S.L.», celebrada el 13 de junio de 2010, en la que se hacía constar que los titulares de las participaciones sociales de la sociedad eran tres personas físicas que

ostentaban cada una de las mismas el 1,21% del capital social, el resto era de titularidad de una sociedad civil de la que en su consecuencia, cada una de las personas físicas representaba a su vez un tercio de su titularidad por lo que finalmente cada una de las personas físicas es titular del 33% del capital social de la sociedad mercantil. 2.º Que el artículo 1665 del Código Civil define el contrato de sociedad civil como aquel por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí sus ganancias. Esta condición de puesta en común para repartir ganancias es reconocida a efectos fiscales, al tratar la Ley general tributaria a las sociedades civiles como entidades de atribución de rentas con capacidad de obrar en el tráfico jurídico pero cuya personalidad corresponde a las personas que la integran. Así, la sociedad civil será sujeto pasivo del Impuesto de Actividades Económicas y del Impuesto sobre el Valor Añadido pero no tributará ni por renta de las personas físicas ni por renta de sociedades. 3.º Que en el caso de la sociedad para la que se solicita a auditoría resulta aún más evidente pues en el Acta de 13 de juio de 2010 aportada al expediente, otorgan a cada una de las personas integrantes de la sociedad civil un porcentaje de participación equivalente el 33% del capital social de la compañía, a más del 1,21% que ostenta cada uno de ellos, lo que no deja de ser un contrato que vincula a sus integrantes únicamente por su interés de obtener un lucro personal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 el solicitante puede obtener o no el nombramiento registral de auditor de cuentas para una sociedad no obligadas a la verificación contable y de cuyo capital social ostenta la propiedad de 1,21% de participaciones sociales. El solicitante alega, en defensa de su pretensión, que posee el 33% del capital social, dado que es socio de una sociedad civil, constituida por tres personas también partícipes de la sociedad, para repartirse las ganancias, siendo cada una de ellas propietarias del 1,21% del capital social de «Productos Químicos Zarquím, S.L.» y la sociedad civil, la que ostenta el porcentaje de participación restante. Pues bien, dicha pretensión no puede prosperar, dado que para ejercitar el derecho que a los socios minoritarios les reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, el socio o socios que lo solicitan han 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 de participaciones sociales no puede ser tenida en cuenta en este procedimiento.

En efecto, en el caso presente el solicitante de la auditoría solo tiene la propiedad del 1,21% que alegó, siendo la sociedad civil de la que es miembro, la que ostenta el capital social que no corresponde a ninguno de los otros tres

socios de compañía cuya auditoría se solicita y, por tanto, no puede entenderse legitimado para ejercitar el derecho a la verificación contable. Así se deduce del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital cuando atribuye la legitimación a solo a los socios que representen, al menos, el 5% del capital social de la entidad mercantil. Dado el carácter imperativo de esta norma, se ha de concluir que los acuerdos que hubieran alcanzado las partes, como en este caso, el acuerdo documentado en el Acta de 13 de diciembre de 2010, no pueden posponer la aplicación de la propia norma jurídica que reconoce y regula el ejercicio del derecho.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de «Productos Químicos Zarquím, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Madrid el 9 de mayo 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, 23 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 23 de agosto de 2012 (3.ª)

En el expediente 174/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Addis Develops and Investments, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 24 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Addis Develops and Investments, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través del Presidente del Consejo de Administración, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la Junta General de la sociedad, celebrada el 2 de diciembre de 2010, procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo para ese ejercicio económico. 2.º) Que resulta inexplicable que el solicitante que asistió a dicha Junta y conoció sus acuerdos solicite el nombramiento de auditor de cuentas al Registrador Mercantil. Tanto más sorprendente cuando no se indica la causa de la petición.

III

El Registrador Mercantil número III de Madrid requirió a la sociedad, el 15 de abril de 2011, para que acreditara el cargo del que hizo uso la representación social, dado que en el Registro Mercantil no constaba su cargo de Presidente y, asimismo, para que procediera a la inscripción del nombramiento del auditor de cuentas voluntario o aportara el informe de auditoría al expediente o bien lo pusiera a disposición del solicitante. Así lo hizo la sociedad mediante escrito de 11 de mayo de 2011.

IV

Por Resolución del Registrador Mercantil de Madrid, con fecha 16 de mayo de 2011, 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, aun cuando la sociedad pueda presentar sus cuentas en el Registro Mercantil en forma abreviada y, por tanto, no esté obligada a la verificación contable, ésta puede surgir con posterioridad cuando lo solicitan un número de socios que representan el 5% del capital social. En cuanto al nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad, para que éste pueda enervar el derecho del solicitante debe reunir 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 la sociedad acreditó que el nombramiento fue previo a la presentación de la instancia del socio minoritario, al haberse presentado para su inscripción el 21 de diciembre de 2010 la documentación correspondiente al nombramiento y a la aceptación de la empresa auditora «Ase Auditores, S.L.P.», también lo es que dicha inscripción no llegó a practicarse, dado que la documentación fue calificada con defectos y notificada a la sociedad el 21 de enero de 2011, no consta que hubiera vuelto a presentar la documentación subsanatoria, por lo que el asiento de presentación ha caducado. Por tanto, no ha quedado garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de cuentas del ejercicio 2010. Por lo que se refiere a la inexpresión de la causa, debe señalarse que el artículo 359 no exige la expresión de ésta y, como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, es indiferente que el escrito de solicitud de auditoría refleje o no la causa de la petición al ser ésta siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Respecto a la nueva alegación aducida en el escrito de contestación al requerimiento concedido por el Registrador Mercantil, relativa a la mala fe del solicitante, señaló que el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido y si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legí-

timas 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 ocasionado.

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: 1.º) Que la no presentación para su inscripción de los documentos relativos al nombramiento voluntario de auditor de cuentas fue debida a que la hoja registral de la sociedad se encuentra cerrada por falta de depósito de cuentas. 2.º) Que la solicitud de nombramiento registral de auditor la formula un socio que cuando fue Presidente del Consejo de Administración, incumplió sistemáticamente, sus obligaciones como Presidente y como socio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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, 19 de junio de 2007, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril y 22 de octubre de 2010.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar que el hecho de que la sociedad no esté originariamente obligada a la verificación contable por poder presentar sus cuentas en el Registro Mercantil en forma abreviada, no es óbice para que, posteriormente, resulte sujeta a esta obligación cuando el informe de auditoría lo haya solicitado un socio minoritario, en base a lo dispuesto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2.º La primera cuestión de fondo planteada en el presente expediente es la relativa a 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 la segunda de las condiciones exigidas por esta Dirección General, puesto que no ha garantizado al socio minoritario el informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2010, siendo a tal efecto indiferente que se encuentre cerrada la hoja registral de la sociedad, dado que ha podido aportar el informe al expediente o bien ponerlo a disposición del socio minoritario, lo que no ha ocurrido.

3.º Alega la sociedad que debe inadmitirse la solicitud de la minoría por no expresar la causa de la misma. Pues bien, como indicó el Registrador Mercantil, dicha alegación no puede prosperar, dado que en las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, cuya regulación procedimental está contenida en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil, la expresión de la causa de la pretensión es irrelevante en este tipo de solicitudes, dado que ésta es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de auditoría previa.

4.º Por último, 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 *(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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., como Presidente del Consejo de Administra-

ción de «Addis Develops and Investments, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número III de Madrid el 16 de mayo 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, 23 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número III de Madrid.

Resolución de 24 de agosto de 2012 (1.ª)

En el expediente 168/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Ngrup, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil Barcelona el 24 de febrero de 2011 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Ngrup, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010. Alegó desconocer el importe y composición del patrimonio actual de la sociedad, su situación financiera y la negativa por parte de la administradora social a convocar Junta de Accionistas y rendir cuentas de su gestión; y solicitar que en el informe de auditoría se especifique si se aprecian posibles incidencias fiscales, si se halla debidamente cumplimentado el Libro Registro de socios, si se halla debidamente cumplimentado y firmado por los partícipes sociales el Libro de Actas, así como todas las Actas sociales, patrimonio actual de la sociedad y ventas realizadas por la sociedad respecto de su total patrimonio y sociedades adquirentes. Adjuntó a su escrito fotocopia de copia simple de la escritura de partición de herencia, otorgada en fecha 8 de julio de 2003, ante el Notario de L'Hospitalet de Llobregat, don ....., bajo número de protocolo 1.996, de la que se desprende que a doña ..... se le adjudicaron, en pleno dominio, en concreción y pago de sus derechos hereditarios, 2.913 participaciones sociales, números 761 al 830 y 931 al 3.773, todos inclusive, y una tercera parte indivisa de la participación número 9.600, de la sociedad «Ngrup, S.L.»

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando, falta de legitimación de la solicitante, por cuanto no ostenta la administración de las participaciones de las que dice ser titular ya que existe disposición expresa en el testamento otorgado el día 5 de octubre de 2001, por su padre, en la que prohíbe disponer libremente. También estableció que la administración de los bienes relictos que perciban sus hijos debía ser llevada por las personas designadas en testamento hasta que cada uno de ellos alcance la edad de 35 años. Y entre los actos de administración y gestión de los bienes relictos, encomendados por el causante a las administradoras, están los que se derivan de los derechos políticos y económicos de las participaciones sociales de la compañía, por lo que debe negarse la legitimación de la solicitante puesto que debe cumplirse la voluntad del causante expresada en testamento sobre la administración de los bienes heredados, al no haber alcanzado la solicitante la edad de 35 años.

III

El Registrador Mercantil de Barcelona número XVII, con fecha 14 de abril de 2011, acordó estimar la solicitud formulada. Tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que de la Inscripción 10.ª de las obrantes en la Hoja abierta practicada en fecha 29 de octubre de 2010, resulta que, en la Junta General de socios, celebrada el día 21 de septiembre de 2010, con la concurrencia de socios titulares del cien por cien del capital social, cuyo orden del día comprendía la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2009, no se adoptó el acuerdo de aprobación de dichas cuentas al no existir la mayoría legal necesaria, con el voto en contra del 60,6944 por ciento del capital social y el voto a favor del 39,3054 por ciento del capital social. Así resulta de una certificación expedida por doña ....., en su calidad de administradora única, en L'Hospitalet de Llobregat, el día 21 de septiembre de 2010, cuya firma legitimó el Notario de Esplugues de Llobregat, don ....., presentada el día 21 de octubre de 2010, según el asiento 2418 del Diario 1096, que se archivó en este Registro en el legajo *a)*V con el número 867/10; y de la que también resulta que los socios que votaron en contra del mencionado acuerdo fueron la señora ..... (30,3472%), y la señora ..... (30,3472%), promotora del presente expediente. A la vista de tales circunstancias necesariamente se ha de concluir a favor de la legitimación de la socia para solicitar el nombramiento de auditor al cumplirse por ella los requisitos de capital y tiempo, a los que exclusivamente condicionan el ejercicio de este derecho los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil; y sin que tal legitimación pueda quedar desvirtuada por la existencia de una prohibición de disponer sobre las participaciones cuya titularidad se alega y acredita, puesto que con independencia de la causa a la que obedezca y de la validez y eficacia de la misma, únicamente podría afectar al derecho de la socia de realizar actos dispositivos sobre sus participaciones pero no a los demás derechos políticos y económicos inherentes a su condición de socia, entre los que se encuentra el de solicitar el nombramiento de auditor, el cual es un acto de administración y gestión de los bienes heredados y no un acto de enajenación o disposición de los mismos (pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de septiembre de 1992, 23 de agosto de 2006, 25 de mayo y 12 de junio de 2007, entre otras). En virtud de todo ello debe decaer la causa de oposición alegada por la sociedad, relativa a la falta de legitimación de la solicitante, pues no está exenta de contradicción e iría contra los propios actos de la administradora única, puesto que por un lado se está negando la legitimación de la promotora del expediente basándose en corresponder únicamente a los administradores

de la herencia los actos de administración, gestión y disposición de los bienes relictos, entre los que se derivan de los derechos políticos y económicos de las participaciones sociales de la compañía, en cumplimiento de la voluntad del causante expresada en testamento, al no haber alcanzado la solicitante la edad de 35 años; y, por otro lado, se está admitiendo la asistencia de la promotora del expediente a la Junta General celebrada el día 21 de septiembre de 2010 y el voto en contra de la aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2009 de la compañía de referencia, reconociendo que ostenta el 30,3472 por ciento del capital social, según certificación expedida precisamente por la administradora que suscribe el escrito de oposición.

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: 1.º) Que la fundamentación del Registrador Mercantil de Barcelona sobre el *ius disponendi,* manteniendo que éste lleva anejo un derecho subjetivo que impide que ésta pueda ser enajenado o gravado y trata de impedir la salida de los bienes del patrimonio de su titular y debe interpretarse con carácter restrictivo. Ahora bien, el causante impuso a sus hijos dos limitaciones: una la relativa a los actos de disposición de los bienes y la segunda, la relativa a la administración de éstos que atribuyó a tres administradoras solidarias. 2.º) Que, asimismo, el testador dispuso que los herederos que no pasaran por su voluntad quedarían reducidos a la legítima estricta. De todo ello resulta que la voluntad del testador que es la ley que rige la sucesión, era la de permitir a los legitimarios optar por la legítima estricta o bien pasar por su voluntad. 3.º) Que el Registrador Mercantil indicó en el acuerdo recurrido que las alegaciones de la recurrente irían contra sus propios actos pues, por un lado niega la legitimación de la promotora para instar el nombramiento y, por otra, se admitió su asistencia a la Junta General celebrada el 21 de septiembre de 2010. Respecto de esta cuestión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene admitiendo que dicha doctrina de los actos propios no se puede invocar cuando claramente resulta que se trata de un error jurídico cometido por una persona lega en materia de sucesiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 Registrador Mercantil de Barcelona. En efecto, la solicitante ha aportado un principio de prueba por escrito de su legitimación mediante los documentos adjuntos a su solicitud, de los que resulta que es titular de la propiedad de más del 5% del capital social. La sociedad, por su parte, no

ha aportado prueba alguna que desvirtúe dicha legitimación, puesto que, aun cuando el causante de la herencia prohibiera en su testamento la realización de actos de disposición de los bienes relictos, no existe una prohibición similar para realizar actos puntuales de gestión de unos bienes concretos, como en esta caso lo son las participaciones sociales, la cual no supone una quiebra del principio de administración unitaria de los bienes relictos que el causante confió a tres administradoras solidarias. Comoquiera que el acto de solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas con el fin de verificar si las del último ejercicio cerrado a 31 de septiembre de 2010 reflejan la realidad patrimonial y financiera de la empresa, tiene la naturaleza propia de un acto de gestión, se ha de concluir que no existe obstáculo alguno para que la peticionaria pueda obtener el nombramiento de auditor de cuentas que solicitó.

Por lo demás señalar, que es indiferente a efectos de acreditar la legitimación de la solicitante, que ésta forme parte de una comunidad hereditaria o bien que sea titular única de dichas participaciones sociales, por haberse realizado la partición y adjudicación de la herencia, dado que en ambos casos puede realizar actos de gestión de los bienes, dirigidos a obtener un conocimiento veraz de la situación patrimonial y financiera de la sociedad.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ....., administradora única de «Ngrup, S.L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil número XVII de Barcelona de 14 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, 24 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XVII de Barcelona.

Resolución de 24 de agosto de 2012 (2.ª)

En el expediente 169/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Hijos de Manuel González, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 11 de febrero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Hijos de Manuel González, S.L.», el nombramiento de un auditor que compruebe las cuentas del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que con fecha 13 de diciembre de 2010 se firmó carta de encargo de auditoría con el auditor de cuentas don ..... para que realizara la verificación contable del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010. 2.º) Que cuando esté finalizada la auditoría de cuentas se convocará a la Junta General para dar conocimiento a todos los socios y, en su caso, aprobación de dichas cuentas. Adjuntaba a su escrito copia de la carta de encargo de la auditoría de cuentas, debidamente presentada en la Oficina liquidadora de Elda.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, con fecha 28 de febrero de 2011, requirió a la sociedad para que garantizara el derecho del socio al informe de auditoría mediante la inscripción del nombramiento de auditor, mediante la incorporación al expediente del informe de auditoría o bien mediante su entrega al socio solicitante. Presentados por la sociedad los documentos pertinentes, el nombramiento de auditor de cuentas quedó inscrito el 3 de marzo de 2011, en virtud del documento aportado el 30 de marzo de 2011.

IV

Por Resolución de 3 de mayo de 2011, el Registrador Mercantil de Alicante acordó estimar la oposición de la sociedad, al entender que aun cuando el socio minoritario reunía las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas su derecho había quedado enervado por el nombramiento voluntario de auditor realizado por la sociedad, dado que reúne las dos condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado que son: *a)* Que el nombramiento sea anterior a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil; y *b)* Que se haya garantizado el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, la incorporación del informe al expediente o mediante su entrega al socio minoritario. En el caso presente, la sociedad acreditó que el nombramiento fue anterior a la presentación de la instancia del socio minoritario pues aportó la carta del encargo de auditoría, presentada en la Oficina liquidadora de Elda el 22 de septiembre de 2010. Asimismo, ha procedido a la inscripción del nombramiento, que tuvo lugar el 31 de marzo de 2011 y causó la inscripción número 5.ª en la hoja abierta a la sociedad.

V

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 conforme al artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital el nombramiento de auditor de cuentas por la sociedad debe realizarlo la Junta General de socios, lo cual, en este caso, no ha ocurrido. 2.º) Que en el capítulo VI, título VII de la Ley de Sociedades de capital se establece que la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de auditor de cuentas tendrá lugar cuando sea haya realizado por la Junta General, por el Registrador Mercantil o por la autoridad judicial, sin que, en ningún caso, prevea el nombramiento por el órgano de administración social. En el caso presente, el nombramiento fue realizado por el administrador único, lo que no tiene ningún valor. 3.º) Que adicionalmente, la inscripción del nombramiento de auditor debe ser anulada, dado que no se ha nombrado auditor suplente, en contra de lo dispuesto en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 y 29 de septiembre de 2005, 30 de octubre y 20 de diciembre de 2006, 4 de octubre de 2007 y 30 de octubre de 2009.

1.º El presente recurso plantea diversas cuestiones sustantivas que serán sucesivamente dilucidadas en esta resolución. La primera de ellas es la relativa al órgano de la sociedad competente para realizar el nombramiento de auditor de cuentas. Al respecto cabe señalar que la Ley de Sociedades de Capital regula la obligación de nombrar auditor de cuentas por la Junta General, en determinados plazos y con la obligación de nombrar, además, auditores suplentes solo para las sociedades que resulten obligadas por ley a presentar sus cuentas anuales en el Registro Mercantil en modelo normal, es decir, aquellas obligadas a que sus cuentas anuales sea la verificación contable. Por el contrario, para aquellas otras sociedades que puedan presentar sus cuentas en forma abreviada y que, por tanto, están exentas de esta obligación de auditoría, el órgano de administración puede como un acto más de gestión y buena administración proceder al nombramiento voluntario de un auditor de cuentas, sin que tenga que sujetarse a los normas establecidas en la ley para las sociedades que tienen que adjuntar a sus documentos contables el informe del auditor nombrado.

Esto es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa, en el que el administrador único de la compañía estimó conveniente contratar los servicios profesionales de un auditor de cuentas para verificar las cerradas a 31 de diciembre de 2010, de tal manera que ese nombramiento es plenamente válido por tratarse de una sociedad que puede presentar en el Registro Mercantil sus cuentas

en forma abreviada *(cfr.* artS. 263.2, 264 y 265.1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Por lo demás, procede confirmar la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Alicante que no hace más que aplicar la doctrina mantenida por este Centro Directivo, dado que el derecho del socio minoritario al nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil ha quedado enervado por la sociedad que acreditó en la primera instancia del procedimiento que el nombramiento voluntario fue previo a la presentación de la instancia del socio minoritario en el Registro Mercantil el 11 de febrero de 2011, tal como resulta del documento privado con fecha fehaciente, al haber sido presentado en la Oficina Liquidadora el 22 de diciembre de 2011 y, al mismo tiempo y mediante la inscripción de dicho nombramiento en el Registro, ha quedado garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2010, puesto que la sociedad cuando presente sus cuentas correspondientes a ese ejercicio en el Registro Mercantil, habrá de acompañarlas del informe realizado por el auditor de cuentas por ella nombrado.

3.º Por último, respecto a las posibles intenciones oblicuas que haya tenido la sociedad con en el nombramiento voluntario de auditor que, se ha de señalar que, conforme a la doctrina de este Centro Directivo, 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

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 «Hijos de Manuel González, S.L.», contra el acuerdo adoptado el 3 de mayo de 2011 por el Registrador Mercantil Alicante.

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 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 24 de agosto de 2012 (3.ª)

En el expediente 170/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Cartonajes González Vera, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 11 de febrero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Cartonajes González Vera, S.L.», el nombramiento de un auditor que compruebe las cuentas del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que con fecha 13 de diciembre de 2010 se firmó carta de encargo de auditoría con el auditor de cuentas don ..... para que realizara la verificación contable del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010. 2.º) Que cuando esté finalizada la auditoría de cuentas se convocará a la Junta General para dar conocimiento a todos los socios y, en su caso, aprobación de dichas cuentas. Adjuntaba a su escrito copia de la carta de encargo de la auditoría de cuentas, debidamente presentada en la Oficina Liquidadora de Elda.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, con fecha 9 de marzo de 2011 requirió a la sociedad para que garantizara el derecho del socio al informe de auditoría mediante la inscripción del nombramiento de auditor, mediante la incorporación al expediente del informe de auditoría o bien mediante su entrega al socio solicitante. Atendido dicho requerimiento por la sociedad y presentados los documentos pertinentes, el nombramiento de auditor de cuentas quedó inscrito el 27 de abril de 2011, causando la inscripción número 5.ª en la hoja abierta a la sociedad.

IV

Por Resolución de 4 de mayo de 2011 el Registrador Mercantil de Alicante acordó estimar la oposición de la sociedad, al entender que, aun cuando el socio minoritario reunía las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas, su derecho había quedado enervado por el nombramiento voluntario de auditor realizado por la sociedad, dado que reúne las dos condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado que son: *a)* Que el nombramiento sea anterior a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil; y *b)* Que se haya garantizado el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la incorporación

del informe al expediente o mediante su entrega al socio minoritario. En el caso presente, la sociedad acreditó que el nombramiento fue anterior a la presentación de la instancia del socio minoritario, pues aportó la carta del encargo de auditoría, presentada en la Oficina liquidadora de Elda el 23 de septiembre de 2010. Asimismo, ha procedido a la inscripción del nombramiento, según consta la inscripción número 5.ª en la hoja abierta a la sociedad.

V

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 conforme al artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital el nombramiento de auditor de cuentas por la sociedad debe realizarlo la Junta General de socios, lo cual, en este caso, no ha ocurrido. 2.º) Que en el capítulo VI, título VII de la Ley de Sociedades de Capital se establece que la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de auditor de cuentas tendrá lugar cuando sea haya realizado por la Junta General de socios, por el Registrado Mercantil o por la autoridad judicial, sin que, en ningún caso prevea el nombramiento por el órgano de administración social. En el caso presente, el nombramiento fue realizado por el administrador único, lo que no tiene ningún valor. 3.º) Que, adicionalmente, la inscripción del nombramiento de auditor debe ser anual, dado que no se ha nombrado auditor suplente, en contra de lo dispuesto en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 y 29 de septiembre de 2005, 30 de octubre y 20 de diciembre de 2006, 4 de octubre de 2007 y 30 de octubre de 2009.

1.º El presente recurso plantea diversas cuestiones sustantivas que serán sucesivamente dilucidadas en esta resolución. La primera de ellas es la relativa al órgano de la sociedad competente para realizar el nombramiento de auditor de cuentas. Al respecto cabe señalar que la Ley de Sociedades de Capital regula la obligación de nombrar auditor de cuentas por la Junta general, en determinados plazos y con la obligación de nombrar, además, auditor/res suplentes solo para las sociedades que resulten obligadas por ley a presentar sus cuentas anuales en el Registro Mercantil en modelo normal, es decir, aquellas obligadas a que sus cuentas anuales sean verificadas por un auditor de cuentas. Por el contrario, para aquellas otras sociedades que puedan presentar sus cuentas en forma abreviada y que, por tanto, están exentas de esta obligación de auditoría, el órgano de administración puede, como un acto más de gestión y buena administración, proceder al nombramiento voluntario de un auditor de cuentas, sin que tenga que sujetarse a los normas sobre competencia y plazos, establecidas en la ley para las sociedades que tienen que

adjuntar a sus documentos contables el informe del auditor de cuentas nombrado.

Esto es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa, en el que el administrador único de la compañía estimó conveniente contratar los servicios profesionales de un auditor de cuentas para verificar las cerradas a 31 de diciembre de 2010, de tal manera que ese nombramiento es plenamente válido por tratarse de una sociedad no sujeta a la obligación de verificación contable *(cfr.* arts. 263.2, 264 y 265.1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital),

2.º Por lo demás, procede confirmar la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Alicante que no hace más que aplicar la doctrina mantenida por este Centro Directivo, dado que el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor de cuentas ha quedado enervado por la sociedad que acreditó en la primera instancia del procedimiento que el nombramiento voluntario fue previo a la presentación de la instancia del socio minoritario en el Registro Mercantil, el 11 de febrero de 2011, tal como resulta del documento privado con fecha fehaciente, al haber sido presentado en la Oficina Liquidadora de Elda el 22 de diciembre de 2011 y, al mismo tiempo, mediante la inscripción de dicho nombramiento en el Registro, ha quedado garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2010, puesto que la sociedad cuando presente las cuentas correspondientes a ese ejercicio en el Registro Mercantil, habrá de acompañarlas del informe realizado por el auditor de cuentas por ella nombrado.

3.º Por último, respecto a las posibles intenciones oblicuas que haya tenido la sociedad con en el nombramiento voluntario de auditor que, se ha de señalar que, conforme a la doctrina de éste Centro Directivo, 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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., solicitante de la auditoría de cuentas de «Cartonajes González Vera, S.L.», contra el acuerdo adoptado el 4 de mayo de 2011 por el Registrador Mercantil de Alicante.

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 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 25 de agosto de 2012

En el expediente 173/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Carcano Vallecas, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 29 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Carcano Vallecas, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La Registradora Mercantil número XV de Madrid, con fecha de 31 de marzo de 2011, acordó requerir al solicitante para que aportara los documentos acreditativos de su legitimación. Así lo hizo el solicitante que respondió al requerimiento mediante escrito de 11 de abril de 2011.

III

Trasladada dicha instancia y la documentación complementaria a la sociedad, ésta, a través de su representante, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la solicitud es extemporánea al haber sido, subsanada en fecha muy posterior a la de 31 de marzo de 2011, fecha límite para la presentación de la instancia con todos sus documentos en el Registro Mercantil.

IV

La Registradora Mercantil número XV de Madrid, con fecha 29 de abril de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los

requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que no podía prosperar la alegación de la sociedad, dado que la solicitud fue presentada en el Registro Mercantil el 29 de marzo de 2011 y, el ejercicio de la facultad de subsanación, contenida en el artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, no altera, en modo alguno, la fecha de presentación sino que retrotrae sus efectos a esa misma fecha.

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 tal enmienda, realizada por el solicitante no es factible, dado que nos encontramos ante un acto omitido o no realizado, por lo que no cabe su subsanación, por haberse producido fuera del plazo previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 abril de 2000, 23 de junio de 2004, 24 de mayo y 7 de noviembre de 2005, 14 de febrero de 2006 y 13 de febrero de 2009.

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 de los tres meses, exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 71 prevé el trámite, de inexcusable cumplimiento por la autoridad que instruye el procedimiento, de subsanación y mejora de la solicitud. Dicho artículo prevé que cuando la solicitud de iniciación no reúna los requisitos exigidos por la legislación específica aplicable se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos.

Esto es lo que ha ocurrido en el caso presente, en el que presentada la instancia dentro del plazo de los tres meses establecido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, fue subsanada la omisión que advirtió el Registrador Mercantil al interesado, dentro del plazo señalado al efecto. Tal como se indicó en la resolución recurrida, los efectos de dicha subsanación se

retrotraen al momento de presentación de la instancia en el Registro Mercantil, el 29 de marzo de 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de «Carcano Vallecas, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registrador Mercantil número XV de Madrid el 29 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, 25 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XV de Madrid.

Resolución de 27 de agosto de 2012 (1.ª)

En el expediente 177/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Construcciones El Tarajal, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., en nombre y representación de doña ..... y de la comunidad hereditaria del socio don ....., integrada por sus hijas, doña ....., doña ..... y doña ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Sevilla, el 21 de marzo de 2010 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Construcciones El Tarajal, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que, con fecha veintiuno de diciembre de dos mil diez, se celebró Junta General de la sociedad del encabezamiento, de la que se levantó acta por el Notario de

Arahal, don ....., número 833 de su protocolo, constando en el punto cuarto de la convocatoria de dicha Junta el nombramiento de auditor de cuentas, nombramiento éste de carácter voluntario al no estar obligada la sociedad a verificación contable, habiéndose designado a don ..... como tal auditor por un plazo de cinco años. 2.º) Que, tal como se acredita en dicha acta que levantó el citado Notario, ni doña ..... ni ninguna de sus hijas han acreditado la condición de socias en la compañía de referencia, y así consta en el Libro Registro de Socios, por lo que, conforme al artículo 104 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, punto segundo, «la sociedad solo reputará socio a quien se halla inscrito en el Libro Registro de Socios». A pesar de lo manifestado en la solicitud, en ningún momento le ha sido acreditada a la sociedad ninguna escritura que acredite la aceptación de la herencia, ni del cuaderno particional de los titulares correspondientes a dichas participaciones, por lo que dicha sociedad insta a que las solicitantes acrediten ante este Registro tales extremos.

III

Notificado el anterior escrito de oposición a las solicitantes de la auditoría, estas presentaron un escrito el 26 de abril de 2011 en el que se reiteraban en su petición de nombramiento de auditor y adjuntaban el Acta de declaración de heredero *ab instestato,* autorizada por el Notario de Sevilla, don .....

IV

El Registrador Mercantil de Sevilla, el 5 de mayo de 2011, acordó desestimar la oposición de la sociedad, al entender que para que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas enerve el derecho del socio minoritario se precisa que ese nombramiento, independientemente de su origen se haya efectuado antes de que la solicitud se presente en el Registro Mercantil y quede garantizado ineludiblemente el derecho del socio minoritario, garantía que únicamente puede procurársele a través de la inscripción en dicho Registro, por haberse puesto a disposición del socio el informe de auditoría correspondiente o por la incorporación del citado informe al expediente de nombramiento registral. No entenderlo así significaría convertir en regla general, en contra de la voluntad de la ley, lo que únicamente constituye causa de oposición y dejar en manos de la Compañía el cumplimiento de su obligación de realizar y entregar la auditoría de cuentas a los socios minoritarios. En el caso que nos ocupa, resulta evidente que no se ha garantizado el derecho de las solicitantes por ninguno de los medios anteriormente señalados y, en consecuencia, la garantía ineludible del derecho de las socias no se cumple y procede la designación registral, por cuanto si bien con fecha veintiocho de diciembre de dos mil diez se presentó en este Registro, bajo el asiento número 279 del Diario 664 del Libro de Documentos, el nombramiento de don ..... como auditor de cuentas designado por la Sociedad para los ejercicios 2010 a 2014, el cual fue calificado negativamente, retirado por el presentante y devuelto con fecha diez de enero de dos mil once, en unión de otros documentos, bajo el mismo número de asiento y Diario. El día veinticuatro de iguales mes y año se extendió nota de subsistencia de defectos; sin embargo, ni se ha practicado inscripción del referido nombramiento de auditor (pues a la fecha de la presente resolución existen defectos que aún no han sido objeto de subsanación), ni se ha puesto a disposición de las peticionarias el informe de auditoría elaborado por el citado auditor, ni se ha incorporado el mismo al expediente de referencia, encontrándose, además, caducado, a la fecha de la presentación en este Registro de la solicitud que ha motivado tal expediente. El Registrador Mercantil añadió en su acuerdo que, como viene declarando reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, exis-

tiendo una comunidad hereditaria a la que pertenecen las participaciones sociales y de la que forman parte las solicitantes, están plenamente legitimadas para actuar en defensa de los intereses de la misma; además, la constancia en el Libro Registro de Socios no es la única forma posible que tiene la sociedad de reconocer la condición de socio, y por ello el artículo 106.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, dice 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 y, por lo tanto, es el conocimiento efectivo por la sociedad, a través de su representación orgánica, de que la transmisión *mortis causa* se ha efectuado, lo que determina que el adquirente pueda ejercer los derechos de socio. Por último, señaló que, de conformidad con lo establecido en el artículo 661 del Código Civil, el heredero lo es desde la muerte del causante y puede ejercitar todos los derechos derivados de esa cualidad y, por tanto, no sería cierto que esas participaciones carezcan de titular, sino que pertenecen a una comunidad hereditaria de la que desde luego forman parte los solicitantes.

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 actuación de doña ..... no es conforme a la buena fe, pues en todo momento conoció que la sociedad procedió a nombrar auditor de cuentas a don ..... Este nombramiento efectuado por unanimidad por los asistentes a la Junta que representan el 66,66% del capital social enerva el derecho de los socios minoritarios al nombramiento registral de auditor, pues si bien es cierto que el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de capital concede este derecho a los socios minoritarios, también lo es que la ley no ampara el abuso de derecho. 2.º) Que doña ..... no está legitimada para actuar por cuenta de la comunidad hereditaria, pues no acreditó la designación por los copropietarios de las participaciones sociales un representante común.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 Reduce la sociedad recurrente las alegaciones formuladas en su escrito de oposición a dos cuestiones de carácter sustantivo: la relativa a la falta de legitimación de la solicitante para actuar en nombre y por cuenta de las copropietarias de las participaciones sociales; y la relativa al abuso de derecho por parte de la solicitante de la auditoría.

Pues bien, ninguna de estas dos alegaciones pueden prosperar, dado que la solicitante formó parte de una comunidad ganancial disuelta pero no liquidada, por lo que está plenamente legitimada para instar el nombramiento de

auditor por el Registrador Mercantil como cónyuge supérstite de don ..... y también como miembro de una comunidad hereditaria. Tal como ha mantenido reiteradamente este Centro Directivo no es cierto que los herederos tengan que esperar a la partición y adjudicación de la herencia para solicitar la auditoría de cuentas, dado que su naturaleza jurídica es la propia de un acto de administración y gestión para el cual están facultados cualquiera de los miembros de una comunidad hereditaria, pues con ella se pretende un acto beneficioso la comunidad como lo es un conocimiento veraz de la situación patrimonial y financiera de la sociedad.

En definitiva, en contra de lo que entiende el recurrente, la solicitante está legitimada para solicitar la auditoría, sin necesitar la atribución de la representación por parte de los demás coherederos de don ....., dado que la comunidad hereditaria difiere ostensiblemente de la comunidad constituida sobre unas acciones o participaciones sociales, diferencias que se fundan tanto en el origen de ambas comunidades, que en el caso de la copropiedad de acciones o participaciones sociales es la voluntad de los copropietarios, como por su duración pues la nota característica de la comunidad hereditaria es la de interinidad, dado que la comunidad subsiste solo pendiente de su próxima partición y adjudicación de los bienes a los herederos, lo que no ocurre en las copropiedad de acciones o participaciones sociales, pues aquí la situación tiene vocación de permanencia, sin perjuicio de que pueda acordarse su disolución.

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 106 de la Ley de Sociedades de Capital.

2.º En cuanto a las alegaciones sobre el ejercicio abusivo del derecho por parte de la 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 *(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....., como administrador de «Construcciones El Tarajal, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Sevilla el 5 de mayo 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 27 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.

Resolución de 27 de agosto de 2012 (2.ª)

En el expediente 178/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Colinas de Náquera, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., don ....., don ..... y doña ..... presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Valencia, el 25 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 5% del capital social de «Colinas de Náquera, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su representante, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que las cuentas de 2010 van a ser próximamente aprobadas por la Junta general ordinaria que se celebrará dentro de los seis primeros meses del año y la solicitud se ha presentado en el Registro Mercantil dentro del plazo de presentación de los Libros oficiales, 30 de abril de 2011. 2.º) Que los mismos solicitantes del nombramiento ya han hecho uso del derecho de información a través del Acta de requerimiento efectuado, por el que se solicita la convocatoria de Asamblea General Extraordinaria para que, entre otros puntos del orden del día, se proceda al nombramiento de auditor de cuentas, por lo que se estarían duplicando las solicitudes, siendo la primera el Acta de requerimiento de 7 de marzo de 2011 dirigida a la administración social.

III

El Registrador Mercantil de Valencia, con fecha 12 de mayo de 2011, 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. En el caso presente, no concurre la primera de las condiciones exigidas, puesto que la sociedad alega la futura convocatoria de una Junta general entre cuyos puntos del orden del día sometidos a debate se encuentra el de nombrar auditor voluntario y, consecuentemente no ha acreditado que dicho nombramiento fuese previo a la solicitud. En segundo lugar en dicho nombramiento no se ha garantizado el derecho de los socios al informe de auditoría por cualquiera de los medios indicados. Respecto al conocimiento por parte de los solicitantes de los datos del ejercicio que reclaman, información y auditoría son derechos distintos aunque complementarios por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. Respecto de éste último, el solicitante lo que pretende es que las cuentas san verificadas por un experto independiente. Por último, el Registrador Mercantil señaló que la no formulación de las cuentas del ejercicio 2010 no impide el ejercicio por parte de los solicitantes de este derecho, el cual está sujeto a un plazo preclusivo de tres meses para su ejercicio, con independencia de que las cuentas estén formuladas 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 que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que los fundamentos de la resolución recurrida en nada desvirtúan las alegaciones aducidas en el anterior escrito de oposición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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, 24 de mayo de 2007 y 15 de abril de 2010.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas en el escrito de interposición del recurso que no son sino una reiteración de las ya aducidas en el escrito de oposición. Como ha mantenido este Centro Directivo en numerosas resoluciones no debe entenderse que cuando la ley habla de «auditoría de cuentas» el socio minoritario, al que le reconoce este

derecho, tenga que esperar a que la administración social formule las cuentas anuales y a que la Junta General Ordinaria de la sociedad las apruebe, pues esto sería tanto como dejar en manos de la mayoría el ejercicio de un derecho que la ley atribuye a los socios minoritario. Además, la razón de ser del artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital es que los socios dispongan antes de la convocatoria de la Junta General de dicho informe de auditoría para que, con mayor conocimiento de causa, pueda adoptar una decisión fundada en orden a la aprobación o no de las cuentas formuladas por los administradores sociales.

2.º Tampoco puede prosperar como causa obstativa, el que los peticionarios hayan solicitado a la administración social por vía del acta requerimiento la convocatoria de una Junta General Extraordinaria para examinar y, en su caso, aprobar el nombramiento voluntario de un auditor de cuentas, dado que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital solo condiciona el ejercicio del derecho a que los socios minoritarios reúnan las condiciones de capital y tiempo exigidas y porque, además, ambas solicitudes son plenamente compatibles.

3.º Por último, se ha de señalar 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, ya que éste último pretende un informe de las cuentas anuales realizado por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de «Colinas de Náquera, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Valencia de 12 de mayo 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, 27 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

Resolución de 27 de agosto de 2012 (3.ª)

En el expediente 38/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Prestación de Servicios Auxiliares Concretos y Específicos a Empresas, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Badajoz el 4 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 titular de más del 5% del capital social de «Prestación de Servicios Auxiliares Concretos y Específicos a Empresas, 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 el solicitante no ostenta el porcentaje de capital social requerido por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas para solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de Badajoz, con fecha 12 de febrero de 2010, acordó desestimar la solicitud formulada, manteniendo que sin entrar a profundidad en las razones alegadas en el escrito de oposición, la sociedad ha acreditado que el solicitante no reúne el requisito de legitimación para instar el nombramiento de auditor de cuentas, dado que no ostenta la propiedad del 5% de capital social requerido.

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 síntesis: 1.º) Que en el momento de presentar su solicitud en el registro mercantil es titular de 26 participaciones sociales representativas del 26% del capital social de la compañía. 2.º) Que con fecha 20 de enero de 2010 se celebró Junta general de la sociedad en la que se acordó, con su voto en contra, la ampliación del capital social a la cantidad de 60.000 euros. El día 11 de febrero de 2010 el administrador único que negó en su escrito de oposición la legitimación del solicitante, remitió un burofax comunicándole que podía suscribir un número de participaciones sociales equivalentes a 16.200 euros en el ejercicio de su derecho de suscripción preferente, siendo al plazo para hacerlo efectivo hasta el 26 de febrero de 2010. Posteriormente, se rectificó la parte de capital que le correspondía siendo la de 15.600 euros, en vez de 16.200. 3.º) Que ingresó en la cuesta corriente indicada la suma de 15.516 euros, en concepto de ampliación de capital. 4.º) Que tanto antes de la ampliación de capital social, como con posterioridad y hasta el 11 de febrero de 2010 era titular de más del 5% del capital social y, por lo tanto, estaba y está legitimado para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, dado que la escritura de ampliación todavía no ha accedido al Registro Mercantil.

V

Con fecha de 26 de julio de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un escrito presentado por don ....., solicitante de la auditoría de cuentas

desistiendo del recurso de alzada interpuesto contra la decisión del Registrador Mercantil de Badajoz de 12 de febrero de 2010 que desestimó su solicitud de auditoría de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89 y 90 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 al recurso de alzada interpuesto por don ....., solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil «Prestación de Servicios Auxiliares Concretos y Específicos a Empresas, 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, 27 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Badajoz.

Resolución de 28 de agosto de 2012 (1.ª)

En el expediente 125/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Martín Largo & Acosta Associates, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 21 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital

social de «Martín Largo & Acosta Associates, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su representante, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitante de la auditoría adquirió las participaciones sociales que alega mediante escritura de compraventa autorizada el 31 de mayo de 2010. No obstante, lo que no relata es que subscribió un pacto privado con el resto de los socios que integraban el capital social. 2.º) Que esta ocultación por parte de la peticionaría no es sino un paso más por parte de quién desde hace cuatro años ejerce sus derechos de manera arbitraria y contraria a la buena fe. 3.º) Que una de las estipulaciones de dicho pacto fue el de la vinculación de la nueva socia a los términos y condiciones contenidos en el mismo. Y más adelante, en la estipulación 9.1.2 que para el caso cese efectivo de la relación de servicios con la sociedad, los nuevos socios se comprometen a la venta de sus participaciones sociales. 4.º) Que en consecuencia, la solicitante no ostenta la condición de socia de la compañía y, por tanto, debe negarse su legitimación para instar el nombramiento de auditor de cuentas. 5.º) Que, por último existe un serio conflicto de intereses por parte de la solicitante y la sociedad, dado que está incursa en competencia desleal.

III

El Registrador Mercantil número XV de Madrid, el 18 de abril de 2012, decidió desestimar la oposición de la sociedad, por entender que, sin perjuicio de la validez de dicho pacto que no compete al Registrador ni puede ser objeto del procedimiento, la sociedad reconoce que la solicitante de la auditoría continúa siendo socia, dado que no se produjo la venta de participaciones sociales por la «beligerancia de la solicitante con la compañía que emprenderá las acciones judiciales pertinentes». Es decir, manteniendo la propiedad de dichas participaciones sociales en el porcentaje que alegó en su instancia, debe mantenerse que está legitimada para ejercitar el derecho a la verificación contable. Ni la ley ni el Reglamento impiden el ejercicio de este derecho a quien a la vez sea socio de otra compañía dedicada a la misma actividad. El abuso de derecho y la mala fe de quien insta el nombramiento no puede dilucidarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido 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.

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. Añadió que la resolución recurrida rechazó las alegaciones de la sociedad en base a argumentos meramente formales.

V

Con fecha de 9 de junio de 2011 doña ..... presentó en la Delegación de Gobierno de Madrid un escrito, dirigido a esta Dirección General de los Registros y del Notariado con entrada en el Registro General de este Departamento ministerial el 20 de junio del mismo año, desistiendo de su solicitud de auditoría de las cuentas de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 para la sociedad «Martín Largo & Acosta Associates, 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 agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XV de Madrid.

Resolución de 28 de agosto de 2012 (2.ª)

En el expediente 162/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Protecciones de Cantabria, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Cantabria el 31 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital

y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Protecciones de Cantabria, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para que verifique las cuentas correspondientes al ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su representante don ....., se opuso a dicha pretensión, alegando, en esencia: 1.º) Que la relación actual entre el solicitante y la sociedad se encuentra subiudice, dado que está imputado por un presunto delito de apropiación indebida. 2.º) Que el solicitante constituyó una sociedad denominada «Oscar's Protección, S.L.», que es competencia directa de la compañía y así ha quedado acreditado en las Diligencias Previas 558/2009. Todo lo anterior motivó que el Juzgado dictara una orden contra los bienes del señor .....

III

El Registrador Mercantil de Cantabria, con fechas 5 de mayo de 2011 resolvió no admitir la oposición interpuesta por la sociedad. Entiende que, atendiendo a las alegaciones formuladas por el señor ....., no cabe sino entender que el socio tiene legitimación para solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas. El hecho de que exista un procedimiento abierto en el Juzgado de Instrucción número 3 de Santander, en el que está imputado y el que haya fundado otra sociedad que hace competencia a la que ahora está afectada por su solicitud, no deben ser examinados en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido. Tampoco la orden del Juzgado contra los bienes del solicitante, que no pasa de ser una afirmación del señor ..... (al aportar mera fotocopia para acreditarlo) afecta a la titularidad que ostenta sobre sus participaciones sociales en esta compañía.

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 y que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 y 4 de diciembre de 2009.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Cantabria que no ha sido desvirtuada por las alegaciones vertidas en el escrito de interposición del recurso. En efecto la

existencia de diligencias previas o, incluso, una sentencia penal contra el solicitante de la auditoría, no le priva ni condiciona la posibilidad de ejercitar un derecho que como socio la ley le reconoce, dado que en dicho procedimiento penal no se está discutiendo tal condición ni el porcentaje de su participación en el capital social de la compañía.

2.º Tampoco la existencia de conflictos de intereses entre la sociedad y el solicitante puede dar lugar a desestimar su solicitud de nombramiento de auditor de cuentas, al reunir los requisitos de capital y tiempo que la ley exige, siendo así que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento de nombramiento registral de auditor por el Reglamento del Registro Mercantil, impiden examinar en este trámite el alegado incumplimiento de la prohibición de competencia desleal con la sociedad afectada por su solicitud.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar, el recurso de alzada interpuesto por don ....., apoderado de «Protecciones de Cantabria, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Cantabria el 5 de mayo 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, 28 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Cantabria.

Resolución de 28 de agosto de 2012 (3.ª)

En el expediente 180/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tubohueco, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... y doña ....., presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 16 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más

del 5% del capital social de «Tubohueco, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión, alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitud incumple lo establecido en el artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil, en cuanto que no indica la causa de la petición. 2.º) Que a la solicitud no se han adjuntado los documentos acreditativos de la legitimación de los solicitantes.

III

A la vista de dicho escrito, con fecha de 28 de marzo de 2011, la Registradora Mercantil número IV de Madrid remitió, nuevamente, a la sociedad la instancia solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas y la documentación adjunta, en la que las solicitantes fundaban su legitimación.

IV

Por acuerdo de 29 de abril de 2011 la Registradora Mercantil número IV de Madrid, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que en los solicitantes concurren las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Mantuvo que las alegaciones de la sociedad sobre la causa de la solicitud no pueden enervar su pretensión, dado que el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil no exige entre los requisitos la indicación de la causa, por ser ésta siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa.

V

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 que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que si se expresara la causa o cuestiones concretas sobre las cuentas, quizás podrían reducirse los costes.

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.

Procede confirmar en esta resolución el fundamento único del acuerdo recurrido, dado que sobre la expresión de la causa de la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas para las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable, este Centro Directivo ha mantenido que la «ratio legis» del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital –que reproduce en idénticos términos el artículo 205.2 de la antigua ley de Sociedades Anónimas– hay que buscarla en la voluntad del legislador de que la contabilidad societaria, formulada por los órganos gestores pueda ser controlada por los socios minoritarios. En este hilo argumenta hay que constatar, que la causa de la solicitud del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es siempre y típicamente la misma, a saber: la inexistencia de auditoría de cuentas previa, razón por la cual el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que instrumentó las solicitudes basadas en dicho precepto no exige la expresión, de alcance meramente formal, de la causa, sin que quepa aplicar por analogía el artículo 350 del mismo cuerpo reglamentario que queda enlazado con otro supuesto que es el del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades Capital, completamente diferente al número 2. de ese mismo artículo.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de «Tubohueco, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Madrid el 29 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, 28 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número IV de Madrid.

Resolución de 28 de agosto de 2012 (4.ª)

En el expediente 163/2011 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socio de «Imvisa Vigo, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Pontevedra el 24 de marzo de 2011 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Imvisa Vigo, S.L.», el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010. Alegaba la propiedad ganancial de un número de participaciones sociales equivalentes al 50% de capital social que ostentaba junto con su esposo don ..... Adjuntó a su instancia: fotocopia de la escritura de constitución de la sociedad, otorgada el día 29 de enero de 1991, ante el Notario que fue de Vigo, don ....., número 395 de protocolo, en virtud de la cual don ....., entonces casado con doña ....., suscribía 500 participaciones sociales, representativas de dicho 50% del capital social; fotocopia de los datos registrales generales de dicha sociedad obtenidos a medio de consulta efectuada al Registro Mercantil Central el día 22 de marzo de 2011; fotocopia de copia de Sentencia número 374, de fecha 22 de junio de 2009 del Juzgado de Primera Instancia número 12 de Vigo, referida al Procedimiento de Divorcio Contencioso número 1399/08-D, declarando la disolución por causa de divorcio del matrimonio existente entre los señores ....., y el establecimiento de determinadas medidas hasta la liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales; fotocopia de Sentencia número 20, de fecha 20 de enero de 2010 de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 006 de Vigo, referida al Recurso de Apelación (LECN) 0004265/2009-A –Procedimiento de origen: Separación contenciosa 0001399/2008 del Juzgado de Primera Instancia Número 12 de Vigo–, en virtud de la cual se desestima el recurso de apelación interpuesto por don ..... frente a la sentencia citada anteriormente de fecha 22 de junio de 2009; fotocopia de solicitud, dirigida al mencionado Juzgado de Primera Instancia Número 12 de Vigo, de formación de inventario de bienes del régimen matrimonial, de fecha 22 de abril de 2010, acompañado de propuesta del mismo donde figura como parte integrante del Activo, el 50% de las participaciones sociales de la mercantil «Imvisa Vigo, S.L.»; fotocopia de copia del Acta de Formación de Inventario, de fecha 10 de junio de 2010 del mencionado Juzgado de Primera Instancia número 12 de Vigo, referida al Procedimiento de Liquidación Sociedades Gananciales 0000536/2010; y fotocopia del Acta de fecha 23 de noviembre de 2010, de suspensión de la Vista celebrada para decidir respecto a los bienes objeto de Inventario.

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, conforme al artículo 104.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad solo reputará socios a quién se halle inscrito en el Libro registro de participaciones sociales para ejercitar los derechos del socio. 2.º) Que cuestión distinta es que dichas participaciones sociales tengan naturaleza ganancial, privativa o exista cotitularidad entre las mismas, en cuyo caso habrán de designar a un representante para que ejercite los derechos que corresponden al socio.

III

El Registrador Mercantil de Pontevedra, con fecha 11 de abril de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento solicitado. 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. La peticionaria aportó un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre el 50% del capital social de la sociedad mediante copa de las sentencias dictadas por el Juzgado de Primera Instancia de Vigo y de la Audiencia Provincial de Pontevedra; así como un acta de formación de inventario, de 10 de junio de 2010, del Juzgado de Primer Instancia número 12 de Vigo, referida al procedimiento de liquidación de gananciales. La sociedad recurrente, por su parte, no ha logrado desvirtuar dicha legitimación y ello por las siguientes razones: En primer lugar, porque, tras la disolución de la sociedad de gananciales se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad postganancial, en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cotitularidad sobre todos los bienes que la integran que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos por tratarse de una comunidad germánica o en mano común, en la que está vedada la facultad de disposición sobre los bienes, pero no la de administración y gestión de los mismos. Y dado que el ejercicio del derecho a la verificación contable no entraña ninguna facultad de disposición, sino que se encuadra dentro de los actos de gestión y buena administración por ser su finalidad la de conocer la verdadera situación financiera y patrimonial de la empresa, se ha de concluir que puede ejercitarse por los dos cónyuges. 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 postganancial 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 las copropiedad de acciones pues aquí la situación tiene vocación de permanencia, sin perjuicio de que pueda acordarse su disolución. 3.º En cuanto a que la solicitante no figura inscrita en el Libro registro de socios, cabe señalar que no es precisa dicha inscripción para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas, sino que basta que acredite la titularidad sobre al menos el 5% del capital social.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso, en tiempo y forma, recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia, lo siguiente: 1.º) Que sin entrar a cuestionar la validez de las consideraciones realizadas por el Registrador Mer-

cantil de Pontevedra, éste omite señalar que con independencia de los derechos que cada socio pueda ejercer frente a la sociedad, ésta debe conocerlo para así poder facilita su ejercicio. 2.º) Que en la sociedad existe un socio que también ostenta el 50% del capital social que no participa de cuestiones domésticas ni de ninguna índole, entiende que quien quiera hacer valer sus derechos, debe hacérselos constar a la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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.

Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Pontevedra que no hace sino reiterar la doctrina sentada al respecto por esta Dirección General. En efecto, en tanto no esté liquidada la sociedad de gananciales, subsiste una comunidad postganancial, en la que está vedada la disposición de los bienes por cualquiera de los cónyuges pero, en ningún caso lo está la administración y gestión de los mismos.

Y, en segundo lugar, porque el ejercicio del derecho a la verificación contable no entraña ninguna facultad de disposición, sino que se encuadra –como indicó el Registradora Mercantil en el acuerdo recurrido– dentro de los actos de gestión y buena administración por ser su finalidad la de conocer la verdadera situación financiera y patrimonial de la empresa.

En el supuesto analizado, la solicitante ha acreditado en el expediente que existencia de la sociedad postganancial, formada por ella misma y por su ex cónyuge, don ....., así como su condición de socio y su titularidad sobre un número de participaciones sociales, equivalente al 50% del capital social, por lo que también ha quedado, básicamente, acreditada la legitimación de ésta 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, sus alegaciones sobre su desconocimiento de la condición de socia de la peticionaria, queda desvirtuada en este expediente por la notificación practicada por el Registrador Mercantil trasladándole la instancia y los documentos adjuntos a ella, notificación que, obviamente, cumple la finalidad de poner en conocimiento de la sociedad la pretensión de la solicitante, exigida por el artículo 104.2 de la ley de Sociedades de Capital.

Por último, se ha de recordar la doctrina mantenida por este Centro Directivo respecto a la inscripción en el Libro registro de socios que considera que éste no es el único medio para hacer constar tal condición, porque si así fuera

se dejaría en manos de la mayoría del capital el ejercicio de un derecho que la ley reconoce a la minoría.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por Enrique don ..... y don ....., administradores solidarios de «Imvisa Vigo, S.L.», y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Pontevedra de 11 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, 28 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 29 de agosto de 2012 (1.ª)

En el expediente 181/2011 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 Madrid el 8 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 2010.

II

La sociedad, a través de su administradora solidaria, doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad nombró auditor voluntario de cuentas para los años 2009, 2010 y 2011. El nombramiento recayó en la empresa «Contesa, Consultores de Técnicas Empresariales, S.L.». El informe de auditoría se envío al socio solicitante por medio de burofax.

III

El Registrador Mercantil XVI de Madrid, con fecha 19 de abril de 2011, requirió a la sociedad para que antes de proceder a dictar resolución, para que procediera a la inscripción del nombramiento, aportara el informe de auditoría al expediente o bien lo pusiera a disposición del socio solicitante. A dicho requerimiento la sociedad contestó mediante escrito de 5 de mayo de 2011, al que acompañó el informe de la auditoría de cuentas del ejercicio 2009.

IV

Por acuerdo de 16 de mayo de 2011, el Registrador Mercantil XVI de Madrid 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, no se ha aportado por la sociedad prueba documental soporte del escrito de oposición de la sociedad que exige el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil pero de la documentación presentada por la sociedad para la revisión de cuentas del ejercicio 2009 consta que el nombramiento fue previo a la solicitud. No ocurre lo mismo con la segunda de las condiciones exigidas, dado que no se ha aportado el informe de auditoría al expediente en el plazo concedido para ello, ni se acredita haberlo puesto a disposición del socio minoritario.

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: 1.º) Que en esta ocasión el mismo auditor voluntario está realizando los trabajos de auditoría de cuentas del año 2010 y, cuando los trabajos de verificación estén concluidos se enviará el informe al socio solicitante. 2.º) Que debido a la maniobras del peticionario las cuentas correspondientes al 2009 no pudieron ser aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 sep-

tiembre 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 265.2 de la Ley de Sociedades de capital 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 la segunda de las dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, puesto que el informe de auditoría presentado en la primera instancia del procedimiento es el correspondiente a la cuentas del ejercicio 2009 –solicitado al Registrador Mercantil por el mismo solicitante– y no al de las cuentas correspondientes al ejercicio 2010. No habiéndose procedido a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas, se ha de concluir que no se ha garantizado el derecho del socio minoritario al informe de auditoría, por lo que debe reconocerse el nombramiento registral de auditor que solicitó.

2.º Por último se debe indicar, respecto a las alegaciones que cuestionan la buena fe del peticionario que, como ha mantenido este Centro Directivo, 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.

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 número XVI de Madrid el 16 de mayo 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, 29 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XVI de Madrid.

Resolución de 29 de agosto de 2012 (2.ª)

En el expediente 182/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Advila CRH, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 28 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Advila CRH, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su apoderado, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad, por su pequeño tamaño y por su actividad económica, no tiene capacidad para sufragar los gastos de la auditoría de cuentas. 2.º) Que para que dicha auditoría fuera realizada el solicitante tendría que aportar las cuentas correspondientes al ejercicio 2008. El informe de auditoría se envío al socio solicitante por medio de burofax.

III

El Registrador Mercantil XVI de Madrid, con fecha 14 de abril de 2011, requirió a la sociedad para que aportara copia autentica de la escritura de apoderamiento, dado que adjuntó a su escrito de oposición una simple fotocopia. A dicha diligencia la sociedad contestó el 28 de abril de 2011 dando cumplimiento a lo requerido por el Registrador Mercantil.

IV

Por acuerdo de 4 de abril de 2011 *(sic)*, el Registrador Mercantil XVI de Madrid, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Entendió que la falta de medios económicos que alega la sociedad no puede enervar el derecho del solicitante, dado que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone, de manera taxativa, que los gastos de auditoría deben corresponderse siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre. Respecto a la ausencia de documentación contable, si bien dificulta los trabajos de auditoría del auditor, no obstaculiza su nombramiento.

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: 1.º) Que el derecho que al socio minoritario reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2.º) Que para que sean auditadas las cuentas del ejercicio 2010 el solicitante que fue el encargado de su supervisión, debe adjuntar los documentos contables correspondientes a los ejercicios 2008 y 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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, 30 de noviembre de 2005, 15 de junio de 2007 y 27 de junio de 2011.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, la no formulación de las cuen-

tas anuales o la falta de entrega al auditor de cuentas de la documentación contable correspondiente a ejercicios anteriores al 2010, en modo alguno impide la realización de la auditoría de cuentas puesto que el auditor, incluso ante la negativa de la sociedad de entregarle cualquier tipo de documentación contable, siempre podrá emitir un informe de auditoría con opinión denegada por limitación absoluta del alcance de los trabajos. Si, por el contrario, la ausencia de documentación no fuera imputable a la sociedad, ésta siempre podrá ejercer las acciones judiciales pertinentes para que dicha información que le pertenece sea puesta a su disposición.

2.º Tampoco pueden prosperar las alegaciones que cuestionan la buena fe del peticionario de la auditoría de cuentas pues, como ha mantenido este Centro Directivo, 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.

3.º La difícil situación económica de la empresa y la alegada imposibilidad de afrontar los gastos de auditoría no pueden impedir que ésta se realice cuando lo solicita un socio minoritario que reúne las condiciones de legitimación y tiempo que la ley exige, puesto que el artículo 265.2 dispone, con carácter taxativo y sin que quepa 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 ....., apoderado de «Advila CRH, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XVI de Madrid el 4 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, 29 de agosto de 2012.–El Director general de los Registros y del Notariado, Fdo: Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XVI de Madrid.

Resolución de 30 de agosto de 2012 (1.ª)

En el expediente 184/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Los Aljibes, S.A.».

HECHOS

I

Do ..... y doña ....., don ..... y don ..... presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Badajoz el 23 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil como titulares de más del 5% del capital social de «Los Aljibes, S.A.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del ejercicio económico cerrado a 31 de diciembre del 2010.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad el 24 de marzo de 2011, dicha notificación resultó infructuosa, por lo que el Registrador Mercantil de Badajoz volvió a practicarla en dos ocasiones más, siendo la última de las practicadas la de 4 de abril de 2011. La sociedad, con fecha de 4 de mayo de 2011 y a través de su representantes, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad carece de actividad económica, como lo prueban las copias de las declaraciones correspondientes al IVA de los ejercicios 2003-2004 y la del Impuesto de Sociedades de 2004. 2.º) Que las cuentas anuales de la sociedad no se han presentado en el Registro Mercantil desde el año 2004 y, por esta razón, el ejercicio de la auditoría de cuentas resultaría totalmente inútil, dado que solo generara gastos. 3.º) Que la empresa desea manifestar su deseo de poner a disposición de todos los accionistas los documentos tributarios y mercantiles para que puedan conocer la realidad económica de la empresa.

III

El Registrador Mercantil de Badajoz, con fecha 10 de mayo de 2011, resolvió estimar la solicitud de auditoría presentada por los socios minoritarios, sin entrar a conocer los motivos de rechazo a la solicitud alegados por la sociedad en su escrito de oposición, por entender que éste se presentó extemporáneamente.

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 sus alegaciones aducidas en el escrito de oposición y añadiendo, en esencia: 1.º) Que el Registrador Mercantil aplicó con un rigor inusual el plazo concedido a la sociedad para formular oposición al nombramiento registral de auditor de cuentas. Y es inusual porque el Registrador Mercantil dirigió su notificación a un domicilio social distinto al que es se de la empresa. 2.º) Que, no obstante lo anterior, la sociedad se dio por notificada con el fin de poder alegar sus motivos para rechazar la auditoría de cuentas. 3.º) Que en todo caso, el plazo para que la sociedad presentara su oposición venció el día 3 de mayo de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, 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 3 de mayo de 2010.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar en esta resolución que, conforme ha mantenido este Centro Directivo en numerosas resoluciones, el Registrador Mercantil debió entrar a conocer las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de oposición, dado que este trámite regulado en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil supone para la sociedad un derecho y no una carga, por lo que el reglamento establece un plazo no preclusivo de cinco días para ello, con el fin de dotar al procedimiento de cierta agilidad y permitir una pronta resolución de la solicitud. No obstante, las partes –socio y sociedad– pueden alegar en cualquier momento lo que tengan por conveniente en defensa de sus derechos y el Registrador Mercantil habrá de tenerlas en cuenta antes de adoptar su decisión. Así resulta del artículo 79 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que, en este procedimiento de nombramiento registral de auditor, es supletoria en todo lo no previsto en su regulación específica contenida en el Reglamento del Registro Mercantil

No obstante lo anterior, este defecto procedimental no ha de comportar la retroacción del expediente, dado que, en primer lugar, en esta instancia de alzada se valorarán todas y cada una de las alegaciones formuladas por la sociedad y, en segundo lugar, el fallo de dicha resolución, en el caso de que se acordara la retroacción, sería idéntico a la que hoy se recurre, por lo que en virtud del principio de economía procesal procede entrar a dilucidar las cuestiones de fondo planteadas.

2.º La primera cuestión planteada en el presente expediente se centra en determinar si el motivo de oposición alegado por la sociedad, relativo a sus dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido la doctrina, conforme a la cual el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital no deja margen interpretativo alguno cuando dispone que los gastos que la auditoría comporta corren siempre a cargo de la sociedad. Dado que dicho precepto tampoco contempla excepción alguna a esta obligación de la empresa afectada por la solicitud de nombramiento registral de auditor, se ha de concluir que la mala situación económica por la que atraviesa la empresa, incluso en el supuesto de ser real, no puede impedir el ejercicio del derecho de los socios minoritarios a la verificación contable del ejercicio 2010.

En esta línea argumental poco importa que la empresa apenas tenga actividad económica, pues siempre tendrá unos documentos contables y fiscales que serán el objeto de la auditoría, dado que la sociedad no ha sido liquidada y subsiste en el mercado aunque sea con poca actividad.

3.º Por último, se ha de indicar que el derecho de información que pueden ejercitar en cualquier tiempo todos los socios de entidades mercantiles es distinto, aunque complementario del derecho de auditoría, este último persigue que esa información contable y económica de la empresa que ya poseen los socios sea verificada por un auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil con el fin de conocer si reflejan la realidad económica y patrimonial de la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., representante de «Los Aljibes, S.A.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Badajoz el 10 de mayo 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, 30 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Badajoz.

Resolución de 30 de agosto de 2012 (2.ª)

En el expediente 185/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Invernopi, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... Cos presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 31 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 2010.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ..... y don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la Junta general celebrada el 30 de junio de 2010 procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo para las cuentas correspondientes al ejercicio 2010, recayendo el nombramiento en don ....., siendo remitida dicha acta al solicitante de la auditoría mediante burofax.

III

El Registrador Mercantil número X de Madrid, con fecha 25 de abril de 2011 requirió a la sociedad para que en el plazo de diez días acreditara la fecha fehaciente del nombramiento y la aceptación del auditor, debiendo proceder a la inscripción del nombramiento, a la entrega al socio del informe de auditoría o a la incorporación del informe al expediente. A dicho requerimiento la sociedad contestó mediante escrito presentado en la Oficina de Correos el 14 de mayo de 2011, al que acompañó los documentos requeridos.

IV

Por acuerdo de 24 de mayo de 2011, el Registrador Mercantil número X de Madrid resolvió 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 el nombramiento voluntario de auditor puede enervar el derecho del socio si 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 la fecha de celebración de la Junta general podría considerarse acreditada, no ocurre lo mismo con la aceptación del auditor, al carecer de fecha fehaciente, conforme a lo dispuesto en los artículos 1227 y 1261 del Código Civil, 214 de la Ley de Sociedades de Capital y 141 y 154 del Reglamento del Registro Mercantil. Por lo que se refiere al informe de auditoría, tampoco puede considerarse fehaciente la fecha de 30 de marzo de 2011, pues si bien la sociedad afirma que ha estado a disposición de la solicitante, esta circunstancia no se acredita, por el contrario de la documentación aportada resulta que la primera fecha de la puesta a disposición de la solicitante es la de 5 de mayo de 2011.

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: 1.º) Que la solicitante de la auditoría fue debidamente convocada a la Junta general que acordó el nombramiento de auditor de cuentas y, posteriormente, fue remitida el acta de la Junta General. 2.º) Que, en relación con el artículo 1227 del Código Civil, la socia solicitante no puede tener la consideración de tercero, a efectos de lo dispuesto en el mencionado artículo. 3.º) Que el informe del auditor

voluntario fue aportado al expediente como documento número 3 el 13 de mayo de 2011.
4.º) Que la solicitante ha mantenido una actitud deliberadamente hostil hacia la sociedad para forzar la compra de sus participaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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, la carta de aceptación del encargo de auditoría careció de fecha fehaciente hasta que se depositó en la Oficina de Correos dirigido al Registro Mercantil, el 14 de mayo de 2011 y, por tanto, la sociedad solo pudo acreditar la contratación del auditor de cuentas voluntario con posterioridad a la presentación de la instancia de la socia minoritaria solicitando el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil. No cumpliéndose la primera de las condiciones es indiferente que se acredite el cumplimiento de la segunda.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona los motivos de la peticionaria, 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 *(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.

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 número X de Madrid el 24 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, 30 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número X de Madrid.

Resolución de 30 de agosto de 2012 (3.ª)

En el expediente 183/2011 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socio de «Autos García Sánchez, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 18 de marzo de 2011 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como socia de «Autos García Sánchez, S.L.», el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010.

II

El Registrador Mercantil de Alicante con fecha de 12 de abril de 2011 acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio social 2010.

III

Contra dicha resolución la sociedad, a través de su representante, don ....., interpuso recurso de alzada antes esta Dirección General de los Registros y del Notariado, alegando, en esencia: 1.º) Que conforme al artículo 104 de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad solo reputará como socios a quienes figuren inscritos en el Libro registro de socios. Por ello, el Registrador Mercantil ha admitido, erróneamente, la solicitud presentada por quien no es socia de la compañía, careciendo de legitimación para instar el nombramiento de auditor de cuentas. 2.º) Que la documentación aportada por la solicitante consistente en la fotocopia de la escritura de compraventa de participaciones sociales, no constituye un medio de prueba acreditativo de la legitimación del socio. Además en dicha escritura consta que don ....., ex –cónyuge de la solicitante adquirió en ese momento, un tercio de participaciones sociales de la compañía. 3.º) Que la única vinculación de la solicitante con la sociedad resulta de que don ....., administrador y legítimo titular de las participaciones sociales, es su ex-cónyuge. 4.º) Que no se ha procedido a la disolución de la sociedad conyugal y, por tanto, la peticionaria esta haciendo valer un derecho que no le corresponde, pues la sociedad de gananciales no es la titular de dichas participaciones sociales. 5.º) Que la solicitud de auditoría obedece exclusivamente al ánimo de la solicitante de perjudicar a la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 La obligación que la ley impone a la autoridad que resuelve el recurso de decidir cuantas cuestiones planté el expediente hayan sido o no alegadas

por los interesados artículo 113.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, exige señalar en esta resolución la infracción procedimental cometida por el Registrador Mercantil de Alicante que, tal como se deduce de la documentación que consta en el expediente y de la relación de documentos que contiene, no trasladó la instancia a la sociedad para que formulara sus alegaciones, con infracción de lo previsto e el artículo 354.3 del reglamento del Registro Mercantil.

Sin embargo, dicha infracción procedimental no debe suponer la retroacción del expediente al momento en que debió realizarse el trámite omitido, ya que no ha generado indefensión en la sociedad que ha podido exponer holgada y ampliamente sus alegaciones en esta instancia de alzada, las cuales serán analizadas por esta Dirección General.

2.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 de las cuentas correspondientes al ejercicio 2010.

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 las propias alegaciones de la representación recurrente que reconoce que es cónyuge de la solicitante de la auditoría, que la sociedad ganancial no está disuelta y que adquirió por compra un tercio de las participaciones sociales que conforman el capital social de la entidad mercantil afectada por la solicitud, equivalente al 5% de éste, ha quedado acreditada la legitimación de la peticionaria para ejercer el derecho al nombramiento registral de auditor.

En efecto, en contra de lo que entiende la sociedad recurrente, no habiéndose liquidado la sociedad de gananciales, subsiste una comunidad postganancial en la que hay una cotitularidad sobre todos los bienes que la integran que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por cualquiera de los ex-cónyuges pero, en ningún caso lo está la administración y gestión de los mismos. Como quiera que el ejercicio del derecho a la verificación contable no entraña ninguna facultad de disposición, sino que se encuadra dentro de los actos de gestión y buena administración por ser su

finalidad la de conocer la verdadera situación financiera y patrimonial de la empresa, puede ser ejercitado por cualquiera de los miembros de la comunidad ganancial o postganancial.

Esta interpretación en nada obstaculiza las disposiciones contenidas en los artículos 126 y 127 de la Ley de Sociedades de Capital, relativas a la copropiedad de acciones o participaciones sociales, 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 postganancial 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 las copropiedad de acciones pues aquí la situación tiene vocación de permanencia, sin perjuicio de que pueda acordarse su disolución.

Y, por último, indicar que este Centro Directivo 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 106 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto don ....., en su condición de administrador de «Autos García Sánchez, S.L.», y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Alicante de 12 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, 30 de agosto de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 21 de septiembre de 2012 (1.ª)

En el expediente 187/2011 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 Valencia el 31 de marzo 2011 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares 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 2010. Alegaban ser herederas de don ....., en virtud del testamento otorgado el 6 de julio de 2006 por su causante ante el Notario de Valencia don ..... La sociedad legal de gananciales formada por el fallecido y su cónyuge, doña ....., en el momento del fallecimiento, era titular de 2789 participaciones sociales del capital social.

II

La sociedad, a través de doña ....., administradora única, se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Falta de legitimación de las solicitantes, puesto que no ostentan participación alguna en la empresa, pues fueron suscritas por el causante y su esposa en régimen de gananciales. 2.º) No consta acreditado ni el fallecimiento de miembro alguno de la supuesta sociedad de gananciales ni tampoco su régimen económico matrimonial. 3.º) De los asientos registrales tampoco consta acreditada la titularidad de capital social, dado que las transmisiones no son inscribibles en el Registro Mercantil y desde la constitución de la sociedad hasta le fecha pueden haberse producido donaciones o compraventas, extremo del que, en ningún caso, pueden ser conocedoras las solicitantes. 4.º) No consta acreditada la liquidación de la sociedad de gananciales.

III

El Registrador Mercantil número V de Valencia, con fecha 27 de mayo de 2011, 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 transcurridos tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social en el momento de la solicitud, cumpliendo la solicitante ambos requisitos. Mantuvo que respecto a la no fundamentación jurídica alegada por la sociedad por la referencia en la solicitud al artículo 205.2 del Real Decreto Legislativo 1564/1989 ya derogado y no al 265.2 del Texto Refundido de las Sociedades de Capital, es reiterada la doctrina de la Dirección General de los Registros y Notariado manteniendo que es irrelevante la no expresión del precepto legal en que el solicitante se funda al formular su pretensión, si del conjunto del expediente resulta el verdadero carácter de la solicitud como es el caso. (RDGRN 2 de octubre de 2002 y concordantes). Respecto a la falta de legitimación de los solicitantes, ésta deriva de los asientos del Registro, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento del Registro Mercantil, quedando en principio acreditada mediante el principio de prueba aportado por escrito por los mismos solicitantes en el expediente A88/2010 de nombramiento de auditor para las cuentas anuales del ejercicio 2009 de la sociedad «Recambios Tamarit, S.L.», asiento 88 folio 74 del libro 14 del libro de Auditores y Expertos Independientes actualmente en fase

de resolución de recurso de alzada elevado a la Dirección General de los Registros el 21 de mayo de 2010, documentos consistentes en el testamento de don ..... formalizado ante el Notario de Valencia con el número 179 de su protocolo en el que instituye herederas a sus cuatro hijas doña ....., doña ....., doña ..... y doña ....., entre los que se distribuirá la herencia por partes iguales, lo que significa que han acreditado formar parte de una comunidad hereditaria titular de las participaciones sociales de la sociedad «Recambios Tamarit, S.L.». Como reiteradamente ha puesto de manifiesto la Dirección General de los Registros y Notariado no es necesario que los herederos tengan que esperar a la partición y adjudicación de la herencia para estar legitimados para ejercitar el derecho de auditoría, puesto que, a través de él, ejercitan un derecho de gestión o administración, que no de disposición de bienes (art. 6 del Reglamento del Registro Mercantil, art. 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y artículo 350 y siguientes del Reglamento y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado de 5 de febrero de 2002, 28 de septiembre de 2004, 20 de junio de 2005, 26 de marzo de 2008 y concordantes).

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: 1.º) Que la resolución recurrida ignora que existe una contienda judicial pendiente de su resolución sobre los elementos que constituían los bienes y derechos de don ....., entre los cuales se encuentran las citadas participaciones sociales, por tanto, al existir prejudicialidad la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas debe ser suspendida. 2.º) Que, por otra parte, el Registrador Mercantil ignora el objeto de esa prejudicialidad que no es otro que el de la liquidación de la sociedad de gananciales, siendo así que puede que las participaciones sociales se adjudiquen en su totalidad al cónyuge supérstite. 3.º) Que el juez que conoce dicho procedimiento de liquidación de la sociedad, nombró administradora de los bienes y derechos que componen la sociedad de gananciales a doña ..... 4.º) Que la solicitud que inició este expediente tiene la oposición del resto de los miembros de la comunidad, citando en apoyo de su pretensión, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 17 de abril de 2008. Adjuntaba al escrito de interposición del recurso copia de la Sentencia de 29 de julio de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 25 de Valencia en el asunto sobre liquidación de gananciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital 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, 30 de mayo de 2007 y 29 de julio de 2011.

Procede confirmar por ajustado a derecho el fundamento de la resolución adoptada por el Registrador Mercantil de Valencia. En efecto, las solicitantes

de la auditoría de cuentas aportaron un principio de prueba de su legitimación mediante los documentos adjuntos a la solicitud de nombramiento de auditor de las cuentas anuales del ejercicio 2009, estimada por el Registrador Mercantil de Valencia, recurrida en alzada por la sociedad ante este Centro Directivo y, finalmente, resuelta por Resolución de 29 de julio de 2011 que confirmó la decisión del Registrador Mercantil de Valencia y desestimó el recuso interpuesto por la sociedad.

En el presente expediente tampoco ha quedado desvirtuada, en modo alguno, dicha legitimación y mucho menos a la vista de la sentencia de 29 de julio de 2010 que resuelve el procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal, de la que resulta que el objeto de la *litis* consistió en la pretendida inclusión como bienes gananciales determinados objetos y alhajas, siendo así que en el fallo de la misma se acordó que los bienes y derechos que forman parte de dicha comunidad postganancial pendiente de liquidar son los citados en el fundamento de derecho tercero, entre los que se encuentran las participaciones sociales de la entidad mercantil «Recambios Tamarit, S.L.».

La sociedad continúa sin aportar prueba alguna que desvirtúe dicha legitimación, puesto que, en contra de lo que entiende, no es necesario que los herederos tengan que esperar a la liquidación de la sociedad de gananciales y a la partición y adjudicación de la herencia para estar legitimados a 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–, puesto que el nombramiento registral de auditor de las cuentas correspondientes al ejercicio 2010 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 Valencia de 27 de mayo 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, 21 de septiembre de 2012.–El Director general de los Registros y del Notariado.–P.A. El Subdirector general del Notariado y de los Registros, Francisco Javier Vallejo Amo. (Resolución del Subsecretario de 20 de septiembre de 2012).–Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

Resolución de 21 de septiembre de 2012 (2.ª)

En el expediente 188/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Invesit Detectives, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., en nombre y representación de don …., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 9 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 5% del capital social de «Invesit Detectives, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2010.

II

A la vista de dicha solicitud, el Registrador Mercantil de Madrid, con fecha de 11 de marzo de 2011, requirió al solicitante para que aportara a su instancia el original o el testimonio notarial de la escritura de poder de la que surgen sus facultades representativas. Así lo hizo el solicitante que aportó copia autorizada de la referida escritura el 28 de marzo de 2011.

Notificada de dicha instancia, la sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante de la auditoría se comprometió a transmitir sus participaciones sociales y de elevar a escritura pública dicha transmisión. Ante la demanda interpuesta por don ..... y don ..... para que procediera al cumplimiento de lo pactado, se allanó a las pretensiones de los demandantes, por lo que, de conformidad con el artículo 21 de la ley de Enjuiciamiento Civil, el Juzgado de lo Mercantil número 56 de Madrid, dictó la sentencia de 12 de mayo de 2010 condenándole a cumplir lo estipulado en el contrato de 8 de mayo de 2009. 2.º) Que resulta evidente que mediante la presente solicitud de auditoría el interesado no debería ser ya socio de la compañía y que lo que pretende es, exclusivamente, perjudicar a la sociedad accediendo a datos confidenciales para hacer uso en su contra en una clara competencia desleal.

III

La Registradora Mercantil número VI de Madrid, con fecha 18 de mayo de 2011, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado. Entiende, respecto a la falta de legitimación alegada, que la sociedad no desvirtuó dicha legitimación, puesto que no acreditó la firmeza de la sentencia de 12 de mayo de 2010, ni tampoco la existencia de la escritura pública por la que el solicitante transmitiera sus participaciones sociales, por lo que el día de la presentación de la instancia en el registro mercantil el socio continúa siendo propietario de las participaciones sociales que alegó, sin haberse producido ni interpartes ni frente a la sociedad la referida transmisión. En cuanto a las manifestaciones sociales sobre la verdadera finalidad del socio, 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 *(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. 1902 del Código Civil). En cuanto a las consideraciones sobre el coste de la auditoría de cuentas y su negativa incidencia sobre la marcha de la sociedad, son cuestiones que no pueden considerarse causa de oposición pues el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone, 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.

VI

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, dando por reproducidas todas las alegaciones de su escrito de oposición. Añade, en síntesis, que, en contra de la resolución registral, no es cierto que la exigencia de escritura pública afecte a la validez del acto transmisivo y que, en consecuencia, el solicitante no está facultado para obtener el nombramiento de auditor de cuentas, por no ser socio de la compañía.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 19 de octubre de 2007 y la de 21 de julio de 2010.

1.º La primera cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar si el solicitante de la auditoría estaba, en el momento de presentar su instancia en el Registro Mercantil, legitimado para obtenerla. Tal como señala la resolución recurrida, este Centro Directivo ha mantenido que basta que el solicitante aporte 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 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.

La sociedad, por su parte, invoca para desvirtuarla la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 56 de Madrid, por la que se condena al socio minoritario a efectuar los actos y obligaciones asumidos en el contrato, entre ellos, a elevar a escritura pública el contrato privado de 8 de mayo de 2009. Sin embargo, la sociedad no acredita ni la ejecución forzosa de dicha sentencia, ni tampoco que, efectivamente, dicha escritura pública haya sido otorgada. Por tanto, conforme al artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital y conforme a lo que resulta de los asientos del registro, el socio sigue siendo propietario del porcentaje de capital social que alegó en su instancia.

2.º Reitera la sociedad en el escrito de interposición del recurso de alzada que la verdadera intención del socio es la de causar un perjuicio económico a la sociedad. Sobre esta cuestión se ha de recordar la doctrina de este Centro Directivo conforme a la cual el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide examinar la verdadera finalidad del socio al presentar su instancia en el Registro Mercantil, 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. 1902 del Código Civil).

3.º Por último, en cuanto al posible perjuicio económico que los gastos de la auditoría de cuentas puedan ocasionar a la sociedad, se ha de señalar que el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital dispone con carácter taxativo y sin que quepa margen interpretativo alguno, que dichos gastos corren siempre de cuenta de la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de «Invesit Detectives, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora a Mercantil número VI de Madrid el 18 de mayo 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, 21 de septiembre de 2012.–El Director general de los Registros y del Notariado.–P.A. El Subdirector general del Notariado y de los Registros. Firmado: Francisco Javier Vallejo Amo. (Resolución del Subsecretario de 20 de septiembre de 2012).–Sr. Registrador Mercantil número VI de Madrid.

Resolución de 21 de septiembre de 2012 (3.ª)

En el expediente 191/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Invesit Integral, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., en nombre y representación de don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 9 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 5% del capital social de «Invesit Integral, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2010.

II

A la vista de dicha solicitud, el Registrador Mercantil de Madrid, con fecha de 11 de marzo de 2011, requirió al solicitante para que aportara a su instancia el original o el testimonio notarial de la escritura de poder de la que surgen sus facultades representativas. No constando en el Registro Mercantil la presentación de la documentación requerida el Registrador Mercantil, con fecha de 12 de abril de 2011, decidió desestimar la solicitud por no quedar acreditada la representación.

III

El 20 de abril de 2011, advertido que el requerido documento fue enviado por correo certificado el 25 de marzo de 2011, se dio entrada a dicha documentación y se dejó sin efecto el acuerdo de 12 de abril de 2011.

IV

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante de la auditoría se comprometió a transmitir sus participaciones sociales y a elevar a escritura pública dicha transmisión. No habiéndolo hecho y ante la demanda interpuesta por don ..... y don ..... para que procediera al cumplimiento de lo pactado, se allanó a las pretensiones de los demandantes, por lo que, de conformidad con el artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Juzgado de lo Mercantil número 56 de Madrid, dictó la sentencia de 12 de mayo de 2010 condenándole a cumplir lo estipulado en el contrato de 8 de mayo de 2009. 2.º) Que resulta evidente que mediante la presente solicitud de auditoría el interesado no debería ser ya socio de la compañía y que lo que pretende es, exclusivamente, perjudicar a la sociedad accediendo a datos confidenciales para hacer uso en su contra en una clara competencia desleal. 3.º) Que debido a los expuesto, la sociedad no tiene por qué asumir los costes de la auditoría de cuentas

V

El Registrador Mercantil número V de Madrid, con fecha 18 de mayo de 2011, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado. Entiende, respecto a la falta de legitimación alegada, que la sociedad no desvirtuó dicha legitimación, puesto que no acreditó la firmeza de la sentencia de 12 de mayo de 2010, ni tampoco la existencia de la escritura pública por la que el solicitante transmitiera sus participaciones sociales, por lo que el día de la presentación de la instancia en el registro mercantil el socio continúa siendo propietario de las participaciones sociales que alegó, sin haberse producido ni interpartes ni frente a la sociedad la referida transmisión. En cuanto a las manifestaciones sociales sobre la verdadera finalidad del socio, 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 *(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. 1902 del Código Civil). Por último, sobre las consideraciones sobre el coste de la auditoría de cuentas y su negativa incidencia sobre la marcha de la sociedad, son cuestiones que no pueden considerarse causa de oposición pues el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone, 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.

VI

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, dando por reproducidas todas las alegaciones de su escrito de oposición. Añade, en síntesis, que, en contra de la resolución registral, es evidente el ejercicio abusivo de derecho por parte del solicitante, pues como resulta de sus propias manifestaciones, se comprometió a transmitir las citadas participaciones sociales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 19 de octubre de 2007 y la de 21 de julio de 2010.

1.º La primera cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar si el solicitante de la auditoría estaba, en el momento de presentar su instancia en el Registro Mercantil, legitimado para obtenerla. Tal

como señala la resolución recurrida, este Centro Directivo ha mantenido que basta que el solicitante aporte 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 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.

La sociedad, por su parte, invoca para desvirtuar dicha legitimación la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 56 de Madrid, por la que se condena al socio minoritario a efectuar los actos y obligaciones asumidos en el contrato, entre ellos, a elevar a escritura pública el contrato privado de 8 de mayo de 2009 por el que se comprometió a elevar a escritura pública la transmisión de la propiedad de las participaciones sociales que ostenta en la compañía. Sin embargo, la sociedad no acredita ni la ejecución forzosa de dicha sentencia, ni tampoco que ésta sea firme, ni que, efectivamente, dicha escritura pública haya sido, finalmente, otorgada. Por tanto, conforme al artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital y conforme a lo que resulta de los asientos del registro, el socio sigue siendo propietario del porcentaje de capital social que alegó en su instancia.

2.º Reitera la sociedad en el escrito de interposición del recurso de alzada que la verdadera intención del socio es la de causar un perjuicio económico a la sociedad. Sobre esta cuestión se ha de reiterar la doctrina sentada por este Centro Directivo conforme a la cual el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide examinar las verdaderas motivaciones del socio al presentar su instancia en el Registro Mercantil, 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. 1902 del Código Civil).

3.º Por último, en cuanto al posible perjuicio económico que los gastos de la auditoría de cuentas puedan ocasionar a la sociedad, se ha de señalar que el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital dispone, con carácter taxa-

tivo y sin que quepa margen interpretativo alguno, que dichos gastos corren siempre de cuenta de la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de «Invesit Integral, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador a Mercantil número V de Madrid el 18 de mayo 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, 21 de septiembre de 2012.–El Director general de los Registros y del Notariado.–P.A. El Subdirector general del Notariado y de los Registros. Firmado: Francisco Javier Vallejo Amo.–Sr. Registrador Mercantil número V de Madrid.

Resolución de 22 de septiembre de 2012 (1.ª)

En el expediente 190/11 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bolsos PT, S.A., en liquidación».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 22 de febrero de 2011 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Bolsos PT, S.A.», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2010.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta no presentó oposición al nombramiento solicitado por la socia minoritaria en el plazo concedido al efecto.

III

El Registrador Mercantil número XV de Madrid, con fecha de 24 de mayo de 2011, acordó estimar la solicitud, dado que la peticionaria reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos y la sociedad no ha alegado causa de oposición al nombramiento. En dicha resolución acordó designar como auditor de cuentas a la entidad «Abantos Auditores, S.L.», cuyo representante, en esa misma fecha, aceptó el nombramiento.

IV

Contra dicha resolución don ....., en nombre y representación de la sociedad, 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 número 53 de Madrid, de 18 de marzo de 2005 y, por tanto, carece de personalidad jurídica salvo para los actos de liquidación. 2.º) Que la peticionaria ha reiterado su petición de auditoría de cuentas los años 2007, 2008, 2009, cuyos nombramientos por el Registrador Mercantil fueron recurridos ante el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid y resueltos por la sentencia de 7 de julio de 2010. Los restantes nombramientos por el registrador fueron recurridos en alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. 3.º) Que la solicitud no expresa la causa, infringiendo lo dispuesto en el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil. 4.º) Que la accionista no explica los motivos por los que formula su petición, cuestión fundamental conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común. Ello evidencia una clara malicia en la peticionaria que conoce perfectamente la situación de disolución judicial de la sociedad y el nombramiento de un liquidador judicial por insaculación. 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 entre los créditos pendientes de liquidación se encuentran precisamente las deudas que la señora ..... debe abonar a la sociedad. 7.º) Que, no obstante lo anterior, el liquidador judicial ha manifestado a la solicitante la posibilidad de efectuar la auditoría facilitando al profesional el acceso a la documentación.

V

Con fecha de 25 de julio de 2011 tuvo entrada en el Registro general de este Departamento ministerial un escrito de la solicitante del nombramiento registral de auditor de cuentas, doña ....., aduciendo contra las alegaciones formuladas por la sociedad en el escrito de interposición del recurso, las alegaciones que estimó conveniente en defensa de su derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 17 de junio de 2011.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en el escrito de interposición del recurso. En primer lugar, debe señalarse que, aunque la sociedad se encuentre disuelta por decisión judicial, es posible ejercitar el derecho que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital reconoce también durante la fase liquidatoria, sobre la base de 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 íntegro de los acreedores, al reparto del activo sobrante –si es que existe– entre los socios y a la cancelación 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. Así lo ha mantenido este Centro Directivo en numerosas resoluciones, entre otras, en la de 17 de junio de 2011, por la que desestimó el recurso alzada interpuesto por esta misma sociedad contra el nombramiento registral de auditor solicitado por la misma peticionaria, resolución que hoy es firme al no haber sido impugnada por la sociedad ante el Juzgado de lo Mercantil.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la validez de la instancia por no expresar la causa de la misma, pues como también señaló este Centro Directivo, 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, dado que la causa de la petición hay que buscarla en el deseo del legislador de que la contabilidad societaria formulada por los órganos gestores pueda ser controlada por los accionistas minoritarios. En este hilo argumenta hay que constatar, que la causa de la solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es distinta a la causa de las solicitudes fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, razón por la cual el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que instrumentó las solicitudes basadas en aquel precepto no exige la expresión, de alcance meramente formal, de la causa, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 350 del mismo cuerpo reglamentario dirigido a instrumentar las solicitudes de nombramiento registral de auditor de cuentas para las sociedades legalmente obligadas a presentar sus cuentas en el Registro Mercantil junto con el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas.

3.º En cuanto a las motivaciones espurias de la solicitante, por el hecho de entender necesaria la auditoría también para este ejercicio 2010, 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 procedi-

miento 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 tanto, dado que el derecho a la verificación contable es un derecho reiterable para el ejercicio económico vencido, no cabe imputar mala fe a la peticionaria por el hecho de haber solicitado su ejercicio en años anteriores.

4.º Por último, por lo que se refiere a los costes de la auditoría que la sociedad entiende son innecesarios e incluso perjudiciales, se ha de señalar 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 «Bolsos PT, S.A., en liquidación», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XV de Madrid el 24 de mayo 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, 22 de septiembre de 2012.–El Director general de los Registros y del Notariado.–P.A. El Subdirector general del Notariado y de los Registros. Firmado: Francisco Javier Vallejo Amo.–Sr. Registrador Mercantil número XV de Madrid.

Resolución de 22 de septiembre de 2012 (2.ª)

En el expediente 192/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una sociedad de «Reynaud España, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., en nombre y representación de «Huerta de la Reina, S.L.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de Huelva el 18 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los

artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 5% del capital social de «Reynaud España, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2010. Adjuntó a su instancia copia de la escritura de compraventa de participaciones sociales, otorgada en Brenes el 22 de abril de 2008, ante el Notario don ....., bajo el número 718 de su protocolo y copia testimoniada del Libro registro de socios, de 25 de marzo de 2011, de la que resulta que la citada entidad es propietaria de las participaciones sociales 1 a 223, de la 14.093 a la 24.092, todas inclusive y la número 4051, haciendo un total de veinte mil cuatrocientas cuarenta y siete participaciones sociales.

II

La sociedad, a través de su administrador único don ....., se opuso a dicha pretensión alegando en síntesis: 1.º) Que al solicitante le consta que la sociedad tiene contratado los servicios de la empresa un auditora «Ibarra & Cebreros Auditores» por un periodo de tres años prorrogables, designado con anterioridad a la solicitud. 2.º) Que el solicitante carece de la participación necesaria para instar el nombramiento registral de auditor de cuentas, dado que el contrato de compraventa de sus participaciones sociales fue resuelto por incumplimiento de la obligación de pago del precio, resolución que actualmente consta pendiente de reclamación judicial ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de la Palma del Condado. Adjuntó a su escrito copia de la demanda presentada ante el citado Juzgado y auto de admisión a trámite de la misma.

III

A la vista de dicho escrito, la Registradora Mercantil de Huelva acordó, con fecha de 12 de abril de 2011, suspender el procedimiento y requerir a la sociedad para que en el plazo de quince días acreditara: *a)* La anterioridad del nombramiento voluntario respecto de la presentación en el Registro Mercantil de la instancia solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* La entrega al socio del referido informe o la incorporación al expediente, a fin de garantizar el derecho del socio al informe de auditoría. La sociedad no contestó a dicho requerimiento en el plazo señalado al efecto.

IV

Finalmente, la Registradora Mercantil, con fecha 16 de mayo de 2011, acordó suspender el procedimiento de nombramiento de auditor de cuentas, hasta que se acredite de forma fehaciente la sentencia firme dictada en el proceso judicial correspondiente, dado que si bien es cierto que el requisito de legitimación resulta, en principio, acreditado mediante la aportación por la entidad mercantil solicitante de la copia de la escritura de compraventa de participaciones sociales, otorgada en Brenes el 22 de abril de 2008, ante el Notario don ....., bajo el número 718 de su protocolo y copia testimoniada del Libro registro de socios, de 25 de marzo de 2011, también lo es que existe litispendencia sobre la validez del negocio traslativo de las participaciones sociales, es decir, la legitimación del solicitante está siendo cuestionada en vía judicial, por lo que queda suspendido el procedimiento hasta su resolución en vía judicial. 2.º) Respecto a la auditoría voluntaria alegada por la sociedad, señaló que no puede enervar el derecho de la entidad mercantil solicitante, dado que no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Regis-

tros 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, condiciones que, como ya se ha indicado, no se han acreditado en el presente expediente.

V

Contra dicha resolución don ....., en nombre y representación de «Huerta de la Reina S.L.», solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando: 1.º) Que la demanda que niega al solicitante la condición de socio está interpuesta por la sociedad afectada por la instancia que inició este expediente. Sin embargo, como se deduce de la propia demanda y del auto de admisión, la demanda está interpuesta por dos socios que vendieron su paquete de participaciones sociales a la entidad mercantil solicitante y, años después, instan la resolución de la compraventa. 2.º) Que, en realidad, el socio vendedor, negando la cualidad de socio, está privando a la entidad mercantil solicitante del ejercicio de su derecho. 3.º) Que la resolución recurrida está dando carta de naturaleza a la sola existencia de una demanda de resolución contractual, adelantando los efectos de una eventual sentencia, cuando en realidad debiera ser el Juez, mediante la adopción de medidas cautelares, quien adoptara dicha decisión. 4.º) Que, asimismo, infringe lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley de Sociedades de Capital, conforme a la cual la sociedad solo reputará socio a quien se encuentre inscrito en el Libro registro de socios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 y 4 de diciembre de 2009.

Procede confirmar en esta resolución la decisión adoptada por la Registradora Mercantil de Huelva que no hace sino reiterar la doctrina mantenida por este Centro Directivo. En efecto, siendo discutida en sede judicial la propiedad que ostenta el solicitante sobre determinadas participaciones sociales que le atribuyen la condición de socio, tampoco queda acreditado el requisito de la legitimación exigido por el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital y, consecuentemente, para no denegar la pretensión deducida en la instancia, ante una eventual sentencia favorable a los intereses del peticionario, procede suspender el procedimiento hasta que se produzca una resolución judicial firme que dilucide si ostenta o no la condición de socio de la compañía y si está o no legitimado para ejercitar el derecho que reclama, la cual habrá de acreditarse fehacientemente –es decir, mediante original o testimonio de la sentencia firme– ante la Registradora Mercantil.

En el caso presente, acreditado en el expediente que con anterioridad a la presentación de la solicitud en el Registro Mercantil el 18 de marzo de 2011, existía litispendencia en torno a su legitimación por haberse planteado ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de la Palma del Condado una demanda de resolución del contrato de compraventa –admitida a trámite el 29 de septiembre de 2010– por el que la entidad mercantil solicitante adquirió determinadas participaciones sociales, procede declarar en suspenso la tramitación del expediente hasta que la exigida legitimación haya sido definitivamente aclarada mediante sentencia firme dictada en el pleito civil correspondiente, en el entendimiento de que, si se declara en sede judicial la validez del contrato de compraventa cuya resolución fue demandada, la Registradora Mercantil declarará la procedencia del 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 «Huerta de la Reina S.L.», solicitante de la auditoría de cuentas, contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Huelva el 16 de mayo 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, 22 de septiembre de 2012.–El Director general de los Registros y del Notariado.–P.A. El Subdirector general del Notariado y de los Registros. Firmado: Francisco Javier Vallejo Amo.–Sr. Registrador Mercantil de Huelva.

Resolución de 22 de septiembre de 2012 (3.ª)

En el expediente 189/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inversiones en Sudamérica, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., como administrador único de la entidad mercantil «Romagats, S.L.», y don ....., como administrador único de la sociedad «Grupo Preyco 44, S.L.» –acreedor pignoraticio de la entidad mercantil «Romagats, S.L.»– presentaron un escrito en el Registro Mercantil

de Barcelona el 25 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes el Reglamento del Registro Mercantil, alegando, en esencia: 1.º) Que la mercantil «Romagats, S.L.» es propietaria de 279 participaciones sociales de la compañía «Inversiones en Sudamérica, S.L.»; que en virtud de escritura pública «Grupo Preyco 44, S.L.» es acreedor pignoraticio de «Romagats, S.L.» y, en consecuencia, titular de los derechos políticos de «Romagats, S.L.» derivados de la titularidad de 248 participaciones sociales, números 1 al 248, ambos inclusive, de la sociedad «Inversiones en Sudamérica, S.L.» que no está obligada a la verificación de sus cuentas anuales; y ante la eventualidad de realizar ciertas operaciones mercantiles o ejercitar, en su caso, determinadas acciones ante los Tribunales, es interés del socio que suscribe y de su acreedor pignoraticio conocer si las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2010 ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. Adjuntaban a su instancia fotocopia de primera copia de la escritura de compraventa de participaciones sociales otorgada en fecha 27 de septiembre de 2010, ante el Notario de Barcelona don ....., número 1.840 de protocolo, en la que consta que la entidad «Romagats, S.L.» compró 31 participaciones, números 970 al 1.000, ambos inclusive, de la entidad «Inversiones en Sudamérica, S.L.»

Con fecha de 29 de marzo de 2011 se aportó a este Registro fotocopia de copia inscrita de escritura de constitución de sociedad mercantil de responsabilidad limitada y designación de órgano de administración de la sociedad «Inversiones en Sudamérica, S.L.», otorgada en fecha 23 de mayo de 2008 ante el Notario de Barcelona don ....., número 1.069 de protocolo.

II

A la vista de dicha solicitud, el Registrador Mercantil número XV de Barcelona, con fecha de 31 de marzo de 2011 requirió a las sociedades solicitantes para que, en el plazo de diez días hábiles, procedieran a presentar copias auténticas o testimonios notariales de las escrituras otorgadas en fecha 3 de junio de 2010, ante el Notario de Barcelona don ....., bajo número de protocolo 1.139, modificada por la escritura otorgada en fecha 23 de diciembre de 2010, ante el mismo Notario, bajo número de protocolo 2.561, por las que «Grupo Preyco 44, S.L.» es acreedor pignoraticio de «Romagats, S.L.», y de las cuales hacen referencia en su solicitud. Así lo hicieron las sociedades que el 15 de abril de 2011 aportaron los siguientes documentos: 1.º) Quinta copia de la escritura de elevación a público de contrato de pignoración de participaciones sociales, otorgada en fecha 3 de junio de 2010 ante el Notario de Barcelona don ....., bajo número de protocolo 1.139, en la que consta que «Romagats, S.L.» pignora a favor de «Grupo Preyco 44, S.L.», en garantía de la deuda mantenida con ésta última, entre otras, 248 participaciones, numeradas de la l a la 248 que representan el 24,8 por ciento del capital social de «Inversiones en Sudamérica, S.L. 2.º) Copia de la escritura de modificación de contrato, otorgada en fecha 23 de diciembre de 2010 ante el Notario de Barcelona don ....., bajo número de protocolo 2.561, en la que se incluye como primer pacto: «Ambas partes se ratifican expresamente en todos los pactos y condiciones convenidos en el mencionado contrato y acuerdan la ampliación y modificación de las condiciones del contrato y de la pignoración de las acciones y participaciones realizada en el sentido siguiente: La compañía "Romagats, S.L.", otorga a favor de "Grupo Preyco 44, S.L.", el ejercicio de todos los derechos políticos que deriven de las acciones y participaciones pignoradas a su favor en el repetido contrato y en la modificación del mismo que han otorgado hoy ante mi con el número anterior de protocolo a éste, por lo que "Grupo Preyco 44, S.L.", actuará en el ejercicio de estos derechos que "Romagats, S.L.", tiene como socio de las compañías cuyas acciones o participaciones tiene pignoradas a

favor de "Grupo Preyco 44, S.L.", en todas las Juntas de socios o accionistas que se celebren ya sea, ordinarias o extraordinarias.»

III

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la entidad mercantil «Romagats, S.L.»» carece de legitimación para solicitar el nombramiento de auditor como titular del 27,90% de participación por cuanto dicho porcentaje está íntegramente pignorado a favor de una tercera mercantil a quien le cedió todos los derechos políticos derivados de las mismas. 2.º) Que, pese a ser la mercantil «Grupo Preyco 44, S.L.» el acreedor pignoraticio de la primera entidad citada, pues lo cierto es que quién comparece en nombre de «Grupo Preyco 44, S.L.». , don ....., carece de legitimación para actuar en nombre de la referida sociedad, dado que en las escrituras aportadas se hace referencia a los representantes de «Grupo Preyco 44, S.L.», que no coinciden en ningún momento con la persona del señor ..... 3.º) Que, asimismo, este parte ha consultado la información del Registro Mercantil mediante informe de Asesor de fecha 26 de abril de 2011, en la que constan como únicos cargos la liquidadora «Apple Invest, S.L.» y el representante don ....., en virtud de inscripción de fecha 21 de octubre de 2010. 4.º) Que la solicitud carece de causa por no existir indicio alguno de mala gestión u ocultación que dé lugar a ella y, en cambio, trasluce un manifiesto abuso de derecho por parte de los solicitantes. 5.º) Que la cesión de derechos políticos que se ha llevado a cabo entre la socia y la mercantil «Grupo Preyco 44, S.L.» es contraria a la Ley y los Estatutos, pues supone, en la práctica, una pretensión encubierta de venta de acciones sin proceder a salvar el derecho de suscripción preferente de los socios y que el ejercicio de la misma ante este Registro vulnera la legislación mercantil y en todo caso deja indefensa a este parte, pues revelará información económica a una mercantil ajena a la misma, «Grupo Preyco 44, S.L.», que de ningún modo tendría posibilidad de instar la auditoría.

IV

El Registrador Mercantil número XV de Barcelona, el 9 de mayo de 2011, acordó estimar la solicitud presentada por la entidad mercantil «Romagats, S.L.». Tras señalar que el día 16 de marzo de 2011 fue presentada en este Registro para su inscripción documentación relativa a la reactivación de sociedad disuelta, cese de liquidador y designación de cargos por parte de la sociedad «Grupo Preyco 44, S.L.» causando el Asiento número 2237 del Libro Diario de Presentación número 1107, por la que se nombra Administrador único de la compañía a don ....., calificada con defectos y nuevamente aportada a este Registro en fecha 18 de abril de 2011, resultando nuevamente califícada con defectos subsanables, según nota de fecha 9 de mayo de 2011, constando vigente el mencionado asiento, mantuvo que el artículo 132 de la Ley de Sociedades de Capital contiene una regulación parca de este derecho pues se limita a precisar a quien corresponde el ejercicio de los derechos de socio y remite a la aplicación de las normas sobre transmisión forzosa de participaciones en caso de ejecución del derecho de prenda y, al igual que ocurre en se de usufructo, el precepto ordena principalmente las relaciones entre el socio y el acreedor pignoraticio con la sociedad. Debe señalarse que la existencia de un derecho de prenda sobre las participaciones de una sociedad mercantil da lugar a que el estatus jurídico de propietario de la participación y acreedor pignoraticio se vea afectado por la presencia de una tercera persona, la propia sociedad, lo que da lugar a una complejidad de relaciones en las que cabe distinguir un doble ámbito: *a)* el de las llamadas relaciones externas, las

que se refieren al ejercicio frente a la sociedad de los derechos de socio, que por comprometer el desenvolvimiento de la sociedad pueden ser reguladas en sus Estatutos dentro del margen de autonomía que para ello les confiere la Ley, estableciendo al efecto un régimen que prevalecerá sobre cualesquier previsión que en tomo a ella pudiera contener el título constitutivo de la prenda; y *b)* y frente a él, el de las relaciones internas entre el acreedor prendario y el socio pignorante, que estarán sujetas a lo que sobre el particular establezca ese título constitutivo o resulte de la legislación que le sea aplicable y que, como algo totalmente ajeno a los intereses sociales, queda al margen de la normativa de los Estatutos. Centrándonos en las relaciones externas y en base a una interpretación literal del artículo 132 de la Ley de Sociedades de Capital, debe sostenerse que el ejercicio del derecho de auditoría corresponde al propietario de la participación, salvo disposición contraría de los estatutos; es decir, el derecho de auditoría debe incluirse en la regla general de que el ejercicio de los derechos del partícipe corresponde al propietario, pudiéndose atribuir solamente como excepción al acreedor pignoraticio, mediante disposición expresa en los estatutos. De este modo se simplifican enormemente las relaciones entre socio y acreedor pignoraticio con la sociedad, si bien el título constitutivo de la prenda constituye la primera fuente a tener en cuenta a la hora de conocer el contenido y extensión concreta de los derechos y obligaciones del acreedor pignoraticio y del pignorante en el ámbito de sus relaciones internas, la sociedad puede ignorar, al serle inoponibles, los pactos expresos derivados del título constitutivo cuando contradigan lo determinado en los estatutos (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1987). La configuración del derecho real debe adecuarse a las previsiones estatutarias o legales supletorias, de modo que la legitimación formal que éstas entrañan quede debidamente coordinada con la relación jurídico-sustantiva a cuyo desenvolvimiento atiende, más si no ocurre así y existieren discrepancias, frente a la sociedad habrá de mantenerse la eficacia de la actuación realizada por quien estatutariamente aparece legitimado, aun cuando sustantivamente carezca de poder o facultad para ello, pero sin perjuicio de las repercusiones que en el ámbito interno puedan derivarse (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 1989). Los estatutos pueden atribuir la legitimación a uno o a otro sin limitación alguna, no habiendo derechos exclusivos o excluyentes del socio (en este sentido puede verse la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 10 de septiembre de 1982), y no permitiéndose que los estatutos se remitan en cuanto al ejercicio de los derechos (relaciones externas) a lo que determine en cada momento el título constitutivo de la prenda (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1981). En consecuencia, de no existir previsión estatutaria específica, el ejercicio de la totalidad de los derechos del socio corresponde al pignorante entre los cuales estarán los derechos políticos y económicos entre los que se encuentra el derecho a solicitar el nombramiento de auditor. En el caso que nos ocupa, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de los Estatutos de la sociedad «Inversiones en Sudamérica, S.L.», quien tendrá derecho al ejercicio de los derechos inherentes al socio, entre los que se encuentra el derecho del socio minoritario a solicitar el nombramiento de Auditor de Cuentas al Registrador Mercantil, será el propietario. En definitiva, debe concluirse que la mercantil «Romagats, S.L.» se halla legitimada activamente para formular su petición, al corresponderle el ejercicio del derecho que concede el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 359.1 del Reglamento del Registro Mercantil a los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, correspondiendo dicho ejercicio, en todo caso, al propietario. Asimismo, en consecuencia, debe concluirse que la mercantil «Grupo Preyco 44, S.L.» no se halla legitimada para solicitar el nombramiento de auditor. (Pueden verse al respecto resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 11 de mayo de 2006 y 13 de octubre de 2010, entre otras). Habida cuenta dichas circunstancias, no se considera necesario suspender la

resolución del presente expediente en tanto no hubiera caducado el Asiento de presentación anteriormente señalado relativo a la reactivación, cese de liquidador y designación de cargos por parte de la sociedad «Grupo Preyco 44, S.L.», ya que la decisión del presente expediente sería, en esencia la misma, por ello procede la resolución, sin más dilaciones.

Respecto a la no indicación de la causa de la solicitud alegada por la sociedad, señaló que la necesidad de auditar las cuentas la juzga el socio –no la sociedad– y que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues, como ya se ha indicado, la inexpresión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles.

Tampoco puede admitirse el supuesto abuso de derecho por parte de las sociedades peticionarias, 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 legítimas y que en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe y no ampara el abuso de derecho, también lo es que las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, la sociedad siempre tendrá expédita la vía judicial civil para obtener la reparación de perjuicios ocasionados.

También ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado que no pueden confundirse los derechos de información y de auditoría pues se trata de derechos que aunque relacionados, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio *(cfr.* .arts. 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital)

El Registrador Mercantil finalizó su resolución indicando que el representante de la sociedad oponente no acompañó a su escrito de oposición el poder de representación, sin que ésta resulte de los asientos del Registro.

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, dando por reproducidas todas las alegaciones de su escrito de oposición. Añade, en síntesis, que: 1.º) Que la solicitud de auditoría venía firmada por el administrador de «Romagats, S.L.», quién manifiesta poseer el 27,90% de «Inversiones en Sudamérica, S.L.». Sin embargo dicha entidad mercantil carece de legitimación para solicitar la auditoría de cuentas, dado que pignoró sus participaciones sociales, el 3 de junio de 2010, a favor de la entidad mercantil «Grupo Preyco, 44. S.L.», y, posteriormente, el pasado 23 de siembre de 2010, modificó la pignoración ampliándola hasta el punto de que «Romagats, S.L.», carece de derechos sociales y políticos. 2.º) Que mediante esta solicitud se está encubriendo una venta fraudulenta de participaciones sociales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 132, 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 1989, 13 de junio de 1994, de 8 de septiembre de 1993, 19 de febrero de 1998 y, como más reciente, la de 19 de octubre de 2007.

1.º La primera cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar si el solicitante de la auditoría estaba, en el momento de presentar su instancia en el Registro Mercantil, legitimado para obtenerla. Tal como señala la resolución recurrida, las condiciones exigidas por la Ley de Sociedades de Capital para ejercer el derecho a la verificación contable son dos, a saber: el de presentación de la instancia dentro del plazo de tres meses siguientes al cierre del ejercicio social y el de legitimación consistente en acreditar la propiedad del 5% del capital social de la compañía afectada. Siendo la propiedad de las acciones o participaciones sociales las que confieren a su titular la condición de socio y, por tanto, le atribuyen los derechos económicos, sociales y políticos regulados en la Ley.

Precisamente, respecto a la pignoración de participaciones sociales, el artículo 132 de Ley de Sociedades de Capital permite a la sociedad, en el marco del principio de autonomía de la voluntad vigente en nuestro Ordenamiento jurídico, que en sus Estatutos Sociales establezca disposiciones especiales sobre quién habrá de ejercer los derechos que corresponden al socio frente a la sociedad, si el acreedor pignoraticio o el deudor pignorante, disponiendo que, en caso de no existir previsión al respecto en la norma estatutaria, corresponderá al propietario de las participaciones sociales el ejercicio de los derechos de socio. Es decir, como acertadamente indicó el Registrador Mercantil en la resolución recurrida, de las múltiples relaciones que se derivan del contrato de prenda de participaciones sociales, el legislador se ha ocupado de regular aquellas que afectan al socio y deudor pignorante frente a la sociedad, dejando en el ámbito estrictamente privado del contrato las relaciones entre acreedor pignoraticio y deudor pignorante, que se regularan por el título constitutivo y por la ley que le sea de aplicación, pero que en ningún caso deberán afectar al ente social.

En el caso presente, a la vista del artículo 10 de los Estatutos Sociales de la entidad mercantil «Inversiones en Sudamérica, S.L.», resulta que quien debe ejercer los derechos del socio es el propietario de las participaciones sociales que, en este caso, es la entidad mercantil «Romagats, S.L.», al mantener la propiedad de las participaciones que alegó. Poco ha de importar, ante esta regulación estatutaria, coincidente con la establecida en la Ley de Sociedades de Capital, los acuerdos alcanzados entre el deudor pignorante –socio de la compañía– y el acreedor pignoraticio, puesto que no podrán afectar al desenvolvimiento y a la marcha de la sociedad, de la misma manera que la entidad

mercantil afectada no podrá inmiscuirse en los acuerdos privados alcanzados entre las partes del contrato de prenda, por exceder de su competencia y de su ámbito de intereses.

Por tanto, a tenor de lo dispuesto en los Estatutos Sociales, la entidad mercantil solicitante «Romagats, S.L.», propietaria del 27% del capital social de «Inversiones en Sudamérica, S.L.» está facultada para el ejercicio del derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Obviamente, debe concluirse que la mercantil «Grupo Preyco 44, S.L.» no se halla legitimada para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas.

2.º Tampoco pueden prosperar las restantes alegaciones formuladas por la sociedad, dirigidas impedir el ejercicio del derecho del socio. Sobre la inexpresión de la causa de la petición, este Centro Directivo ha mantenido, en relación con el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas –reproducido en idénticos términos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital– que hay que buscarla en el deseo del legislador de que la contabilidad societaria formulada por los órganos gestores pueda ser controlada por los accionistas minoritarios. En este hilo argumental hay que constatar, que la causa de la solicitud del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es siempre y típicamente la misma, a saber: la inexistencia de auditoría, razón por la cual el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que instrumentó las solicitudes basadas en aquel precepto no exige la expresión, de alcance meramente formal, de la causa, y sin que quepa aplicar por analogía con el artículo 350 del mismo cuerpo legal que queda enlazado con otro supuesto que es el del artículo 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, completamente diferente al número 2 del mismo artículo.

3.º En cuanto a las supuestas intenciones oblicuas del solicitante, por el hecho de entender necesaria la auditoría, en contra de la opinión mayoritaria de la sociedad, también es abundante la doctrina de Centro Directivo ha mantenido que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil 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.

4.º Por último, los derechos de información y auditoría, aunque relacionados entre sí, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio, dado que con éste último el legislador ha pretendido que esa información financiera y contable facilitada

al socio por los órganos sociales sea verificada por un auditor de cuentas *(cfr.* arts. 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital)

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don....., administrador único de «Inversiones en Sudamérica, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XV de Barcelona el 9 de mayo 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, 22 de septiembre de 2012.–El Director general de los Registros y del Notariado. P.A. El Subdirector general del Notariado y de los Registros. Firmado: Francisco Javier Vallejo Amo.–Sr. Registrador Mercantil número V de Madrid.–Sr. Registrador Mercantil número XV de Barcelona.

Resolución de 24 de septiembre de 2012 (1.ª)

En el expediente 193/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Villarejo García Consulting Group, S.L.»

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 21 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil como titular de más del 6,01% del capital social de «Villarejo García Consulting Group, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad fue constituida por doña ..... y don ..... mediante escritura pública otorgada en fecha de 20 de octubre de 2004, en la que doña Ángela Bachiller del Valle suscribe 49 de las 100 participaciones, números del 1 al 49, ambos inclusive

por su valor nominal, y don ....., las otras 51 participaciones, números del 50 al 100, nombrándose a este último administrador único de la compañía, por tiempo indefinido. En ese momento los dos socios estaban casados en régimen de gananciales. 2.º) Que, no obstante lo anterior, el entonces matrimonio formado por el señor ..... y la señora ..... constituyó una sociedad patrimonial para su propia familia, cuyo único elemento patrimonial es el que fuera domicilio familiar, para cuya adquisición se contrató un préstamo hipotecario. Tras la disolución matrimonial por sentencia de 15 de noviembre de 2010, que atribuyó el uso de la vivienda y ajuar familiar a la solicitante de la auditoría de cuentas, la sentencia de aclaración de 25 de febrero de 2011, subsanó la omisión advertida en la sentencia anterior, respecto al pago del préstamo hipotecario, disponiendo que los ex cónyuges deberán contribuir a partes iguales al reembolso de dicho préstamo mediante el pago de cuotas. 3.º) Que la sociedad desde hace más de un año carece de actividad, no pudiendo sostenerse sin aportaciones provenientes de los socios, con lo que los gastos son muy superiores a los ingresos. 4.º) Que carece de sentido obligar a la sociedad a que costee los gastos de la auditoría de cuentas. Más aún si se tiene en cuenta que en ningún momento se ha negado a la solicitante información económica y contable.

III

El Registrador Mercantil número XVI de Madrid, con fecha 30 de mayo de 2011, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que la solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que la circunstancia de que la sociedad se encuentre inactiva no impide el nombramiento de auditor de cuentas, pues su personalidad jurídica subsiste y tampoco sería causa enervatoría de su derecho el que la sociedad estuviera en liquidación. La grave situación económica por la que atraviesa la sociedad no puede impedir que el socio minoritario ejercite su derecho, dado que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone con carácter taxativo y sin que quepa margen interpretativo alguno que los costes de la auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad. Con independencia de que la sociedad entregue toda la información a la solicitante, los derechos de información y auditoría resultan distintos pues la ley exige, además de que se faciliten al socio los estados contables, que éstos sean verificados por un auditor de cuentas. Finalizó su acuerdo, señalando que el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil no exige la expresión de la causa de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

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 que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 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 La primera cuestión planteada en el presente expediente se centra en determinar si el motivo de oposición alegado por la sociedad, relativo a sus dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento de auditor que solicitó. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen interpretativo alguno cuando dispone que los gastos que la auditoría comporta corren siempre a cargo de la sociedad. Dado que dicho precepto tampoco contempla excepción alguna a esta obligación de la empresa afectada por la solicitud de nombramiento registral de auditor, se ha de concluir que la mala situación económica por la que atraviesa la empresa, incluso en el supuesto de ser real, no puede impedir el ejercicio del derecho de la socia minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2010.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación del recurrente, relativa a la puesta a disposición de la socia minoritaria de la información contable de la sociedad, pues los derechos de información y auditoría son derechos distintos, el primero de ellos la ostentan todos los socios de entidades mercantiles y consiste en facilitar por parte del órgano de administración toda la información económica y contable de la empresa, mientras que el segundo solo pueden ejercitarlo quienes reúnan un porcentaje de capital social de al menos el 5% y presenten su solicitud dentro del plazo de caducidad de tres meses, siendo su finalidad que esa información contable sea verificada por un auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil. Es decir se trata de derechos diferentes tanto por su finalidad y requisitos como por las condiciones para su ejercicio *(cfr.* arts. 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital)

3.º Por último, por lo que se refiere a la causa de la solicitud, este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente, en relación con el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas –reproducido en idénticos términos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital– que hay que buscarla en el deseo del legislador de que la contabilidad societaria formulada por los órganos gestores pueda ser controlada por los socios minoritarios. En este hilo argumental hay que constatar que la causa de la solicitud del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es siempre y típicamente la misma, a saber: la inexistencia de auditoría, razón por la cual el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que instrumentó las solicitudes basadas en aquel precepto no exige la expresión, de alcance meramente formal, de la causa, de tal manera que no cabe aplicar por analogía el artículo 350 del mismo cuerpo reglamentario que queda enlazado con otro supuesto que es el del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas) completamente diferente al regulado en el número 2 del mismo artículo.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único «Villarejo García Consulting Group, S.L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XVI de Madrid 30 de mayo 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, 24 de septiembre de 2012.–El Director general de los Registros y del Notariado. P.A. El Subdirector general del Notariado y de los Registros. Firmado: Francisco Javier Vallejo Amo.–Sr. Registrador Mercantil número XVI de Madrid.

Resolución de 24 de septiembre de 2012 (2.ª)

En el expediente 186/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Instalaciones Integrales de Hostelerías, Euroline, S.L.»

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 30 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Instalaciones Integrales de Hostelerías, Euroline, S.L.,», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010. Adjuntaba a su instancia copia de la escritura de constitución de la sociedad, otorgada el 3 de junio de 1994 ante la Notaria de Molins de Rei, doña María Inmaculada Romper Crespo, bajo el número 629 de su Protocolo notarial; copia simple de la escritura de compraventa de participaciones sociales otorgada ante el Notario de San Feliu de Llobregat, don ....., número 1456 de su protocolo, de la que se desprende que don ..... adquirió 1.188 participaciones sociales de la compañía.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad, ésta no se opuso al nombramiento de auditor de cuentas solicitado por el socio minoritario.

III

El Registrador Mercantil número III de Barcelona, el 10 de mayo de 2011, acordó desestimar la petición formulada por el socio minoritario. Entendió que, aun cuando éste reúne las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas y aun cuando la sociedad no se haya opuesto al nombramiento, el Registrador Mercantil debe examinar de oficio todas las cuestiones planteadas en el expediente, siendo así que en el caso presente, resulta de la inscripción número 7.ª de la hoja abierta a la sociedad que la Junta Universal de socios, celebrada el 24 de diciembre de 1997, reeligió como administradores solidarios y por tiempo indefinido a don ..... y a don ....., los cuales aceptaron el cargo. Sobre la posibilidad de que los administradores solidarios puedan ejercer el derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que la concurrencia en el socio de la condición de administrador de la compañía no debe impedir que éste ejerza un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio. Esto solo ocurriría si el solicitante hubiera ejercido con carácter exclusivo la administración social o si fuera administrador solidario pues en estos supuestos 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 el solicitante ha ejercido y ejerce la administración solidaria de la compañía, siendo así que pudo por sí mismo contratar los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración, lo que no habría podido hacer si la administración fuera mancomunada, pues los administradores habrían tenido que actuar conjuntamente (art. 1692 del Código Civil)

IV

Contra dicha resolución don ....., solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis, que cesó como administrador solidario el 25 de octubre de 2010, fecha en la que la Junta General de la compañía acordó nombrar un administrador único. La obligación de presentar los acuerdos de cese y de nombramiento de administrador compete a la sociedad y, concretamente, a su administrador único que aceptó el cargo en esa misma Junta General. El ejercicio social cuya auditoría solicitó cerró el 31 de diciembre de 2010, es decir, dos meses después de su cese como administrador solidario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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, 1 y 2 de septiembre de 2010.

El presente recurso plantea una cuestión sobre la que este Centro Directivo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones. Dicha cuestión es la relativa a la posibilidad de ejercitar el derecho a la verificación contable por quien ostenta la administración solidaria de la compañía, manteniendo la doctrina conforme a la cual la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le atribuye por su condición de socio de la compañía. Esta incompatibilidad solo se daría si el solicitante hubiera administrado con carácter exclusivo los asuntos sociales o si fuera administrador solidario, pues en estos supuestos habría podido contratar los servicios profesionales de un auditor como un acto propio de la gestión social de la empresa.

Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que la solicitante ha ejercido durante diez meses del ejercicio económico cuya auditoría solicita, la administración solidaria de la compañía junto con don ....., siendo así que pudo por sí mismo, sin necesidad de concurrir con el otro administrador, nombrar auditor para verificar la contabilidad del ejercicio 2010, lo que no habría podido hacer si la administración fuera mancomunada, dado que en este caso, los administradores habrían tenido que actuar conjuntamente *(cfr.* art. 1692 del Código Civil). Por tanto, debe confirmarse en todos sus extremos, la decisión del Registrador Mercantil número III de Barcelona.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., solicitante de la auditoría de cuentas, contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Barcelona el 10 de mayo 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, 24 de septiembre de 2012.–El Director general de los Registros y del Notariado. P.A. El Subdirector general del Notariado y de los Registros. Firmado: Francisco Javier Vallejo Amo.–Sr. Registrador Mercantil número III de Barcelona.

Resolución de 1 de octubre de 2012 (1.ª)

En el expediente 3/2011 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de unos socios de «Euskoges Gestión, S.L.»

HECHOS

I

Don ....., don ....., doña ....., doña …… y doña ....., presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Vizcaya el 20 de diciembre de 2010 solicitando el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado del patrimonio social, a efectos de transmitir sus participaciones sociales.

II

La sociedad, a través del Presidente del Consejo de Administración, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia, que los solicitantes de la auditoría no son partícipes de la sociedad y, por tanto, carecen de legitimación para solicitar el nombramiento de auditor.

III

El Registrador Mercantil de Vizcaya, con fecha 31 de diciembre de 2010, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, por entender que de la documentación aportada por los solicitantes no se deduce la titularidad de éstos sobre ninguna participación en la sociedad, unido al hecho de que la sociedad niega la legitimación de los solicitantes por no constar en sus libros como titulares.

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 falta de transparencia de la administración social y ausencia de documentación de la entidad mercantil «Euskoges, S.L.» ha hecho imposible que aportaran otra documentación que la que se adjunta al escrito de interposición del recurso.

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, las de 2 de marzo de 2002 y 17 de octubre de 2006.

No puede prosperar en la presente resolución la pretensión de los recurrentes que, sin aportar elemento alguno de prueba de su condición de socios,

pretenden obtener el nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor patrimonial de la sociedad «Euskoges, S.L.»

En efecto, el documento en el que pretenden fundar su legitimación no es otro que un documento privado, sin fecha fehaciente, dirigido a unos socios –cuyos nombres no se especifican –de las entidades Udazkena y Torre Gorostizaga. Como quiera que de dicha documentación no puede deducirse la condición de socios de los peticionarios, procede confirmar el acuerdo recurrido

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 Vizcaya 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, 1 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Vizcaya.

Resolución de 1 de octubre de 2012 (2.ª)

En el expediente 21/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Euskoges Gestión, S.L.»

HECHOS

I

Don ....., don ....., doña ....., doña ..... y doña ....., presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Vizcaya el 3 de enero de 2011, solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Euskoges Gestión, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta no presentó un escrito de alegaciones oponiéndose al nombramiento solicitado por los peticionarios.

III

Con fecha de 19 de enero de 2011, el Registrador Mercantil de Vizcaya procedió a la designación de auditor de cuentas, que recayó en don ..... que manifestó su aceptación con fecha de 2 de febrero de 2011.

IV

Notificada la sociedad de dicho acuerdo de nombramiento de auditor el 7 de febrero de 2011, ésta, a través don ....., en su condición de Presidente del Consejo de Administración, se opuso al nombramiento efectuado manifestando que los solicitantes no son socios partícipes de la entidad mercantil «Euroges, S.L.», por lo que carecen de legitimación para solicitar la auditoría de cuentas.

V

Por acuerdo de 9 de febrero de 2011 el Registrador Mercantil de Vizcaya acordó desestimar la oposición formulada por la sociedad.

VI

Contra dicha resolución la sociedad a través de don ....., en su condición de Presidente del Consejo de Administración, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que el 17 de diciembre los solicitantes de la auditoría también solicitaron del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales y, dado que días antes se había denegado dicho nombramiento, la sociedad no presentó escrito de oposición por entender que la falta de legitimación se deduciría del propio Registro Mercantil. 2.º) Que, ante su sorpresa el Registrador Mercantil de Vizcaya procedió al nombramiento de auditor de las cuentas correspondientes al ejercicio 2010, por lo cual la sociedad presentó un escrito alegando la falta de legitimación de los solicitantes por no ostentar la condición de socios de la compañía. 3.º) Que, finalmente, el Registrador Mercantil desestimó la oposición de la sociedad, manteniendo el nombramiento de auditor de cuentas. 4.º) Que de los artículos 351 y 252 del Reglamento del Registro Mercantil se infiere la obligación del Registrador Mercantil de exigir la acreditación o, al menos, un principio de prueba de la legitimación de quienes instan la auditoría de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 cuya determinación hace ocioso el examen de las restantes *(cfr.* 113.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común). Dicha cuestión es la relativa el defecto procedimental cometido por el Registrador Mercantil de Vizcaya 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, al no estar sujeto a un plazo de caducidad –pues el plazo de cinco días previsto en el artículo 354.3 del RRM no es un plazo preclusivo –puede presentar el 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 planteadas 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 353.4 del Reglamento del Registro Mercantil y, por ello, una vez declarada la procedencia o improcedencia del nombramiento de auditor, se ha de esperar a la firmeza de dicho acuerdo o, en el caso de que se interponga recurso de alzada ante este Centro Directivo, a la resolución de éste, antes de proceder a la designación de auditor por el procedimiento ordinario del artículo 355 del RRM.

En el caso presente, el Registrador Mercantil de Vizcaya, no hizo referencia alguna en su acuerdo a una cuestión esencial como es el del cumplimiento

de las condiciones exigidas por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de capital para ejercitar el derecho, de tal manera que 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 antes de la designación de auditor de cuentas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto retrotraer el procedimiento al momento previo a la resolución de 19 de enero de 2011 en la que el Registrador Mercantil procedió a la designación de auditor de cuentas y declarar la nulidad de dicho acuerdo y de todo lo actuado con posterioridad.

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 octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Vizcaya

---

Resolución de 2 de octubre de 2012 (1.ª)

En el expediente 194/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Talleres de Mantenimiento Márquez Hermanos, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Sevilla, el 31 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital

y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 7% del capital social de «Talleres de Mantenimiento Marquez Hermanos, S.L.» el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su representante, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la sociedad firmó un contrato de encargo de auditoría de cuentas con la firma auditora «Avater Auditores, S.L.P» para la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2010. Dicho nombramiento está pendiente de su inscripción en el Registro Mercantil y a la aprobación por la Junta General de las cuentas correspondientes a dicho ejercicio social. Añadió que el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil originaría a la sociedad un importante perjuicio económico, pues tendría que afrontar los gastos de la auditoría de cuentas.

III

Con fecha de 14 de abril de 2011 el Registrador Mercantil de Sevilla dio traslado al socio minoritario de dicho escrito de oposición para que alegara lo que estimara pertinente en defensa de su derecho. El solicitante de la auditoría de cuentas no presentó escrito de alegaciones.

IV

El Registrador Mercantil de Sevilla, con fecha 13 de mayo de 2011, 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 ha acompañado a su escrito de oposición el contrato de auditoría con la mencionada empresa auditora pero tratándose de un contrato privado, la fecha no está dotada de fehaciencia, sino hasta su entrada en el Registro Mercantil como documento adjunto al escrito de oposición, presentado el 11 de abril de 2011, por lo que no se cumple la primera de las condiciones exigidas por la Dirección General. Tampoco puede admitirse que este derecho sea negado al socio minoritario por el gasto económico que el nombramiento registral de auditor de cuentas originaría a la sociedad, pues el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone con carácter taxativo y sin que quepa margen interpretativo alguno que los gastos que la auditoría comporta corran siempre a cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentra.

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, al comunicarle al socio minoritario el escrito de oposición presentado por la sociedad, el Registrador Mercantil recabó su aceptación al nombramiento voluntario de auditor realizado por la sociedad. Finalizó su escrito señalando que una vez realizada la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil quedará garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de cuentas que solicitó.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 la primera de las dos condiciones exigidas por esta Dirección General para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario, dado que si bien es cierto que presentó un contrato de encargo de la auditoría de las cuentas del ejercicio 2010 firmado con la empresa «Avater Auditores, S.L.P» dicho contrato, como documento privado que es, careció de fehaciencia respecto de la fecha hasta su presentación en el Registro Mercantil junto con el escrito de oposición y, por tanto, no es anterior a la presentación de la instancia del socio minoritario en el Registro Mercantil el 31 de marzo de 2011, por lo que se ha de reconocer el derecho del socio al nombramiento registral de auditor que solicitó *(cfr.* art. 1227 del Código Civil).

2.º Alega el recurrente que, de llevarse a cabo la auditoría solicitada, se originaria un notable perjuicio económico a la sociedad. Pues bien, dicha alegación tampoco puede prosperar, dado que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 «Talleres de Mantenimiento Márquez Hermanos, S.L.» contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Sevilla el 13 de mayo 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, 2 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.

Resolución de 2 de octubre de 2012 (2.ª)

En el recurso de alzada interpuesto por don ..... en su condición de administrador único de la entidad mercantil «Sistemas de Protección para la Seguridad Vial, S.L.» contra la

decisión del Registrador Mercantil número I de Zaragoza de 11 de marzo de 2011, sobre nombramiento de auditor a instancias de una socia minoritaria.

HECHOS

I

Doña ..... presentó el 8 de febrero de 2011 un escrito en el Registro Mercantil de Zaragoza solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como titular de un número de participaciones sociales superior al 5% del capital social de «Sistemas de Protección para la Seguridad Vial, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta a través de su administrador único, don ....., presentó en el Registro mercantil el 17 de febrero de 2011 un escrito oponiéndose a dicha pretensión, alegando, en esencia, que la solicitante no es propietaria del número de participaciones que la legitimen para el ejercicio del derecho, por no representar el 5% de capital social, dado que la sociedad procedió a la ampliación de éste por acuerdo de la Junta General de 10 de diciembre de 2010, elevado a escritura pública autorizada por el Notario de Zaragoza, don ....., el 31 de enero de 2011, bajo el número 137 de su protocolo. Adjuntó a su escrito la mencionada escritura de aumento de capital social.

III

El Registrador Mercantil número I de Zaragoza, con fecha 18 de febrero de 2011, decidió suspender el procedimiento de nombramiento registral de auditor, en base a las siguientes consideraciones: I.–Según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el momento que ha de considerarse para ver si el socio solicitante del nombramiento, reúne o no la titularidad de la participación social, suficiente o no, para estar legitimado en orden al ejercicio de este derecho al nombramiento de auditor, es el del ejercicio del mismo, es decir, el momento dentro del plazo legal de los tres meses, en el que se presenta la instancia de solicitud, de tal manera que, ostentándose en ese momento al menos el 5 por 100 del capital social debe accederse al nombramiento. II.–Ello no es contradictorio con el hecho, de que esa legitimación ha de tenerse además y mantenerse durante su tramitación. III.–Se ha presentado a inscripción con fecha 17 de febrero de 2011, según el asiento 1064 del Diario 259, una escritura de aumento de capital social de la compañía mercantil «Sistemas de Protección para la Seguridad Vial, S.L.», autorizada el 31 de enero de 2011 por el Notario de Zaragoza don ....., con el número 137 de protocolo, elevando a público acuerdos de Junta General de la citada sociedad adoptados el 10 de diciembre de 2010. IV.–En consecuencia, para un supuesto como el presente, en que se ha presentado a inscripción una escritura de aumento de capital social de la compañía mercantil «Sistemas de Protección para la Seguridad Vial, S.L.», que puede afectar al porcentaje del socio solicitante de la auditoría, el Registrador Mercantil que suscribe entiende que

debe esperarse al momento en que quede resuelto el procedimiento registral de inscripción del citado documento, según la calificación fuere o no favorable, y, en su caso a la subsanación de los defectos, hasta que el documento quede inscrito o se proceda a la cancelación por caducidad del asiento de presentación.

IV

Por resolución de 11 de marzo de 2011 el Registrador Mercantil número I de Zaragoza acordó desestimar la oposición de la sociedad y declarar la procedencia del nombramiento de auditor solicitado por la minoría. Señaló que, en relación con la solicitud de nombramiento de auditor a petición de un socio minoritario, se plantea en este expediente los efectos que deban atribuirse a un acuerdo de ampliación de capital, adoptado con anterioridad a la solicitud del socio minoritario, presentado en el Registro con posterioridad a dicha solicitud, e inscrito en fecha todavía posterior, y en virtud del cual, el socio que solicita la auditoría vería reducida su participación en el capital social de la compañía por debajo del cinco por ciento del mismo. Con independencia de los efectos que en otro ámbito haya que dar a la inscripción del acuerdo de aumento de capital, en esta sede debe seguirse lo reiteradamente establecido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosísimas resoluciones: 1.–Que a efectos de determinar la legitimación del solicitante, debe estarse a su participación en el capital social que figure en el Registro en el momento de la presentación de la instancia solicitando el nombramiento de auditor. 2.–Que la inscripción de la ampliación de capital en el Registro Mercantil es requisito necesario para que la misma pueda surtir efectos respecto de terceros –y que a estos efectos, la solicitante, es un tercero–.Queda acreditado que el momento de realizarse la solicitud, y a la vista de los asientos regístrales, la solicitante ostentaba un cinco por ciento del capital social. Esta materia ha sido tratada reiteradamente por la Dirección General de los Registros y del Notariado. En Resoluciones de 26 de octubre y 4 de noviembre de 2000, señala lo siguiente:

«El problema de fondo que se plantea en este expediente es determinar si un aumento de capital social acordado con anterioridad a la solicitud de nombramiento de auditor, pero no inscrito en el Registro Mercantil, puede ser tenido en cuenta a los efectos del cómputo, del porcentaje de capital del socio peticionario.

La solución, según doctrina reiterada de este Centro Directivo, tiene que ser forzosamente negativa. Si la inscripción es precisa en los aumentos de capital– que lo es– y ésta no se ha producido, no cabe sino declarar que para el Registro seguía siendo titular de más del cinco por ciento del capital social y, en consecuencia, que procedía el nombramiento solicitado.»

La legitimación del solicitante viene referida, precisamente, al momento en que la solicitud se presenta en el Registro Mercantil, y en ese preciso instante, el acuerdo de ampliación de capital social ni siquiera había sido elevado a escritura pública, y mucho menos, presentado en este Registro. Este es el criterio mantenido por la Dirección General de los Registros en Resolución de 14 de octubre de 2005:

«Sobre dicha cuestión se ha pronunciado ya en muchas ocasiones este Centro Directivo, esto es, determinar si un aumento o reducción de capital social, acordado con anterioridad a la solicitud de nombramiento de auditor pero no inscrito todavía en el Registro Mercantil, puede ser tenido en cuenta a los efectos del cómputo del porcentaje de capital social del socio peticionario en la compañía. La solución, en consecuencia, vuelve a ser la misma: si la inscripción es precisa en los aumentos o reducciones de capital, que lo es (se exigen los mismos requisitos que para las modificaciones estatutarias) y ésta no se ha producido, no

cabe más que declarar que para el Registro el solicitante seguía siendo titular de más del cinco por ciento del capital social en el momento de presentar su petición –que es al que hay que atender para determinar su legitimación– y, en consecuencia, que procedía el nombramiento solicitado, ya que la solicitud se presentó en el Registro el 15 de enero de 2004 y la sociedad no presentó en el Registro la escritura pública por la inscripción del acuerdo sino hasta el 3 de marzo de 2004, donde se inscribió el día 18 del mismo mes y año.»

Por no reiterar todas, baste citar también la Resolución de 22 de junio de 2009:

«Procede confirmar en el presente expediente –y por sus propios fundamentos– la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Santander que, siendo ajustada a derecho, no es desvirtuada por las alegaciones del escrito de recurso. En efecto: 1.º La legitimación del solicitante viene referida y tiene que determinarse en el momento en que la solicitud se presenta. La ampliación de capital que la sociedad invoca no había sido inscrita todavía en ese momento y, siendo así que dicha inscripción es precisa en los aumentos de capital, puesto que se exigen los mismos requisitos que para las modificaciones estatutarias *(cfr.* arts. 71 y siguientes de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), no cabe más que declarar que para el Registro el peticionario seguía siendo titular de más del 5% del capital social y, en consecuencia, que procedía el nombramiento solicitado.

No desvirtúa este fundamento jurídico la alegación societaria de que el aumento de capital se cumplimentó el 26 de octubre de 2007 y, en consecuencia, que debe retrotraerse a dicha fecha cuando se practique la inscripción. No es cierto, la inscripción solo se retrotrae a la fecha del asiento de presentación (art. 55 del Reglamento del Registro Mercantil), es decir, a 23 de abril de 2008 y, por tanto, con posterioridad a la solicitud de nombramiento.

Tampoco puede prosperar el argumento de que según el Libro registro de socios el peticionario solo ostenta el 0,302% del capital social, y ello porque, según tiene declarado este Centro Directivo, la legitimación puede acreditarse por cualquier medio de prueba por escrito no desvirtuada por la sociedad y el Libro registro de socios, a que se refieren los artículos 55 de la Ley de Sociedades Anónimas y 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, no constituye el único medio de prueba al respecto, puesto que significarla dejar al arbitrio de una de las partes –la sociedad– el ejercicio de un derecho que corresponde al otro –el socio–.»

V

Contra dicha resolución y por la indicada representación social se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, básicamente, que la solicitante perdió el porcentaje del 5% del capital social que la legitiman para el ejercicio del derecho al nombramiento registra) de auditor de cuentas, dado que la sociedad acordó la ampliación de éste, que fue elevada a escritura pública el 31 de enero de 2011 por el Notario de Zaragoza, don ..... Adjuntó a su escrito copia de la mencionada escritura.

VI

Con fecha de 29 de junio de 2012, el Director general de los Registros y del Notariado, don ....., decidió de abstenerse de intervenir en el recurso interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por tratarse de un recurso que impugna su decisión de 11 de marzo de 2011, dictada cuando era titular del Registro Mercantil de Zaragoza I.

VII

Por acuerdo de 28 de julio de 2012, el Subsecretario del Ministerio de Justicia, don ....., avocó para sí la competencia atribuida al Director general de los Registros y del Notariado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Dicho acuerdo se notificó por el Registro Mercantil de Zaragoza a las partes interesadas en el procedimiento el 7 de agosto de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2, 290 y 313 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, 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 julio de 1994, 6 de septiembre de 2001, 5 de septiembre de 2003, 4 de junio de 2005, 16 de diciembre de 2006, 22 de junio de 2009 y 22 de abril de 2010.

La cuestión que plantea el presente expediente no es otra que la de determinar si un aumento de capital social acordado y elevado a escritura pública con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento de auditor en el Registro Mercantil, pero no inscrito, sino con posterioridad a la presentación de la misma, puede desvirtuar el principio de prueba aportado por la solicitante sobre su propiedad sobre un número de participaciones sociales equivalentes al 5% del capital social y, en consecuencia, si puede desvirtuar su legitimación para solicitar el nombramiento de auditor.

La solución ha de ser, forzosamente, negativa pues la legitimación del solicitante viene referida y debe determinarse en el momento en que la solicitud se presenta en el Registro Mercantil y en ese momento, el 8 de febrero de 2011, la ampliación de capital que la sociedad invoca no había sido inscrita, ni siquiera presentada para su inscripción, dado que el asiento de presentación de la misma se practico el 18 de febrero de 2011 y, por tanto, con posterioridad a que la soda minoritaria ejerciera su derecho.

Como quiera que las normas legales citadas en los vistos exigen para el aumento o reducción de capital social las mismas formalidades que para las modificaciones estatutarias, esto es, inscripción de la escritura de ampliación o reducción en el Registro Mercantil para que pueda surtir efectos frente a terceros, debe reconocerse el derecho de la minoría al nombramiento registral de auditor que solicitó.

En su virtud, he resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de «Sistemas de Protección para la Seguridad Vial, S.L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número I de Zaragoza el 11 de marzo 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, 2 de octubre de 2012.–Firmado: El Subsecretario, Juan Bravo Rivera.–Sr. Registrador Mercantil de Zaragoza.

Resolución de 2 de octubre de 2012 (3.ª)

En el recurso de alzada interpuesto por don ..... en su condición de administrador único de la entidad mercantil «Montenegro Gestión y Construcción, S.L.» contra la decisión del Registrador Mercantil número I de Zaragoza, de 4 de abril de 2011, sobre nombramiento de auditor a instancias de una socia minoritaria.

HECHOS

I

Doña ..... presentó el 21 de marzo de 2011 un escrito en el Registro Mercantil de Zaragoza solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de un número de participaciones sociales superior al 5% del capital social de «Montenegro Gestión y Construcción, S.L.» el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión, alegando, en síntesis: 1.º) Que dentro del plazo señalado en el artículo 45.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se convocará la Junta General de socios para la aprobación de las cuentas del ejercicio 2010. 2.º) Que la realización de la auditoría supone un gasto innecesario para la sociedad, tanto más en este momento en el que carece de liquidez para afrontar los gastos que comporta. 3.º) Que la solicitante ha tenido a su disposición toda la información contable y financiera de la sociedad, por lo que si desea realizar una auditoría de cuentas puede realizarla por su cuenta y con cargo a su presupuesto.

III

Por resolución de 4 de abril de 2011 el Registrador Mercantil número I de Zaragoza acordó, en base a los artículos 265 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, desestimar la oposición de la sociedad y declarar la procedencia del nombramiento de auditor solicitado por la minoría. Señaló, en relación con la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas, que es reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado manteniendo que la oposición por la sociedad sólo debe prosperar en los casos de presentarse la solicitud fuera del plazo legal establecido, no ser socio el solicitante o figurar inscrito un nombramiento de auditor para las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio para el que se solicita la auditoría, de conformidad con los artículos 205 de la Ley de Sociedades Anónimas y 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Valga por todas ellas la Resolución de 10 de abril de 2000:

«El procedimiento que la Ley de Sociedades Anónimas y el Reglamento del Registro Mercantil regulan es, efectivamente, un procedimiento de *cognitio* muy limitada: si se cumplen los requisitos de capital y tiempo que en dichas normas se establecen el Registrador Mercantil acordará el nombramiento de auditor solicitado, salvo que por la sociedad se alegue la falta de legitimación del solicitante o la no procedencia del nombramiento *(cfr.* art. 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil)».

En el mismo sentido, la Resolución de 24 de abril de 2000 señala que:

«1. Como reiteradamente se ha indicado en este Centro Directivo, dos son los requisitos del artículo 205.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. B porcentaje del socio que lo solicita en el capital social, y que se haga en el plazo de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social. En el presente caso, el socio presentaba prueba documental de su participación, y la solicitud realizada en plazo, no habiéndose desvirtuado esa legitimación por la sociedad en ningún trámite del expediente, teniendo en cuenta el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, en cuando a la oposición de la sociedad, bien por negar la legitimación del solicitante, es decir no tener ese mínimo de participación social, o prueba documental de que no proceda al nombramiento, de la documentación presentada, no se justifica esa falta de legitimación por la sociedad, así como tampoco la no procedencia del nombramiento.»

En consecuencia, no puede prosperar la alegación sobre la falta de liquidez de la sociedad, sin que pueda pretenderse que el coste de la auditoría sea satisfecho por el solicitante, dados los claros términos en que se manifiesta el artículo 205 de la Ley de Sociedades Anónimas, al que se remite el artículo 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Como señaló la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de octubre de 1991:

«Son criterios reiterados de este Centro Directivo –y que ahora procede confirmar– que la situación económica de la sociedad o los gastos que haya de realizar como consecuencia de la auditoría son circunstancias tácticas que no han de obstaculizar el ejercicio del derecho reconocido a los accionistas en el artículo 205.2.º de la Ley de Sociedades Anónimas; que la mención en la solicitud de nombramiento de auditor de los datos registrales de la sociedad es una exigencia reglamentaria encaminada a facilitar el emplazamiento de ésta, sin que la omisión de todos o algunos de ellos sea determinante de la desestimación de la pretensión, máxime en los supuestos, como el presente, en que la sociedad asume su posición de legitimación pasiva dentro del procedimiento; y que las peticiones de nombramiento de auditor encausadas por la vía del artículo 205.2.º de

la Ley de Sociedades Anónimas no precisa contener la causa de la solicitud, la cual es siempre y típicamente la misma, a saber, la inexistencia de una auditoría del período para el que se solicita.».

La posible información que sobre las cuentas anuales tenga el solicitante tampoco impide que prospere su derecho como socio minoritario a solicitar el nombramiento de auditor. Como reiteradamente tiene señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado: «debe reiterarse también que son distintos el derecho a la auditoría que establece la Ley en favor de los socios minoritarios (art. 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas) y el derecho a la información o examen de las cuentas (arts. 112 y 212 de la citada Ley). No existe contradicción entre ellos ni exigencia legal de ejercitar el de información con carácter previo y necesario al de auditoría. La antigua Ley exigía ya que se facilitasen al socio los datos contables de la compañía pero ahora, tras su reforma exige, además, que sean acompañados de un informe de verificación realizado por un auditor independiente. Se trata de derechos que, aunque complementarios, resultan distintos en su finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio.» (Resolución de 5 de marzo de 1996).»

IV

Contra dicha resolución don ....., en nombre y representación de la sociedad «Montenegro Gestión y Construcción, S.L.» 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, si necesidad de reiteración. Añadió que la solicitud de la socia minoritaria no es más que una represalia contra la sociedad por su cese como administradora, así como la desestimación por parte del Juzgado de lo Social –ratificada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón– de su demanda en la que pretendía que su cese fuese declarado como un despido.

V

Con fecha de 29 de junio de 2012, el Director general de los Registros y del Notariado, don ....., decidió de abstenerse de intervenir en el recurso interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por tratarse de un recurso que impugna su decisión de 11 de marzo de 2011, dictada cuando era titular del Registro Mercantil de Zaragoza I.

VI

Por acuerdo de 28 de julio de 2012, el Subsecretario del Ministerio de Justicia, don ....., avocó para sí la competencia atribuida al Director general de los Registros y del Notariado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Dicho acuerdo se notificó por el Registro Mercantil de Zaragoza a las partes interesadas en el procedimiento el 7 de agosto de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2, 290 y 313 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, 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 julio de 1994, 10 y 24 de abril de 2000, 6 de septiembre de 2001, 5 de septiembre de 2003, 4 de junio de 2005, 16 de diciembre de 2006, 22 de junio de 2009 y 22 de abril y 22 de octubre de 2010.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente que no hacen sino reiterar las aducidas en su escrito de oposición y que fueron acertadamente rechazadas por el Registrador Mercantil de Zaragoza. En primer lugar, sobre sus dificultades económicas para afrontar los gastos de la auditoría, este Centro Directivo ha mantenido en relación con el artículo 205.2 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas, reproducido en idénticos términos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital que el legislador, al regular este derecho del socio minoritario, no deja margen interpretativo alguno cuando dispone que los gastos que la auditoría comporta corran siempre a cargo de la sociedad. Dado que dicho precepto legal tampoco contempla excepción alguna a esta obligación de la empresa afectada por la solicitud del socio minoritario de someter las cuentas del último ejercicio vencido a la verificación de un auditor de cuentas, se ha de concluir que la mala situación económica por la que atraviesa la empresa, incluso en el supuesto de ser real, no puede impedir el ejercicio del derecho de la socia minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2010.

2.º En segundo lugar, tampoco puede prosperar la alegación relativa a la puesta a disposición de la socia minoritaria de la información financiera y contable de la compañía, pues los derechos de información y auditoría, aunque relacionados y complementarios, resultan derechos distintos. El primero de ellos lo ostentan todos los socios de entidades mercantiles y consiste en facilitar por parte del órgano de administración toda la información económica y contable de la empresa, mientras que el segundo solo pueden ejercitarlo quienes reúnan un porcentaje de capital social de al menos el 5% y presenten su solicitud dentro del plazo de caducidad de tres meses, siendo su finalidad la de permitir que esa información contable de que disponen los socios sea verificada por un auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil. Es decir, se trata de derechos diferentes por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio *(cfr.* arts. 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital)

3.º Por último, se ha de señalar que las motivaciones que hayan llevado a la solicitante a instar la auditoría de cuentas no pueden analizarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que le atribuye el Reglamento del Registro Mercantil, 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 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, he resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de la entidad mercantil «Montenegro Gestión y Construcción, S.L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número I de Zaragoza el 4 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, 2 de octubre 2012.–Firmado: El Subsecretario, Juan Bravo Rivera.–Sr. Registrador Mercantil de Zaragoza

---

Resolución de 2 de octubre de 2012 (4.ª)

En el expediente 197/2011 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 Madrid el 29 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 2010.

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que: 1.º) Que las participaciones sociales que legitiman al solicitante

para el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital se encuentran embargadas, como consecuencia del impago de las pensiones alimenticias de sus hijas. 2.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 de la compañía, singularmente, en las Diligencias Previas número 580/2009 seguidas ante el Juzgado de Instrucción número 4 de Móstoles. 3.º) Que es difícil para la sociedad afrontar los gastos de la auditoría, dada la falta de liquidez que vive en los últimos años.

III

La Registradora Mercantil número VI de Madrid, con fecha 21 de mayo de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. En cuanto a la falta de legitimación del solicitante de la auditoría, mantuvo que los artículos 132 y 133 de la Ley de Sociedades de Capital establecen que el embargo de participaciones sociales no supone la pérdida de la propiedad de la cosa embargada, ni de los derechos económicos y políticos inherentes a las participaciones sociales. Por lo que se refiere a las manifestaciones de la sociedad sobre la verdadera finalidad del socio al solicitar la auditoría de cuentas, recordó la doctrina de esta Dirección General, manteniendo 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. En cuanto a la falta de liquidez de la sociedad para afrontar los gastos de auditoría, el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 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 Registradora Mercantil de Madrid, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, en cuanto al embargo de las participaciones sociales propiedad del solicitante, este Centro Directivo ha mantenido sobre la base de los artículos 132 y 133 de la Ley de Sociedades de Capital (antiguos artículos 72 y 73 de Ley de Sociedades Anónimas y 38 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) que 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 embargadas.

2.º Tampoco pueden prosperar las alegaciones que cuestionan la buena fe del solicitante, dado que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil 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

3.º Por último, se ha de señalar que, por expresa disposición del artículo 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, dado que la falta de liquidez alegada es una cuestión fáctica que no puede impedir el ejercicio de los derechos del socio.

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 la Registradora Mercantil número VI de Madrid el 21 de mayo 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, 2 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VI de Madrid.

Resolución de 2 de octubre de 2012 (5.ª)

En el expediente 201/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una sociedad accionista de «Promociones Silcat, S.L.»

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 28 de marzo de 2011 solicitando al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Promociones Silcat, S.L.», el nombramiento de auditor con el fin de conocer si las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010 ofrecen la imagen fiel de patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. Adjuntaba a su escrito primera copia de escritura de constitución de la sociedad, autorizada el 1 de diciembre de 2005 por el Notario de la Roca del Vallés, don ....., bajo el número 2434 de su protocolo; comunicación de la tarjeta acreditativa de la identificación fiscal de la compañía, suscrita por doña ....., Delegada de la Agencia de la Administración Tributaria el día 16 de enero de 2006 en Barcelona.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la sociedad no está obligada a la verificación contable, al poder presentar sus cuentas en el Registro Mercantil en forma abreviada. 2.º) Que la compañía depositó en el Registro Mercantil las cuentas correspondientes a ejercicios anteriores. Como puede comprobarse, en el último ejercicio apenas tuvo actividad, por lo que no dispone de liquidez que le permita afrontar los costes de la auditoría de cuentas. 3.º) Que, siendo el solicitante quien controla las operaciones bancarias, debe interpretarse que la solicitud que formuló es un acto de mala fe, con intenciones ocultas o maquiavélicas perjudiciales para la sociedad. 4.º) Que siempre ha estado a disposición de todos los socios la documentación contable de la sociedad.

III

La Registradora Mercantil número VII de Barcelona, con fecha 13 de abril de 2011, resolvió acceder a lo solicitado por la minoría. Tras señalar que la solicitante cumple los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos para presentar la petición de auditoría, señaló: 1.º) En cuanto a que la sociedad no está obligada a la verificación contable, dicha alegación no puede enervar el derecho del solicitante, dado que estas sociedades que pueden presentar sus cuentas en el Registro Mercantil de forma abreviada pasan a estar obligadas cuando lo solicita un socio que reúne las condiciones de capital y tiempo preestablecidos en la ley. 2.º) Tampoco pueden enervar el derecho del socio las restantes alegaciones de la sociedad pues el hecho de que el socio haya tenido a su disposición toda la información bancaria no es óbice para que ejerza su derecho a solicitar del registrador mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas pues ambos derechos, aunque relacionados, resultan diferentes por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a

las condiciones para su ejercicio. Así resulta de los artículos 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de agosto, 1 de septiembre y 6 de octubre de 2010, entre otras. 3.º) Que en cuanto a que la sociedad carezca de liquidez para hacer frente a los gastos de auditoría y que esta situación conocida por el solicitante evidencia su mala fe, tampoco puede enervar el derecho a la verificación contable, dado que, en primer lugar, el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone de manera taxativa y sin que quepa margen interpretativo alguno que los gastos de la auditoría de cuentas corren siempre de cargo de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre. Por lo que se refiere a la mala fe del solicitante, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado sobre esta cuestión 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.

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 que en consecuencia se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración y añadiendo que el solicitante hace valer su derecho porque la auditoría la paga la sociedad, no él y no se le exige ningún tipo de caución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, 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, 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, 27 de marzo de 2009 y 1 de septiembre de 2010.

1.º Procede confirmar, por sus propios fundamentos, la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Barcelona que no es desvirtuada por ninguna de las alegaciones formuladas en el escrito de interposición del recurso. En primer lugar, el ámbito de las sociedades no sujetas por ley a la obligación de verificación contable, es el que tiene en cuenta el legislador al configurar este derecho de las minorías a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de 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.

2.º En segundo lugar, el conocimiento que haya podido tener el socio de la contabilidad social y de la situación de falta de liquidez de la empresa no puede impedir que éste ejercite un derecho que la ley le reconoce y que solo está condicionado a los presupuestos de legitimación y tiempo para su ejercicio preestablecidos en la ley. Como indicó la Registradora Mercantil, los derechos de información y de auditoría, aunque complementarios y relacionados entre sí, presentan notables diferencias tanto por su finalidad y requisitos como por las condiciones para su ejercicio, siendo así que con el derecho a la verificación contable instado por la minoría social lo que la ley pretende es que esa información de la que ya disponen los socios sea verificada por un auditor de cuentas *(cfr.* arts. 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.º En cuanto a la mala fe que haya podido tener el solicitante instando 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 *(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.

4.º Por último, en cuanto a los gastos que la auditoría comporta, cabe señalar que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de capital dispone, de manera taxativa y sin que quepa margen interpretativo alguno que éstos 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 «Promociones Silcar, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número VII de Barcelona a el 13 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, 2 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VII de Barcelona.

Resolución de 2 de octubre de 2012 (6.ª)

En el expediente 206/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Siverna Corporacio, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 31 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Siverna Corporacio, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

A la vista de dicha instancia, el Registrador Mercantil número XI de Barcelona, con fecha de 6 de abril de 2011, requirió al solicitante para que aportara al expediente los títulos originales o copias testimoniadas notarialmente de los que resulte su participación en el capital social en el porcentaje de al menos el 5% requerido para el ejercicio del derecho. A dicho requerimiento doña ..... presentó un escrito al que adjunto fotocopia de la póliza original de compraventa de participaciones sociales de 23 de enero de 2006, intervenida por el Notario de Barcelona, don ....., de la que se desprende la adquisición por parte de don ..... de 661 participaciones sociales número 1685 a 2345 de la entidad mercantil afectada por la solicitud de auditoría.

III

Notificada la sociedad de dicha instancia y de los documentos adjuntos, don ....., en su calidad de administrador social, se opuso a dicha solicitud alegando, en síntesis que la Junta general de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo. Dicho nombramiento fue presentado en el Registro mercantil para su inscripción y fue calificado con defectos. Una vez subsanados éstos se presentó nuevamente para su inscripción. Adjuntaba a su escrito certificado, con firma legitimada notarialmente el 3 de enero de 2011, expedido por don ..... del que resulta el nombramiento como auditor de cuentas de la empresa «Oiko Auditores, S.L.P.» desde el 1 de enero de 2010 y 31 de diciembre de 2012; escrito de 27 de diciembre de 2010 firmado por don ....., socio administrador de la firma auditora «Oiko Auditores, S.L.P.» por el cual aceptaba el encargo de auditoría, con firma legitimada notarialmente el 10 de mayo de 2011.

IV

El Registrador Mercantil número XI de Barcelona, con fecha 25 de mayo de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reu-

nía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos y que consta en la hoja abierta a la sociedad en la inscripción número 4, practicada en el Registro el 19 de mayo de 2011 el nombramiento de «Oiko Auditores, S.L.P.» como auditor de cuentas para tres ejercicios sociales, encargo que fue aceptado por don ....., administrador de firma auditora el 27 de diciembre de 2010 y con firma legitimada por el Notario de Barcelona don ..... Barceló el 10 de mayo de 2011. Así resulta de la certificación expedida por don ....., administrador único de la compañía, cuya firma fue legitimada por la Notaria de Barcelona doña ..... el 12 de marzo de 2011. Mantuvo, en esencia, que conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado para que el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad pueda enervar el derecho del solicitante deben concurrir 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, el nombramiento voluntario alegado por la sociedad no puede considerarse previo a la solicitud del socio minoritario, dado que no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 1227 del Código Civil, dado que dicho nombramiento voluntario tiene efectos desde la aceptación por el auditor de cuentas del encargo de auditoría, siendo así que la fecha que puede tenerse en cuenta del escrito de aceptación por parte de la empresa «Oiko Auditores, S.L.P.» es el de la legitimación notarial de la firma del administrador de ésta última empresa que es la de 10 de mayo de 2011, la cual no puede considerarse previa a la solicitud.

V

Contra dicha resolución don ....., en nombre y representación de la sociedad, tal como acredita mediante escritura de poder general para pleitos, otorgada el 11 de julio de 2011, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que el artículo 1227 solo puede ser de aplicación en el caso de que no el hecho al que se refiere solo pueda tener demostración por el propio documento, lo que no ocurre cuando existen otros medios de prueba. 2.º) Que el nombramiento de auditor de cuentas y la aceptación son anteriores a la presentación de la solicitud de 31 de marzo de 2011 y el hecho de que la legitimación notarial sea posterior no varía ni impide el que exista una aceptación del auditor de cuentas pendiente de inscripción.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 logrado acreditar que el contrato de auditoría fuese previo a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil solicitando el nombramiento de auditor por el Registrador, de 31 de marzo de 2011. Y ello, porque para acreditar tal anterioridad es preciso dotar de fehaciencia la fecha del documento privado en el que consta la aceptación del encargo, siendo así que, en este caso, la carta de aceptación firmada por el socio administrador de la empresa auditora, don....., solo puede hacer prueba frente a terceros desde el día de la legitimación notarial de la firma el 10 de mayo de 2011. En consecuencia, la auditoría voluntaria de la sociedad no puede enervar el derecho del socio minoritario al 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 «Siverna Corporacio, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XI de Barcelona el 25 de mayo 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, 2 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XI de Barcelona.

Resolución de 2 de octubre de 2012 (7.ª)

En el expediente 207/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sonier Grupo 3, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 31 de marzo de 2010, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Sonier Grupo 3, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

A la vista de dicha instancia, el Registrador Mercantil número XII de Barcelona, con fecha de 6 de abril de 2011, requirió al solicitante para que aportara al expediente los títulos originales o copias testimoniadas notarialmente de los que resulte su participación en el capital social en el porcentaje de, al menos, el 5% requerido para el ejercicio del derecho. A dicho requerimiento contestó doña ..... presentando un escrito al que adjunto fotocopia parcial de la copia simple de escritura de compraventa de participaciones sociales, otorgada el 13 de enero de 2009 ante el Notario de Barcelona, don ....., bajo el número 31 de su protocolo de la que se desprende la titularidad del solicitante sobre 1052 participaciones sociales de la empresa; fotocopia parcial de escritura de compraventa de participaciones sociales, otorgada el 29 de abril de 2010, ante el Notario de Barcelona don .....

III

Notificada la sociedad de dicha instancia y de los documentos adjuntos, don ....., en su calidad de administrador social, se opuso a dicha solicitud alegando, en síntesis que la Junta

general de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo. Dicho nombramiento fue presentado en el Registro Mercantil para su inscripción y fue calificado con defectos. Una vez subsanados éstos se presentó nuevamente para su inscripción. Adjuntaba a su escrito certificado, con firma legitimada notarialmente el 3 de enero de 2011, expedido por don ..... del que resulta el nombramiento como auditor de cuentas de la empresa «Oiko Auditores, S.L.P.» para los ejercicios sociales comprendidos entre el 1 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2012; escrito de 27 de diciembre de 2010 firmado por don ....., socio administrador de la firma auditora «Oiko Auditores, S.L.P» por el cual aceptaba el encargo de auditoría, con firma legitimada notarialmente el 10 de mayo de 2011.

IV

El Registrador Mercantil número XII de Barcelona, con fecha 31 de mayo de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos y que consta en la hoja abierta a la sociedad en la inscripción número 4, practicada en el Registro el 25 de mayo de 2011 el nombramiento de «Oiko Auditores, S.L.P.» como auditor de cuentas para tres ejercicios sociales, encargo que fue aceptado por don ....., administrador de firma auditora el 27 de diciembre de 2010 y con firma legitimada por el Notario de Barcelona don ..... Barceló el 10 de mayo de 2011. Así resulta de la certificación expedida por don ....., administrador único de la compañía, cuya firma fue legitimada por la Notaria de Barcelona, doña ..... el 12 de marzo de 2011. Mantuvo, en esencia, que conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado para que el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad pueda enervar el derecho del solicitante deben concurrir 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, el nombramiento voluntario alegado por la sociedad no se puede considerar previo a la solicitud del socio minoritario, dado que no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 1227 del Código Civil, dado que dicho nombramiento voluntario tiene efectos desde la aceptación por el auditor de cuentas del encargo de auditoría, siendo así que la fecha que puede tenerse en cuenta del escrito de aceptación por parte de la empresa «Oiko Auditores, S.L.P.» es la de la legitimación notarial de la firma del administrador de ésta última empresa que es la de 10 de mayo de 2011, la cual no puede considerarse previa a la solicitud.

V

Contra dicha resolución don ....., en nombre y representación de la sociedad, tal como acredita mediante escritura de poder general para pleitos, otorgada el 11 de julio de 2011, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que el artículo 1227 solo puede ser de aplicación cuando el hecho al que se refiere solo pueda tener demostración por el propio documento, lo que no ocurre cuando existen otros medios de prueba. 2.º) Que el nombramiento de auditor de cuentas y la aceptación son anteriores a la presentación de la solicitud de 31 de marzo de 2011 y el hecho de que la legitimación notarial sea posterior no varía ni impide el que exista una aceptación del auditor de cuentas pendiente de inscripción.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 logrado acreditar que el contrato de auditoría fuese previo a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil solicitando el nombramiento de auditor por el Registrador, de 31 de marzo de 2011. Y ello, porque para acreditar la anterioridad del contrato de auditoría respecto de otro documento como es la solicitud que inició el expediente, es necesario que la fecha que consta en el mismo pueda hacer prueba frente a terceros, es decir, que esté dotada de fehaciencia, siendo así que, en este caso, la

carta de aceptación firmada por el socio administrador de la empresa auditora, don ..... solo puede hacer prueba frente a terceros desde el día de la legitimación notarial de la firma el 10 de mayo de 2011 *(cfr*: art. 1227 del Código Civil). En consecuencia, la auditoría voluntaria de la sociedad no puede enervar el derecho del socio minoritario al 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 «Sonier Grupo 3, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XII de Barcelona el 31 de mayo 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, 2 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XII de Barcelona.

Resolución de 3 de octubre de 2012 (1.ª)

En el expediente 198/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Olfema 4, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 28 de febrero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Olfema 4, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

A la vista de la anterior solicitud, el Registrador Mercantil número VI de Barcelona requirió al solicitante para que aportara escrito aclaratorio de la identificación y domicilio

social de la entidad mercantil afectada por la solicitud, así como un medio de prueba por escrito acreditativo de la propiedad que ostenta sobre, al menos, el 5% de capital social.

No habiéndose recibido en el Registro Mercantil el escrito requerido, con fecha de 13 de abril de 2011, el registrador mercantil instó, nuevamente al solicitante para que aportara la documentación requerida. Así lo hizo el solicitante que con fecha de 5 de mayo de 2011 presentó un escrito al que adjuntó fotocopia de copia simple de escritura de compraventa de participaciones sociales, otorgada el 18 de noviembre de 1998 ante la Notaria de San Joan Despí, doña ....., bajo el número 1898 de su protocolo notarial, de la que se desprende que el solicitante de la auditoría de cuentas adquirió 35 participaciones sociales, números 371 a 405 de la sociedad Ofema 4, S.L.; fotocopia de nota informativa expedida por el Registro Mercantil de Barcelona de 4 de febrero de 2011, relativa al contenido de las inscripciones 1.ª y 2.ª, obrantes en la hoja abierta a la sociedad.

III

Notificada de dicha instancia, la sociedad, a través de administradora única, doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que, efectivamente el solicitante ostenta la condición de socio pero durante los últimos años ha estado totalmente desvinculado de la compañía, deduciéndose de sus actos una evidente mala fe. 2.º) Que también ostenta la condición de socio de la entidad mercantil «Felumax, S.L.», administrada y gestionada por él, siendo éste su principal negocio, su único centro de trabajo y su principal fuente de ingresos. Dicha empresa tiene el mismo objeto social que «Ofema, 4, S.L.», lo que también hace evidente su ánimo de interferir en el desenvolvimiento de esta sociedad. 3.º) Que la petición de auditoría causa un extraordinario perjuicio a la sociedad que es una pequeña empresa, con pocos trabajadores y con un giro anual de poca cuantía. 4.º) Que si el peticionario se dirige a la compañía se le informará de la situación financiera y contable de la empresa.

IV

El Registrador Mercantil número VI de Barcelona, con fecha 25 de mayo de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas mantuvo que el hecho de que el solicitante sea administrador de una empresa dedicada al mismo objeto social, es indiferente en este procedimiento puesto que según ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, las posibles actuaciones desleales nunca supondrán, por su atipicidad legal, la pérdida de la condición de socio y, consiguientemente, de la necesaria legitimación para ejercitar el derecho. En cuanto a las alegaciones sobre su mala fe recordó la doctrina sentada al respecto por 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 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. Sobre las alegaciones sobre el perjuicio económico que la petición de auditoría causa a la sociedad, señaló que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital ha

dispuesto taxativamente que los gastos que la auditoría comporta corran siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre. Finalizó su resolución señalando que los derechos de información y de auditoría, aunque relacionados, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio, ya que este último tiene la finalidad de que las cuentas anuales de la sociedad sean verificadas por un auditor de cuentas, siendo así que el ejercicio de uno no puede impedir ni obstaculizar el otro *(cfr.* arts. 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

V

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 que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 las de 24 de marzo y 22 de octubre de 2010.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de interposición del recurso. Sobre las actuaciones supuestamente desleales del socio, en el caso de que existieran, no han supuesto la pérdida de tal cualidad y, por tanto, siempre podrá ejercitar los derechos sociales políticos y económicos que la ley le atribuye, sin perjuicio de que la sociedad ejercite las acciones legales pertinentes si entiende que sus actuaciones infringen la prohibición de competencia desleal.

2.º Frente a la alegación que cuestiona la buena fe de la solicitante por el hecho de ser participe de otra empresa dedicada al mismo objeto social, cabe 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 *(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.

3.º Tampoco puede enervar la petición de auditoría, las consideraciones que la sociedad realiza en torno a sus costes 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.

4.º Finalmente, en cuanto a la información que la sociedad está dispuesta a facilitar al solicitante, como indicó el Registrador Mercantil, los derechos de información y auditoría, aunque complementarios y relacionados entre sí, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. El primero de ellos pueden ejercitarlo todos los socios de entidades mercantiles pues solo se requiere ostentar la condición de socio, mientras que para ejercitar el derecho a la verificación contable por auditor nombrado por el Registrador Mercantil la ley exige reunir un porcentaje de acciones o participaciones sociales equivalentes al 5% del capital social de la entidad y presentar la instancia en el plazo de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social y supone que las cuentas y la documentación contable de que dispone la sociedad sea verificada por un auditor de cuentas *(cfr.* arts. 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ....., administradora única de «Olfema 4, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número VI de Barcelona el 25 de mayo 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, 3 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VI de Barcelona.

Resolución de 3 de octubre de 2012 (2.ª)

En el expediente 209/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Dehesa, 24 S.L.»

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 7 de febrero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil como titular de más del 6,01% del capital social de «Dehesa, 24 S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010.

Adjuntaba a su instancia la escritura de constitución de la sociedad, autorizada por el Notario de Albacete, don ....., el 25 de agosto de 2005; y la comunicación del Delegado de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de la tarjeta de identificación fiscal.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que no consta a la sociedad la legitimación del solicitante; 2.º) Que el escrito presentado no expresa la causa de la solicitud, utilizando la vaga expresión de que «al parecer no ha sido muy bien administrada», lo que genera indefensión en la sociedad. 3.º) Que la sociedad apenas ha tenido actividad económica durante ese año y le resulta difícil afrontar los gastos de la auditoría. De hecho, la empresa se encuentra de baja en la Agencia Tributaria. 4.º) El solicitante siempre ha tenido a su disposición la información financiera y contable de la empresa, sin que haya hecho uso de ella.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, con fecha 19 de mayo de 2011, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, por entender que de los artículos 338 y siguientes que regulan el procedimiento para nombramiento registral de auditor de cuentas no se deduce que exista la obligación de legalizar las firmas. El que la sociedad no esté obligada a la verificación contable no es motivo de oposición, ya que la ley reconoce el derecho del socio minoritario de este tipo de sociedades a solicitar el nombramiento registral de un auditor de cuentas. El tener acceso a la información no condiciona ni limita el derecho del socio a la verificación contable. Tampoco es admisible como causa de oposición la mala situación económica 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 las alegaciones formuladas en 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 3 de mayo de 2009.

1.º El presente expediente plantea diversas cuestiones sobre las que este Centro Directivo se ha pronunciado en numerosas ocasiones. Sobre la primera de ellas, relativa a la falta de legitimación de la firma del solicitante, esta Dirección general ha mantenido 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 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.

2.º En cuanto a la inexpresión de la causa de la solicitud, este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente en relación con el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas –reproducido en idénticos términos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital– hay que buscarla en el deseo del legislador de que la contabilidad societaria formulada por los órganos gestores pueda ser controlada por los accionistas minoritarios. En este hilo argumental hay que constatar, que la causa de la solicitud del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es siempre y típicamente la misma, a saber: la inexistencia de auditoría, razón por la cual el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que instrumentó las solicitudes basadas en aquel precepto no exige la expresión, de alcance meramente formal, de la causa, y sin que quepa aplicar por analogía con el artículo 350 del mismo cuerpo legal que queda enlazado con otro supuesto que es el del artículo 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, completamente diferente al número 2 del mismo artículo.

3.º Por lo que se refiere a la mala situación económica por las que atraviesa la sociedad y sus dificultades para afrontar los gastos de auditoría, se ha de señalar que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de capital no deja margen interpretativo alguno cuando dispone que los gastos que la auditoría comporta corren siempre a cargo de la sociedad. Dado que dicho precepto tampoco contempla excepción alguna a esta obligación sobrevenida de la empresa afectada por la solicitud del socio minoritario de permitir que su contabilidad sea verificada por un auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil, se ha de concluir que esta circunstancia por la que atraviesa

la empresa, incluso en el supuesto de ser real, no puede impedir el ejercicio del derecho del socio minoritario a la verificación contable del ejercicio 2010.

4.º Por último, en cuanto al conocimiento de la situación de la sociedad y el acceso que tuvo el solicitante a la información financiera y contable, cabe señalar que no puede impedir que éste ejercite un derecho que la ley le reconoce y que solo está condicionado a los presupuestos de legitimación y tiempo para su ejercicio preestablecidos en la ley. Como indicó la Registradora Mercantil, los derechos de información y de auditoría, aunque complementarios y relacionados entre sí, presentan notables diferencias tanto por su finalidad y requisitos como por las condiciones para su ejercicio, siendo así que con el derecho a la verificación contable instado por la minoría social lo que la ley pretende es que esa información de la que ya disponen los socios sea verificada por un auditor de cuentas *(cfr.* arts. 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de «Dehesa, 24, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Alicante el 19 de mayo 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, 3 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 3 de octubre de 2012 (3.ª)

En el expediente 208/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Alidrey, S.L.»

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 30 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y

siguientes del Reglamento del Registro Mercantil como titular de más del 6,01% del capital social de «Alidrey, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010.

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante de la auditoría de cuentas conoce a la perfección la situación económica de la sociedad por haber tenido acceso a su contabilidad y a su documentación económica y sabe que no puede afrontar los gastos de la auditoría de cuentas. 2.º) Que la Junta General Ordinaria en la que se aprobarán las cuentas del ejercicio anterior se convocará próximamente y si existe objeción a la aprobación de las mismas, se podrá acordar el nombramiento de un auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, con fecha 21 de junio de 2011, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, por entender que los motivos alegados no están previstos en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil.

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 que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 3 de mayo de 2009.

1.º El presente expediente plantea diversas cuestiones sobre las que este Centro Directivo se ha pronunciado en numerosas ocasiones. Sobre la primera de ellas, relativa a la mala situación económica por las que atraviesa la sociedad y sus dificultades para afrontar los gastos de auditoría, se ha de señalar que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen interpretativo alguno cuando dispone que los gastos que la auditoría comporta corren siempre a cargo de la sociedad. Dado que dicho precepto tampoco con-

templa excepción alguna a esta obligación sobrevenida de la empresa afectada por la solicitud del socio minoritario de permitir que su contabilidad sea verificada por un auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil, se ha de concluir que la mala situación económica por la que atraviesa la empresa, incluso en el supuesto de ser real, no puede impedir el ejercicio del derecho del socio minoritario a la verificación contable del ejercicio 2010.

2.º El hecho de que la Junta General Ordinaria todavía no se haya celebrado tampoco puede impedir que el socio minoritario ejercite un derecho que la ley le reconoce, dado que, aunque las cuentas no se hayan aprobado, la auditoría puede cumplir muchas finalidades, como son la de verificar si la contabilidad social se ha llevado o no de manera ajustada a derecho para que, en su caso, los socios puedan deducir acción de responsabilidad contra los administradores. Además de lo anterior, también cabe señalar que lo que el legislador ha pretendido configurando este derecho a favor de la minoría 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 Por último, tampoco pueden prosperar las consideraciones que la sociedad realiza en torno al tiempo en el que debe ejercitarse este derecho pues existe un plazo predeterminado *ex lege* para ejercitar el derecho a la verificación contable que es el plazo de los tres meses siguientes al cierre del último ejercicio social. Es decir, el legislador ha dispuesto, de manera taxativa, sin que quepa margen interpretativo alguno, el *dies a quo* y el *dies ad quem* para presentar la instancia en el Registro Mercantil solicitando al Registrador el nombramiento de auditor de cuentas, diseñando así un plazo de caducidad procesal de tres meses que va indisolublemente unido al ejercicio del derecho.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ....., administradora única de «Alidrey, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Alicante el 21 de junio 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, 3 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 3 de octubre de 2012 (4.ª)

En el expediente 204/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Molins y Gabarro, S.A.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 31 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Molins y Gabarro, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2008 y 2009.

II

A la vista de la anterior instancia, la Registradora Mercantil número I de Barcelona requirió al solicitante para que aclarara a cuál de los dos ejercicios se refería. A dicho requerimiento, don ....., actuando en nombre y representación del solicitante, presentó escritos manteniendo que la solicitud de auditoría de cuentas se refiere al último ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010; y en el segundo escrito que la solicitud de auditoría se refiere al ejercicio 2009.

III

Nuevamente, la Registradora Mercantil número I de Barcelona, a la vista de la discordancia existente entre ambos escritos, solicitó aclaración al peticionario de la auditoría, con fecha de 27 de abril de 2011, al cual contestó don ....., actuando en nombre y representación del solicitante, en el que manifestó que se refiere al ejercicio 2010.

IV

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que a la fecha en que se subsanó la solicitud habían transcurrido más de tres meses del cierre del ejercicio social y, por tanto, es extemporánea. 2.º) Que el solicitante de la auditoría de cuentas no expresó en su instancia la causa de su petición; 3.º) Que el 12 de febrero de 2010 la sociedad solicitó la inscripción del nombramiento de don ....., la cual se practicó el 2 de marzo de 2010 y este nombramiento constituye verdadera causa de oposición social. 4.º) Que el representante del socio no aportó al expediente poderes para actuar en su nombre y representación. 5.º) Que los honorarios devengados por el auditor de cuentas deben correr a cargo del solicitante. Adjuntaba a su escrito copia inscrita de la escritura de cese y nombramiento de administrador y designación de auditor, otorgada en fecha 12 de enero de 2010, ante el Notario de Sabadell, don ....., número 22 de protocolo.

V

La Registradora Mercantil número I de Barcelona, con fecha 1 de junio de 2011, 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 la hoja abierta a la sociedad consta en la inscripción número 17 que la Junta general de la sociedad acordó designar auditor de cuentas a don ..... que aceptó el cargo de auditor de cuentas por el plazo de tres años. Por tanto, en el caso presente concurren las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para que el nombramiento de auditor de cuentas efectuado por la sociedad pueda 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 inscripción fue previa a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil de Barcelona y, por otra parte, la inscripción del nombramiento garantiza al socio minoritario el informe de la auditoría de as cuentas correspondientes al ejercicio 2010.

Las restantes alegaciones formuladas por la sociedad no son causa de oposición, Así, en cuanto a la inexpresión de la causa de la solicitud, como ha mantenido reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, en las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable, por poder presentar en el registro Mercantil sus cuentas en forma abreviada, la causa es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de auditoría previa, por ello es irrelevante su inexpresión en la instancia solicitando el nombramiento de auditor de cuentas. En cuanto a las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría de cuentas, éstas no pueden analizarse en este procedimiento dado el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido, 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. Por lo que se refiere a la extemporaneidad de los escritos subsanatorios de la solicitud de nombramiento de auditor, los cuales fueron instados por el Registro Mercantil, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que, no conteniendo el Reglamento del Registro Mercantil ninguna norma concreta de carácter procedimental que resuelva la cuestión de la posible subsanación de la instancia, se ha de acudir a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común para suplir esta omisión. El artículo 71 de la misma regula el trámite de subsanación y mejora de la solicitud que inicia el procedimiento estableciendo que «si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos». De tal manera, el momento procesal oportuno para requerir al solicitante fue el posterior a la presentación de la solicitud y antes de haberla trasladado a la sociedad para que ejerciera su derecho a oponerse al nombramiento de auditor de cuentas, retrotrayendo sus efectos a la fecha de la instancia inicial. En definitiva, no se puede considerar que los escritos subsanatorios fueron aportados fuera de plazo, como ha pretendido la representación de la sociedad. A mayor abundamiento, el interesado, antes de la resolución de su solicitud, hubiese podido formular alegaciones en cualquier momento del procedimiento, sin necesidad de concederle un plazo especial para

ello. (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 8 de octubre de 2008, 1 de diciembre de 2009 y 27 de mayo de 2010, entre otras). Tampoco puede prosperar la manifestación relativa a la falta de poder de representación por parte de don ..... del socio minoritario solicitante de la auditoría. Esta representación ha quedado suficientemente acreditada, al haberse aportado al expediente copia de la escritura de poder para pleitos otorgada por don ..... a su favor, entre otros apoderados, en fecha 16 de febrero de 2005, ante el Notario de Cerdanyola del Valles, don ....., número 344 de protocolo. (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 18 de mayo y 17 de septiembre de 2009 y 28 de junio de 2010, entre otras)

VI

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 primer motivo del recurso es la contravención de lo dispuesto en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil respecto a la inexpresión de la causa de la solicitud y la incorrecta determinación del ejercicio para el que solicitó la auditoría. 2.º) Que el Registro Mercantil instó al solicitante para una subsanación respecto de una cuestión sobre la que no cabe aclaración, sin tener en cuenta que los posibles errores en los hechos deben perjudicar a quien los comete y no a terceros que no han intervenido. Finalizó su escrito de interposición del recurso de alzada solicitando la revocación del acuerdo y la no obligatoriedad de la auditoría de las cuentas del ejercicio 2010.

VII

El 15 de marzo de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio de la Registradora Mercantil número I de Barcelona al que adjuntó el escrito presentado por don ....., en nombre y representación de don ....., desistiendo de su solicitud de auditoría de las cuentas del ejercicio 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento a la solicitud presentada por don ....., en nombre y representación de don ..... y declarar concluso el procedimiento de nombramiento registral de auditor de las cuentas de 2010 de la sociedad «Molins y Gabarro, 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, 3 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número I de Barcelona

---

Resolución de 4 de octubre de 2012 (1.ª)

En el expediente 199/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Asigran, S.L.».

HECHOS

I

Doña ....., doña …… y don ..... presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Granada, el 29 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 5% del capital social de «Asigran, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

Notificada de dicha instancia, la sociedad, a través de sus administradores mancomunados, doña ..... y don …., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la Junta General de la sociedad, celebrada el 28 de mayo de 2010 procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo a don ..... y como suplente a don ....., por un año prorrogable. Ambos aceptaron su designación como puede comprobarse en la copia de la comunicación cuyas firmas están legitimadas notarialmente. Dicho nombramiento fue presentado para su inscripción en el Registro Mercantil de Granada y constan en la inscripción número 8 de la hoja abierta a la sociedad. Por tanto es forzoso concluir que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas ha enervado el derecho de los socios minoritarios.

III

El Registrador Mercantil de Granada, con fecha 19 de abril de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas formulada por los socios minoritarios, dado que la sociedad solo aportó meras fotocopias de la comunicación de la aceptación en del auditor de cuentas titular y de su suplente, cuyas firmas aparece legitimadas en otro folio también fotocopiado por el Notario de Granada don ..... el 27 de diciembre

de 2010, con una nota de referencia del registro mercantil de Granada pero referido a otra sociedad. Por tanto, no consta inscrito ni presentado documento alguno relativo al nombramiento de auditor, no cumpliéndose las dos condiciones exigidas por a Dirección General de los Registros y del Notariado para que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas enerve el derecho del socio minoritario, que son: *a)* que el nombramiento de auditor y la aceptación por parte de éste 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.

IV

Con fecha de 19 de mayo de 2011 la indicada representación social presentó un escrito en el Registro Mercantil de Granada reiterando la existencia de un auditor titular y otro suplente nombrados por la sociedad que aceptaron el encargo de auditoría de cuentas, cuyas firmas constan legitimadas en documento aparte en el que aparece una nota de relacionado, si bien relativa a la hoja registral de una sociedad que no se corresponde con la que es objeto de este expediente. Alegaron que en el plazo aproximado de unas tres semanas estaría preparado el informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2010.

V

El 20 de mayo de 2011 el Registrador Mercantil de Granada, tras comprobar que, efectivamente, se produjo un error en el archivo del documento original presentado por la sociedad el día 18 de mayo de 2011 al constar archivado en la hoja registral de una sociedad distinta a la que es objeto de este expediente, procedió a suspender todos los trámites del procedimiento por el plazo de un mes, dentro del cual la sociedad deberá aportar el informe de auditoría de cuentas.

VI

El 29 de junio de 2011 los solicitantes de la auditoría, doña ....., doña ..... y don ..... presentaron un escrito en el indicado Registro Mercantil y dirigido al Registrador Mercantil reiterando su petición de nombramiento de auditor de cuentas, en base a los siguientes argumentos: 1.º) Que los peticionarios reúnen las condiciones exigidas por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital siendo procedente el nombramiento solicitado por ellos al Registrador Mercantil. 2.º) Que la sociedad no procedió a la inscripción del nombramiento de auditor voluntario y lo invocan solo para enervar el derecho de los solicitantes, así como tampoco han procedido a garantizar su derecho al informe de la auditoría de cuentas del ejercicio 2010. 3.º) Que el plazo señalado por el Registrador Mercantil para que aportaran el informe de auditoría de cuentas ha transcurrido, sin que dicho informe conste en el expediente. 4.º) Que, además, existen poderosas razones para reforzar la necesidad de que se proteja a los socios minoritarios, pues los socios mayoritarios constituyeron otra sociedad del mismo sector comercial, a la que le atribuyeron beneficios de Asigran. S.L., siendo así que han estado sistemáticamente abusando de su posición dominante.

VII

Por oficio de 4 de julio de 2011 el Registrador Mercantil de Granada remitió a este Centro Directivo el expediente completo para su resolución. A dicho expediente se incorporó el informe del auditor de cuentas emitido por el auditor voluntario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 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 las partes, exige señalar el error procedimental originado en su tramitación, que incide en la imposibilidad legal del órgano resolutor de suspender los efectos o de volver a revisar, por sí mismo, sus propias decisiones una vez que son definitivas, a menos que por norma legal o reglamentaria exista dicha previsión, configurando un recurso de reposición ante la misma autoridad que decidió adoptar un determinado acuerdo.

En el procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, sus normas reguladoras contenidas en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, prevén que las decisiones del Registrador Mercantil decidiendo la procedencia o improcedencia del nombramiento solicitado sean recurridas por los legitimados en alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado, sin que articulen ningún otro medio de revisión.

En el caso que nos ocupa, la resolución del Registrador Mercantil de 19 de abril de 2011 fue notificada a los interesados –sociedad y socios minoritarios– ese mismo día y, por tanto, esa decisión fue definitiva, en cuanto que trascendió a la esfera de intereses y de conocimiento de las partes, desplegando los efectos que a los actos administrativos atribuye el artículo 56 y 57 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable con carácter supletorio a este procedimiento, en todo lo no previsto en sus normas específicas. En consecuencia, aun cuando hubiera existido error en la tramitación de los escritos y documentos presentados por la sociedad, el Registrador Mercantil debió declarar su falta de competencia para dictar una nueva resolución –en este caso de suspensión de efectos–, por no existir previsión legal o reglamentaria al respecto. Al no hacerlo así, privó a los interesados de la posibilidad de recurrir en tiempo y forma ante esta Dirección General, alegando las razones que a

su derecho convienen, más aún si se tiene en cuenta que la segunda resolución que dictó suspendiendo el procedimiento no indica el régimen de recursos pertinentes.

Este defecto procedimental señalado en los fundamentos jurídicos anteriores podría 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 se ha producido en el caso presente, dado que los solicitantes en su escrito de 29 de junio de 2011 han podido alegar y probar lo que a su derecho conviene, siendo dichas alegaciones y pretensiones dilucidadas y resueltas en esta instancia de alzada. Y esta es la razón por la que, aun estando fuera del plazo de quince días, previsto en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil para recurrir en alzada ante esta Dirección General, dicho escrito se tramitará como verdadero recurso de alzada, con la finalidad de no originar indefensión a los socios minoritarios.

2.º La cuestión de fondo planteada en dicho escrito no es otra que la de determinar cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria alegada por la sociedad puede enervar el derecho de los socios minoritarios que han acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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.

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.

Sin embargo, en el caso presente, la sociedad ha acreditado en el expediente el cumplimiento de las dos condiciones exigidas por este Centro Directivo, puesto que consta en el Registro Mercantil con entrada de 18 de abril de 2011 el Acta que recoge el acuerdo de nombramiento de auditor y de suplente, emitida por el Notario de Huétor Tájar, don ....., el 28 de mayo de 2010 y, asimismo, consta también la aceptación del auditor designado, don ..... y como suplente don ....., con sus firmas legitimadas por el Notario de Granada, don ....., el 27 de diciembre de 2010, es decir, anteriores a la presentación de la instancia de los socios minoritarios el 29 de marzo de 2011.

Dado que, advertido por el Registrador Mercantil de Granada el error en la presentación y tramitación de dichos documentos, fue subsanado en el propio Registro y consta, finalmente, inscrito dicho nombramiento en la hoja abierta a la sociedad el 19 de mayo de 2011, también se ha cumplido la segunda condición exigida por esta Dirección General, al estar garantizado el derecho de los socios al informe de auditoría, puesto que la sociedad, en el momento de presentar las cuentas en el Registro Mercantil para su depósito, deberá de acompañarlas del informe emitido por el auditor inscrito o por su suplente pues, en caso contrario, el registrador mercantil denegará el depósito solicitado.

3.º Por último, plantea la minoría social el abuso de derecho en que incurre la sociedad y la necesidad de protección de los intereses de los socios solicitantes. Sobre esta cuestión 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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar la pretensión deducida por los solicitantes de la auditoría, doña ....., doña ..... y don ..... en el escrito de 29 de junio de 2011 contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Granada el 20 de mayo 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, 4 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Granada.

Resolución de 4 de octubre de 2012 (2.ª)

En el expediente 202/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Policlínica Rozona, S.L.»

HECHOS

I

Doña ..... y don ..... presentaron en la Oficina de correos el 22 de marzo de 2011 un escrito dirigido al Registro Mercantil de Madrid solicitando, al amparo, del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 22,5% del capital social de «Policlínica Rozona, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010. Alegaban ser herederos de don ..... en virtud de testamento de su causante, otorgado ante el Notario de Avilés, don ....., el 22 de noviembre de 1990, bajo el número 3045 de su protocolo y con la copia parcial de las operaciones de inventario, liquidación y adjudicación de la herencia de 25 de marzo de 2004.

II

La sociedad, a través de su representante, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Falta de legitimación de los solicitantes de la auditoría, puesto que de la cláusula tercera del testamento de su padre se desprende que el testador nombró administradora única de los bienes que forman parte de la herencia a su madre, doña ..... Claramente se advierte que esta cláusula no contiene ninguna limitación ni tampoco se circunscribe al momento en que sus herederos eran menores de edad, quizá porque el testador conocía la peculiar idiosincrasia de sus herederos. 2.º) Los herederos pretenden ejercer un derecho que no les corresponde, demostrando con ello un claro abuso de derecho.

III

A la vista del anterior escrito de oposición, la Registradora Mercantil número VIII de Madrid, con fecha de 20 de abril de 2011, requirió a la sociedad y a los solicitantes como diligencias para mejor proveer y antes de dictar resolución para que en el plazo de diez días apor-

taran los documentos originales que, por fotocopia parcial, adjuntaron a su primer escrito. Dicho requerimiento fue reiterado por la Registradora Mercantil el 10 de mayo de 2011.

Por escrito de 12 de mayo de 2011 los solicitantes presentaron en el Registro Mercantil un escrito de alegaciones rebatiendo las formuladas por la sociedad y, finalmente, el 27 de mayo de ese mismo año aportaron copia del Acta de presencia autorizada el 25 de marzo de 2004 por el Notario de Avilés, don .....

IV

La Registradora Mercantil número VIII de Madrid, con fecha 9 de junio de 2011, acordó estimar la solicitud de los socios minoritarios, sobre la base de que según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, habiendo acreditado los solicitantes su condición de herederos pueden realizar actos de gestión de los bienes que componen la herencia del causante, sin necesidad de esperar a la liquidación y adjudicación de ésta. En relación a las manifestaciones sociales de que la solicitud de auditoría de cuentas resulta abusiva y contraria a la buena fe, la Dirección General de los Registros y del Notariado 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. Finalizó su acuerdo rechazando la alegación social sobre los intentos infructuosos de la Administradora de la herencia de rendir cuentas a los herederos, por ser ésta una cuestión ajena a este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas. Con independencia de que los solicitantes tengan acceso a la información contable de la sociedad, el derecho de información y examen de cuentas es distinto al derecho de auditoría.

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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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, 22 de octubre de 2010.

1.º Procede confirmar por ajustada a derecho la resolución adoptada por la Registradora Mercantil de Madrid que no es desvirtuada por ninguna de las

alegaciones formuladas por la sociedad. En efecto, los solicitantes han aportado un principio de prueba por escrito de su legitimación mediante los documentos que constan en el expediente, de los que resulta que forman parte de una comunidad hereditaria que es titular, entre otros bienes, de un número de participaciones sociales representativas 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, 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 acredite su condición de herederos –como lo han hecho– para que, como miembros de una comunidad hereditaria, puedan realizar cualquier acto de gestión y administración ordinaria de los bienes comunes, dado que esta es la naturaleza que tiene el acto de solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación del recurrente 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 *(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.

3.º Por último, en cuanto a las posibilidades de acceder a la información de la sociedad que el recurrente alega, se ha de señalar que información y auditoría son derechos distintos, el primero de ellos la ostentan todos los socios de entidades mercantiles y consiste en facilitar por parte del órgano de administración toda la información económica y contable de la empresa, mientras que el segundo solo pueden ejercitarlo quienes reúnan un porcentaje de capital social de al menos el 5% y presenten su solicitud dentro del plazo de caducidad de tres meses, siendo su finalidad que esa información contable sea verificada por un auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil. Es decir se trata de derechos diferentes tanto por su finalidad y requisitos como por las condiciones para su ejercicio *(cfr.* arts. 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital)

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de «Policlínica Rozona, S.L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil número VII de Madrid de 9 de junio 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, 4 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VII de Madrid.

Resolución de 4 de octubre de 2012 (3.ª)

En el expediente 195/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Mompex Ibérica de Publicidad, S.A.»

HECHOS

I

Don ....., en su condición de albacea contador partidor de la herencia de don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 28 de marzo de 2011 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y de los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular que fue el fallecido don ..... de un número de participaciones equivalentes a más del 5% del capital social de «Mompex Ibérica de Publicidad, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010.

II

Retirada del Registro Mercantil la anterior instancia con fecha de 31 de marzo de 2011, el Registrador Mercantil la archivó sin más trámite.

III

Con fecha de 31 de mayo de 2011 don ..... presentó una nueva instancia en el Registro Mercantil de Madrid, reiterando su solicitud de nombramiento registral de auditor de las cuentas anuales del ejercicio 2010.

IV

El Registrador Mercantil de Madrid, con fecha 7 de junio de 2011, acordó desestimar la solicitud, dado que habiendo sido retirada la de 28 de marzo de 2011, el asiento de presentación caducó el 28 de mayo de 2011, conforme a lo dispuesto en el artículo 43 del Reglamento del Registro Mercantil. Por otra parte, la presente instancia no cumple el plazo de caducidad de tres meses previsto para ejercitar el derecho en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

V

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 el 28 de marzo de 2011 presentó en el registro mercantil una instancia solicitando el nombramiento de auditor de cuentas para la entidad mercantil «Mompex Ibérica de Publicidad, S.L.» en su condición de albacea contador partidor de los bienes que integran la herencia de don ....., que ostentaba en dicha compañía un porcentaje de capital superior al 5%. 2.º) Que ante la inactividad del registrador durante dos meses, el 31 de mayo de ese mismo año volvió a presentar su solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas. 3.º) Que sorprendentemente, el Registrador Mercantil dictó la resolución de 7 de junio de 2011 que hoy se recurre. 4.º) Que en ningún momento retiró la solicitud de 28 de marzo de 2011 que inició el expediente, siendo así que, conforme a lo dispuesto en el artículo 351 y 354 del Reglamento del Registro Mercantil, el Registrador debió exigir la acreditación de la representación con la que actuó la persona que retiró dicha instancia, puesto que supone una renuncia al derecho que mediante ella se pretendió ejercitar, lo que no hizo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 113.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

El presente recurso plantea, como cuestión meramente formal, el posible error en la tramitación de la instancia por la que se solicitó el nombramiento registral de auditor de las cuentas anuales de 2010, error que, en opinión del recurrente, fue la falta de impulso de oficio por parte del Registrador Mercantil que, conociendo la retirada de dicha instancia por quien presentó el resguardo de su entrada en el Registro Mercantil, no continuó actuando el procedimiento con el oportuno requerimiento al firmante para que acreditara su representación.

Respecto de esta cuestión se ha de señalar que el firmante de la instancia debió mantener una actitud coherente con lo solicitado y adjuntar a ella en el momento de la presentación o bien en un momento inmediatamente posterior, si antes no fue posible, los documentos que creyó debían tenerse en cuenta para estimar su solicitud, entre ellos, copia autentica del testamento que acredite su nombramiento por el testador como albacea contador-partidor

de los bienes dejados a su fallecimiento. De tal manera que si hubiese adoptado dicha actitud positiva ante el Registro Mercantil no se habría producido el posible defecto procedimental que hoy alega para solicitar la anulación de la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid.

Sentado lo anterior, cabe también indicar que no puede prosperar la pretensión deducida en este recurso de alzada, tanto por aplicación directa del artículo 110.3 de la Ley Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable con carácter supletorio a este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, que mantiene taxativamente que los vicios de procedimiento no podrán ser alegados por quienes los hubieran causado, como porque tampoco en esta instancia de alzada acredita su representación para actuar en nombre y por cuenta ni de la comunidad de herederos a la que dice representar ni de alguno de los llamados por cualquier título a la herencia de don .....

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ..... contra la resolución del Registrador Mercantil de Madrid de 7 de junio 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, 4 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 8 de octubre de 2012 (1.ª)

En el expediente 62/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Comercial Algara, S.L.»

HECHOS

I

Don ....., don ..... y don ..... presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Salamanca el 16 de febrero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos, 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como

titulares de más del 50% del capital social de «Comercial Algara, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2010.

II

La sociedad, a través de su Consejero delegado, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º Que los solicitantes tienen un conocimiento completo de la contabilidad social puesto que ejercieron los cargos de Presidente y Consejero delegado. 2.º Que la sociedad no tiene medios económicos para hacer frente al nombramiento solicitado por la minoría. 3.º Que la solicitud supone un claro y manifiesto abuso de derecho.

III

El Registrador Mercantil de Salamanca, el 21 de marzo de 2011, 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 a la concurrencia en el solicitante de la condición de administradores, esta circunstancia no puede impedir que ejerciten un derecho que la ley les atribuye por su condición de socios, máxime cuando no ha administrado en exclusiva los asuntos sociales. Respecto a la difícil situación económica de la compañía el artículo 265.2 dispone que los costes de la auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad. Por último en cuanto al abuso de derecho por parte de los solicitantes, la Dirección general ha mantenido que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide al Registrador Mercantil entrar a conocer los motivos que han llevado a los peticionarios a instar el nombramiento de auditor de cuentas. Las posibles intenciones maliciosas habrán de ser alegadas y probadas ante la jurisdicción civil 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 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 15 de mayo de 2011

1.º El presente recurso plantea diversas cuestiones sobre las que este Centro Directivo se ha pronunciado reiteradamente, siendo la primera de ellas

la relativa a la concurrencia en los solicitantes de la condición de administradores sociales. Sobre esta cuestión la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido reiteradamente que dicha concurrencia no debe impedir que los solicitantes ejerciten un derecho que la ley les atribuye por su condición de socios de la compañía. Esta incompatibilidad solo se daría si el solicitante hubiera administrado con carácter exclusivo los asuntos sociales o si fueran administradores solidarios –lo que no es el caso– pues en estos supuestos habría podido contratar los servicios profesionales de un auditor como un acto propio de la gestión social, lo que no habría podido hacer si la administración fuera mancomunada, dado que en este caso, los administradores habrían tenido que actuar conjuntamente *(cfr.* art. 1692 del Código Civil).

2.º Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la buena fe de los solicitantes, por el hecho de entender necesaria la auditoría, puesto que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide a este centro Directivo 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.

3.º Por último, no puede enervar la petición de los socios minoritarios, 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 ....., Consejero delegado de «Comercial Algara, S.L.», y confirmar, en los términos que resultan de esta resolución, la dictada por el Registrador Mercantil de Salamanca el 11 de marzo 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, 8 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Salamanca.

Resolución de 8 de octubre de 2012 (2.ª)

En el expediente 200/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Centro Urológico San Ignacio, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Sevilla el 25 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 10% del capital social de «Centro Urológico San Ignacio, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión, alegando en síntesis, que ante el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla –autos 1621/2010– pende la solicitud para el nombramiento de árbitro planteada por el propio señor ..... e hijos para dirimir las divergencias surgidas tras la aprobación de las cuentas del ejercicio 2009 y, puesto que las cuentas del ejercicio 2010 se inician desde los datos consignados en el ejercicio anterior, cuyo resultado esta pendiente de definirse por los Tribunales de Justicia, hasta que no quede definitivamente determinada la exactitud de ese ejercicio económico, toda actuación auditora podría no ser ajustada a la realidad contable de la entidad.

III

El Registrador Mercantil de Sevilla, con fecha de 3 de junio de 2011, resolvió no admitir la oposición planteada por la sociedad, puesto que conforme a la doctrina mantenida reiteradamente por la Dirección General de los Registros y del Notariado, solo procede suspender el expediente cuando en vía civil se esté discutiendo en sede judicial la cualidad de socio del solicitante de la auditoría de cuentas o la propiedad que ostenta sobre un número de acciones o participaciones sociales equivalentes al 5% del capital social que le legitiman para ejercitar el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil. Además la auditoría de cuentas cumple muchas funciones y en el propio informe de auditoría se ponen de manifiesto todas las vicisitudes que, en su caso, puedan afectar a su elaboración, por lo que aun cuando los estados contables precedentes y su reflejo en el realidad económico financiera de la empresa pueda afectar al trabajo del auditor de cuentas, ello o impide que emita su opinión del ejercicio social, conforme a las normas técnicas de auditoría.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando los argumentos esgrimidos en su escrito de oposición que se dan por reproducidos en la presente instancia sin necesidad

de reiteración. Añadió que resulta incongruente que el que ha sido administrador hasta la mitad de dicho año a la vez que su esposa, solicite la presente auditoría de cuentas, cuando todos los datos han estado a su alcance.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 y 4 de diciembre de 2009.

1.º Plantea el presente recurso, como primera cuestión, la de determinar si procede o no suspender el nombramiento de auditor solicitado por la minoría cuando en sede judicial se están dirimiendo ciertas divergencias planteadas por el propio solicitante sobre las cuentas anuales del ejercicio 2009.

Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido que estando acreditada la condición de socio y no siendo discutida en sede judicial la participación que ostenta en el capital social de al menos el 5% que le legitiman, conforme al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas, no cabe suspender el procedimiento por no existir litispendencia sobre dicha legitimación. Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que las divergencia surgidas en torno a las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2009, aun siendo planteadas por el propio solicitante ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sevilla, no cuestionan en modo alguno las condiciones exigidas para el ejercicio del derecho por el socio minoritario.

Por tanto, procede confirmar el acuerdo recurrido, pues como indicó el Registrador Mercantil de Sevilla, el auditor para verificar las cuentas anuales cerradas a 31 de diciembre de 2010 no necesita que recaiga la resolución judicial firme resolviendo las cuestiones suscitadas en sede judicial en torno a las cuentas del ejercicio 2009, sino que, sobre todo, habrá de comprobar si la contabilidad social durante el último ejercicio económico se ha llevado o no de manera ajustada a derecho y si las cuentas del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010 reflejan o no la realidad económica y financiera de la sociedad.

2.º Por lo que se refiere al conocimiento que tuvo el solicitante de la contabilidad y situación bancaria de la empresa, se ha de señalar que información y auditoría son derechos distintos, el primero de ellos la ostentan todos los socios de entidades mercantiles y consiste en facilitar por parte del órgano de administración toda la información económica de la empresa, mientras que el segundo solo pueden ejercitarlo quienes reúnan un porcentaje de capital social de al menos el 5% y presenten su solicitud dentro del plazo de caducidad de tres meses, siendo su finalidad que esa información contable sea verificada

por un auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil. Es decir se trata de derechos diferentes tanto por su finalidad y requisitos como por las condiciones para su ejercicio *(cfr.* arts. 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital)

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de Centro Urológico San Ignacio, S.L. contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Sevilla el 3 de junio 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, 8 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.

Resolución de 8 de octubre de 2012 (3.ª)

En el expediente 210/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «El Balagar, S.L.»

HECHOS

I

Doña .....y doña ....., presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 16 de marzo de 2011, 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 30% del capital social de «El Balagar, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad el 17 de marzo de 2011 mediante correo certificado con acuse de recibo, la notificación fue devuelta por el servicio de correos con la indicación «desconocido». Nuevamente intentada dicha notificación, ésta resultó infructuosa,

por lo que el Registrador Mercantil acordó proceder a la notificación a través del Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, a la vista de que la sociedad no formuló oposición, acordó, el 14 de julio de 2011, acceder al nombramiento de auditor de cuentas, solicitado por la minoría social. La designación recayó en don ..... que aceptó el nombramiento ese mismo día.

IV

Con fecha de 22 de julio de 2011, don ....., en su condición de administrador único de la sociedad, presentó un escrito en la Consejería de Transportes y Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid que fue remitido al Registro Mercantil de Madrid, en el que alegó que enterado de que el Registrador Mercantil nombró auditor de cuentas para la sociedad, se personó en ese Registro para tener acceso al expediente y, de este modo, verificar las comunicaciones que se debieron haber realizado y que no constan como recibidas. Finalizó su escrito solicitando se dejara sin efecto el nombramiento de auditor de cuentas y se declarara la nulidad de actuaciones. Indicó, además, un nuevo domicilio a efectos de notificaciones.

V

Con fecha de 18 de agosto de 2011, don ....., como apoderado de la sociedad «El Balagar, S.L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid manteniendo que, según las informaciones facilitadas el 28 de agosto de 2011 por el Registrador mercantil, don ....., cualquier escrito de alegaciones debe considerarse recurso de alzada, por lo que en esta misma fecha se eleva el expediente a la Dirección general de los Registros y del Notariado. En atención a las mismas solicitaba que no se considerase recurso de alzada el escrito presentado el 19 de julio de 2011, sino que previamente se debía dar acceso al expediente y a la totalidad de documentos que contiene. Finalizaba su escrito solicitando se dejara sin efecto el nombramiento de auditor de cuentas y se acordase la nulidad de actuaciones.

VI

A la vista de dicho escrito el Registrador Mercantil de Madrid, el 23 de agosto de 2011, informo al representante de la sociedad, su falta de competencia para revisar, modificar o suspender sus propias resoluciones. Comunicó, asimismo, que el expediente completo había sido elevado a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

1.º Dado que el representante de la sociedad afectada por la petición de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2010 instada por las socias minoritarias, solicitó en su escrito de 18 de agosto de 2011 que no se tuviera como por interpuesto recurso de alzada mediante el anterior de 18 de julio de 2011, con entrada en el Registro Mercantil de Madrid, el 22 de julio del mismo año, se ha de señalar que si se accediera a la pretensión del recurrente, considerando como escrito de interposición del recurso, el presentado en el Registro Mercantil el 18 de agosto de 2012, este Centro Directivo habría de declarar su inadmisión, dado que fue presentado con posterioridad al plazo de quince días establecido en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil. Por ello y con el fin de no causar perjuicio alguno a la sociedad recurrente se admitirá como escrito de interposición el que fue presentado en plazo de recurso de alzada, el día 22 de julio de 2011 y el último de 18 de agosto del mismo año como escrito de alegaciones complementario del anterior.

2.º Alega el recurrente que no fue trasladada a la sociedad copia de la instancia de las socias minoritarias solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas y, por tanto, dado que no recibió en su momento comunicación alguna sobre la iniciación del procedimiento, debe declararse la nulidad del nombramiento de auditor de cuentas. Pues bien, dicha pretensión no puede prosperar, dado que la tramitación de la instancia y el posterior acuerdo del Registrador Mercantil designando auditor de cuentas fueron ajustados a derecho, puesto que cumplió con su obligación de comunicar reiteradamente a la sociedad –en el domicilio social que consta en el Registro Mercantil y, posteriormente, en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid– la presentación de la instancia, en la forma establecida en el artículo 59 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin que la sociedad hubiera presentado su oposición.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que tampoco puede prosperar por razones sustantivas, ya que el recurrente no aduce ni un solo argumento de fondo que permita llegar a la conclusión de que dicho acuerdo del Registrador Mercantil haya de ser anulado, pues ni niega la legitimación de las solicitantes de la auditoría de cuentas, ni la extemporaneidad de la instancia, ni tampoco la existencia de otra auditoría en curso, por lo que, conforme a lo previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital debe ser reconocido el derecho de las socias minoritarias a la auditoría de cuentas que solicitaron.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el escrito presentado por don ....., como apoderado de la sociedad «El Balagar, S.L.» contra la decisión del Registrador Mercantil número V de Madrid de 14 de julio 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, 8 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número 5 de Madrid.

Resolución de 14 de octubre de 2012

En el expediente 214/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Carpintería del Tenes, S.A.».

HECHOS

I

Don ....., en nombre y representación de doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 18 de febrero de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Carpintería del Tenes, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010. Adjuntaba a su escrito copia simple de la escritura de poder especial, otorgada el día 16 de julio de 2010, ante el Notario de Barcelona don ....., número 1.611 de protocolo; Copia simple de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia, otorgada el día 16 de julio de 2010, ante el Notario de Barcelona don ....., número 1.610 de protocolo, de la que se desprende que doña ..... se adjudicó en pago de su haber hereditario y de los prelegados, entre otros bienes, 5.047 acciones, números 1 al 5.047, de la mercantil «Carpintería del Tenes, S.A; certificación expedida por don ....., administrador único de «Carpintería del Tenes, S.A.», del acta de Junta General de socios celebrada el día 30 de junio de 2010;

II

A la vista de dicha instancia y de la documentación adjunta, el Registrador Mercantil número XVI de Barcelona, con fecha de 23 de febrero de 2011 requirió al firmante del escrito para que aportara, en el plazo improrrogable de diez días, copia auténtica o testimonio notarial de la copia simple de la escritura de poder especial, dado que solo aportó a su instancia fotocopia de la misma, o bien aportara un escrito firmado por doña ..... ratificándose en la anterior solicitud de auditoría. El 14 de marzo de 2011 tuvo entrada en el Registro mercantil un escrito firmado por don ..... en el que, además de adjuntar copia de la escritura de poder especial, en virtud de la cual actuaba, manifestó haber tenido conocimiento de la convocatoria de una Junta General Extraordinaria de la sociedad en cuyo orden del día constaba, entre otros puntos, el de nombramiento de auditor para los ejercicios de 2010, 2011 y 2012 de la firma «Aguado, Antontjuan y Sarraga, S.L.», desconociendo si el referido auditor ha aceptado o no el encargo. Asimismo, debido a las sospechas de irregularidades en la gestión y en el reflejo contable de la imagen de la sociedad, solicitó que en el informe de auditoría se valorase, expresamente, si existen operaciones vinculadas entre la compañía a auditar y «Valles Tenes, S.L.» y «Promo Thor 2003, S.L.»; análisis y revisión pormenorizada de las cuentas de tesorería; retribución del administrador, partida de existencias; la constitución de un derecho real de hipoteca en garantía de un préstamo así como el destino de dicho importe

III

Notificada dicha instancia y los documentos adjuntos a la sociedad, ésta a través de su administrador, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia, que la sociedad ya había nombrado auditor de cuentas para los ejercicios 2010, 2011 y 2012 la empresa «Aguado, Antontjuan y Sarraga, S.L.» Adjuntaba a su escrito, entre otros documentos, copia simple del acta notarial de requerimiento para asistir a junta, autorizada el día 25 de noviembre de 2010, por el Notario de Granollers doña ....., número 279 de protocolo; Notificación de calificación negativa de fecha 8 de febrero de 2011 extendida por el Registro Mercantil de Barcelona; escrito de aceptación de fecha 20 de diciembre de 2010 suscrito por don ....., en calidad de socio administrador de «Aguado, Antontjuan y Sarraga, S.L.» y dirigida a «Carpintería del Tenes, S.A.»; Carta de encargo de fecha 21 de diciembre de 2010 suscrita por él mismo y por el representante de la firma auditora; y escrito subsanatorio de aceptación de fecha 24 de marzo de 2011 suscrito por don …., en representación de «Aguado, Antontjuan y Sarraga.

IV

El Registrador Mercantil número XVI de Barcelona, con fecha 19 de agosto de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que, como cuestión previa debe analizarse el hecho de que fuera presentada para su inscripción en este Registro documentación relativa al nombramiento del auditor, por parte de la sociedad, en fecha 29 de enero de 2011 la cual fue calificada con defectos subsanables, en fecha 8 de febrero de 2011; nuevamente aportada dicha documentación el día 21 de marzo de 2011, la misma fue calificada nuevamente con defectos, según nota de fecha 30 de marzo de 2011 y en fecha 28 de abril de 2011 se interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado contra dicha calificación. Respecto a este recurso, el

artículo 327, párrafo noveno de la Ley Hipotecaria establece, que dicho Centro Directivo deberá resolver y notificar el recurso interpuesto en el plazo de tres meses, computados desde que el recurso tuvo su entrada en el Registro cuya calificación se recurre; transcurrido este plazo sin que recaiga resolución se entenderá desestimado, quedando expedita la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que ello hubiere lugar. La Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de fecha 3 de enero de 2011, ha establecido que, habida cuenta que la Dirección General de los Registros y del Notariado está obligada a resolver dentro del plazo de tres meses que marca el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, el transcurso de dicho plazo sin que se haya dictado resolución, determina que debe entenderse desestimado dicho recurso y comporta la nulidad de una resolución dictada con posterioridad. Habida cuenta pues, que ha transcurrido en exceso el plazo concedido al Centro Directivo para la resolución del recurso, ha de considerar desestimado el mismo, sin que ya tenga sentido mantener la suspensión de la decisión del presente expediente, por lo que procede dictar resolución sin más dilación.

En cuanto a las cuestiones sustantivas planteadas, señaló 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 se ha de acreditar en la forma que dispone el artículo 1227 del Código Civil que el nombramiento voluntario fue hecho con anterioridad a la solicitud de los socios, pues en caso contrario el nombramiento no puede tenerse por previo (Resoluciones del citado Centro Directivo de fechas 5 y 14 de mayo de 2009 y 1 de marzo de 2010, entre otras). En el caso que nos ocupa no se han cumplido ninguna de las condiciones anteriormente señaladas por un lado, aunque se admitiera que el nombramiento de auditor ha sido previo (ya que se alega por parte de la oponente que la designación se realizó con presencia notarial) lo cierto es que dicho nombramiento no se adecua a lo establecido por el artículo 1227 del Código Civil: «la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros– y en este caso la solicitante lo es– sino desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio», ya que dicho nombramiento se entiende efectivo desde la aceptación y consta en el expediente que la firma que figura en el escrito de aceptación fue legitimada en fecha 5 de abril de 2011 y, por tanto, el nombramiento no puede considerarse previo a la solicitud –de 18 de febrero de 2011– (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 27 de abril de 2007, 21 de enero de 2008, 22 de octubre de 2009,22 y 24 de junio y 23 de julio de 2010, entre otras).

Respecto a las alegaciones que cuestionan la buena fe de la 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 *(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. En cuanto a las alegaciones relativas a que la accionista ha visto colmadas todas sus peticiones al haber tenido acceso a la contabilidad, a las cuentas anuales, al informe de auditor y al informe especial solicitado y que la designación de un nuevo auditor cargaría con un gasto

nuevo a la sociedad sin ninguna necesidad, en una economía muy precaria de la mercantil «Carpintería del Tenes, S.A.», consecuencia de la actual crisis económica. En primer lugar la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha mantenido que no pueden, en modo alguno, confundirse el derecho a conocer y examinar las cuentas sociales, o derecho de información que asiste a todos los socios de entidades mercantiles, con independencia del porcentaje de capital que ostenten en la compañía con el derecho u la verificación contable que reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital a aquellos que reúnan un porcentaje de acciones o participaciones sociales equivalentes al menos al 5% de capital social y que presenten su solicitud dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio a auditar. Resulta evidente que ambos derechos, aunque relacionados, son distintos tanto por la finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio, ya que éste último tiene la finalidad de que las cuentas anuales sean verificadas por un auditor de cuentas ajeno a la estructura empresarial de la sociedad afectada por la solicitud, siendo así que el ejercicio de uno no puede impedir ni obstaculizar el ejercicio de otro. Así resulta de los artículos 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 13 de agosto, 1 de septiembre y 6 de octubre de 2010, entre otras. Por último, mantuvo que con el derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital el legislador ha querido, sin que quepa margen interpretativo alguno, que estos gastos sean a cargo de la sociedad cuya auditoría se solicita, sin que a ello obste la situación más o menos precaria en que la misma se encuentre (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 25 de marzo y 18 de junio de 2009 y 24 de marzo de 2010, entre otras).

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 en la resolución que se recurre queda bien claro que la primera presentación del nombramiento de auditor efectuado en la junta del 13 de diciembre de 2010 a ese Registro Mercantil es de fecha 29 de enero de 2011, calificada negativamente el 8 de febrero de 2011, y por tanto, evidentemente presentada ante un funcionario público como lo es el Registrador Mercantil con fecha anterior a la solicitud de nombramiento de auditor efectuada por la representación de la accionista minoritaria que es de fecha 23 de febrero de 2011, en dicha documentación presentada figuraba la carta de encargo profesional firmada por la firma auditora designada cuya copia ya figura en la documentación del recurso gubernativo de 28 de abril de 2011, sin que dicho documento hubiera tenido reflejo por parte de dicho Registro, documento por el que, sin lugar a dudas, el auditor da su completa conformidad al nombramiento y describe el procedimiento a seguir en su trabajo. Siguiendo el criterio legal del propio Registrador en mantenido en la resolución que se recurre, queda claro que, tal como establece el artículo 1227 del Código Civil, la fecha de un documento privado no se contará respecto a terceros sino desde el día que se entregare a un funcionario público por razón de su oficio, por tanto debiera haberse tenido como fecha fehaciente la de 29 de enero que es la presentación de la documentación (sin legalización notarial, ciertamente). A partir de este momento, es decir, de que el funcionario público (Registrador Mercantil o su personal) tiene acceso a dicho documento privado, debe de constar como esa fecha como la de inscripción del nombramiento de auditor, a la vez que cualquier defecto debe entenderse subsanable, como así ha sido tal como se ha resumido antes, mediante la copia legalizada notarialmente del nombramiento de auditor y ratificación de éste, también legalizada notarialmente, de la fecha en que aceptó el nombramiento (20 de diciembre de 2010). Es decir, en conclusión sobre el punto de si el nombramiento es previo (evidente por la propia acta efectuada por su presencia física de la Notario doña .....) por la

hoja de encargo debidamente firmada por la firma auditora, entregada con fecha 29/1/2011 ante funcionario público y posterior ratificación y legalización notarial, debe de concluirse que estamos ante un acto completo y previo a la solicitud de nombramiento de auditor efectuada por la representación de la accionista minoritaria. 2.º) Que el artículo 265, expuesto en el apartado Sexto de la resolución que se recurre, deja claro en su punto 1 que cuando la junta general no hubiera nombrado al auditor antes de que finalice el ejercicio a auditar, debiendo hacerlo, o la persona nombrada no acepten el cargo o no pueda cumplir sus funciones, es cuando se produce la posibilidad por parte de todos los socios y administradores, de solicitar el nombramiento al Registro Mercantil. Pero es que en este caso, la Junta General ha nombrado al auditor, el auditor ha aceptado el cargo y ha emitido su informe. La Ley de Sociedades de Capital es taxativa y restrictiva en cuanto a las causas por las que un accionista puede pedir el nombramiento al Registro Mercantil, pero es evidente que la causa de oposición más clara es que ya está nombrado, como es el caso que nos ocupa. 3.º) Que la accionista minoritaria dirige su actuación al accionista mayoritario para que éste proceda a ofrecerle la compra de sus acciones. Esta manifestación no es gratuita, indiciariamente ya parece difícil sostener que un accionista que tiene en su poder el informe de auditoría de las cuentas anuales, las propias cuentas anuales completas, un informe complementario que ha solicitado, toda la documentación solicitada en su burofax de fecha 20 de junio y examina personalmente auxiliado de un experto contable la contabilidad de la empresa a sus anchas en los locales de la misma, mantenga en pie su solicitud de nueva auditoría sabiendo que carga a la empresa un gasto importante en un momento en que la situación general y especialmente la de esta empresa con más de 12 puestos de trabajo es muy precaria. Abundando en el abuso de derecho que supone la petición de la accionista minoritaria y como prueba de su actuación, se acompaña como documento número 5 la solicitud de una nueva Junta general extraordinaria por la representación de la misma, cuyo coste de publicación en el «BORME» es elevado y que, atendiendo la misma, por parte de la empresa se solicita se avenga a efectuar la citada Junta mediante el uso del artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital, es decir, esté en el día y hora acordado en la empresa y se celebre la Junta por ser la accionista minoritaria y el que firma los únicos accionistas de la empresa, sin embargo, ante su silencio, que es positivo dada la comunicación que se le efectuó en su día, procede el día 7 de septiembre a vender una acción a una tercera persona desconocida para el firmante del presente recurso por valor de 6 euros, de forma que no pueda celebrarse la Junta por dicho sistema absolutamente menos costoso para la empresa si dicha persona no comparece y de esta forma se grave económicamente una vez más a la empresa como medida de presión para obtener sus confesados, verdaderos intereses. 4.º) Que, finalmente, la solicitante pudo disponer del informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2010 que es, como indicó el Registrador Mercantil en la resolución recurrida a finalidad de su pretensión.

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 y de septiembre y 6 de octubre de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Barcelona que no es desvirtuada por ninguno de los argumentos aducidos en el presente recurso. En primer lugar, en contra de lo que entiende el recurrente, el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital debe interpretarse y aplicarse en el contexto propio de las sociedades obligadas por ley a la verificación contable por no poder presentar en el Registro Mercantil sus cuentas en forma abreviada, lo que no ocurre en el caso de la sociedad recurrente. En atención a que es precisamente el marco de estas sociedades el que el legislador ha considerado para reconocer a los socios minoritarios el derecho a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor, poco importa que sea la Junta general de socios o el órgano de administración quien haya procedido al nombramiento de auditor, puesto que, en cualquier caso, se trata de un acto voluntario de la sociedad.

2.º En segundo lugar y en cuanto a la posibilidad de que la auditoría voluntaria contratada por la sociedad enerve el derecho del socio que reúne las condiciones legales exigidas, es cierto que este Centro Directivo ha mantenido esta posibilidad, considerada siempre como una excepción a la regla general de nombramiento por el Registrador Mercantil y exigiendo para ello el cumplimento de 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, la sociedad no ha acreditado que la contratación de la auditoría fuese previa, dado que contrariamente a lo que alega, la documentación presentada el 29 de enero de 2011 junto con la solicitud de inscripción del nombramiento voluntario de auditor de cuentas fue calificado con defectos, siendo el primero de los señalados en la nota el no constar entre dichos documentos la carta de aceptación del encargo de auditoría por parte del auditor designado. Con posterioridad a esta fecha, la sociedad presentó dicho documento el 21 de marzo de 2011, siendo ésta –la fecha de presentación en el Registro Mercantil– la primera dotada de fehaciencia, puesto que en aquel momento la firma del representante de la empresa auditora no estaba legitimada. Resulta evidente que esta última fecha es posterior a la de 18 de febrero de 2011, en la que la solicitante presentó su instancia en el Registro Mercantil y por ello se ha de reconocer su derecho al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil, al menos para verificar las cuentas de este ejercicio 2010.

3.º Alega la sociedad que la verdadera intención de la solicitante es causar un perjuicio económico para forzar así al socio mayoritario a la compra de sus acciones. Pues bien, como indicó el Registrador Mercantil, 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.

4.º Por último, se ha de señalar que el conocimiento que tiene la socia minoritaria de la contabilidad social y de la información económica de la empresa no es óbice para que ejercite su derecho a la verificación contable del ejercicio económico inmediatamente anterior a su petición, dado que los derechos de información y auditoría, aunque relacionados y complementarios, resultan distintos tanto por la finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio, ya que éste último tiene la finalidad de que las cuentas anuales sean verificadas por un auditor de cuentas ajeno a la estructura empresarial de la sociedad afectada por la solicitud, siendo así que el ejercicio de uno no puede impedir ni obstaculizar el ejercicio de otro *(cfr.* arts. 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital)

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador de «Carpintería del Tenes, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XVI de Barcelona el 19 de agosto 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, 14 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de número XVI de Barcelona.

Resolución de 17 de octubre de 2012 (1.ª)

En el expediente 216/2011 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor razonable de las participaciones sociales a instancia de unos socios de «Calderería Naval de Miñor, S.L.»

HECHOS

I

Don ..... y doña ……, presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Pontevedra el 29 de julio de 2011 solicitando el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales, de conformidad con lo previsto en los artículos 352 y 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Alegaban que en la Junta General Extraordinaria y Universal celebrada el 26 de abril de 2011 se aprobó por mayoría cualificada la exclusión como socio del señor ..... Adjuntaban a su escrito copia del acta de la mencionada Junta.

II

Con fecha de 8 de agosto de 2011 la Registradora Mercantil de Pontevedra resolvió nombrar como auditor de cuentas a don ..... que aceptó el encargo de auditoría.

III

El 16 de septiembre de 2011 don ....., en su condición de presidente del Consejo de Administración de la sociedad afectada por la petición presentó un escrito en el Registro Mercantil solicitando se le diera traslado del expediente y adjuntando a la misma copia del acta notarial de la Junta celebrada el 14 de julio de 2011, autorizada por el Notario de Vigo, don ....., bajo el número 1393 de su protocolo. La Registradora Mercantil de Pontevedra dio traslado del expediente el 22 de agosto de 2011.

IV

Por escrito de 29 de septiembre de 2011 la indicada representación social se opuso a la petición formulada por los socios minoritarios, en base a los siguientes argumentos: 1.º) Que la sociedad en la Junta general extraordinaria celebrada el 26 de abril de 2011 no procedió a la exclusión de don ....., sino a una reserva del derecho al ejercicio de la acción de exclusión del mismo, lo que se deduce del acuerdo sexto adoptado en dicha Junta General, así como del resto de los acuerdos adoptados. 2.º) Que el señor ..... carece de legitimación para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, puesto que la Junta general no adoptó el acuerdo de exclusión del socio. 3.º) Que la solicitud de auditoría no pretende más que perjudicar a la sociedad haciéndola cargar con gastos innecesarios. Adjuntaba a su escrito fotocopia de burofax de fecha 9 de julio de 2011 dirigido a la sociedad por medio del cual señor ..... y su esposa, requerían: la presencia de un Notario para levantar acta de la Junta General convocada para el día 14 de julio de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 de la LSC; copia de los documentos que habían de ser sometidos a la aprobación de la Junta General, así como el correspondiente informe de auditoría, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 272.2 de la LSC; informar a la sociedad de que el día 12 de julio de 2011 acudiría al domicilio social para examinar, en unión de un experto contable, los documentos que habían servido de soporte y antecedente de las cuentas anuales; fotocopia del Acta Notarial autorizada el día 13 de julio de 2011 por el Notario de Vigo

don ....., bajo el número 1.393 de protocolo, de la Junta General celebrada con la presencia y representación de todo el capital social, en la que el señor ....., debidamente representado por don ....., ejercitó su derecho de voto en todos los puntos del orden día e hizo constar no haber recibido respuesta de la propuesta de venta de participaciones presentada el día 14 de diciembre de 2008, 6, 13 y 27 de febrero, 11 de marzo de 2009, 27 de septiembre de 2010, 25 de abril de 2011.

V

Por escrito de 4 de octubre de 2011 don ..... y doña ..... formularon alegaciones ante el Registro Mercantil, rebatiendo las aducidas por la sociedad e indicando que, en contra de lo alegado por ésta, la Junta general de 26 de abril de 2011 sí acordó la exclusión de don ..... y, por tanto, concurre causa legal para que se proceda al nombramiento de auditor de cuentas.

VI

Por resolución de 5 de octubre de 2011 la Registradora Mercantil de Pontevedra acordó desestimar la solicitud, dejando sin efecto y revocado el nombramiento del auditor don ....., dado que el nombramiento de auditor para determinar el valor real de las participaciones sociales a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital se enmarca dentro del supuesto de exclusión y separación de socios y prevé que, a falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un auditor de cuentas distinto al de la sociedad, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración. De la misma forma, y en base al porcentaje de participación que ostenta el socio don ..... en la sociedad –16,6666% del capital social–, el artículo 352.1 de la citada Ley prevé que la exclusión requerirá acuerdo de la junta general. Por último, y en cuanto a la manifestación realizada por el solicitante en el escrito de alegaciones, relativa a que la causa legal de exclusión es la que resulta del acuerdo que consta en el punto 5.º, cabe señalar que tal conclusión no consta expresa y claramente en la redacción del punto 6.º y que, por otra parte, de entenderse así, resultaría que la existencia de una definitiva causa de exclusión quedaría supeditada al resultado del ejercicio de la acción de responsabilidad contra don ..... y que, por tanto, no se ha producido todavía la exclusión como socio del señor .....

VII

Contra dicha resolución los solicitantes de la auditoría de cuentas interpusieron en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando los hechos y fundamentos de derecho de su anterior escrito de alegaciones y añadiendo; 1.º) Que en el caso de exclusión de un socio cuya participación sea inferior al 25%, el procedimiento de exclusión se limitará, según la LSC a un acuerdo de junta general, constando en el acta de dicha reunión la identidad de los socios que hubiesen votado a favor. No existe una «acción de exclusión» como tal en este caso, puesto que la participación del socio excluido es inferior al 25% por lo que la exclusión se produce en el mismo instante en el que se toma el acuerdo en el seno de la Junta General. 2.º) Que si la sociedad y el socio excluido no se pusiesen de acuerdo sobre el valor de las participaciones, éstas serán valoradas por un Auditor de

Cuentas distinto al de la sociedad, designado por el Registrador Mercantil del domicilio social. 3.º) Que se han dado todos los requisitos que motivan el nombramiento de un Auditor de Cuentas por parte del registrador mercantil del domicilio social, y de hecho, así lo entendió la Sra. Registradora, cuando resolvió, con fecha de 8 de agosto de 2011 designar a don ..... como Auditor de Cuentas para determinar el valor razonable de las participaciones. 4.º) Que en el acta se cumplen todos los requisitos legales para que se considere válidamente excluido al señor ....., especificando la identidad de los socios que votaron a favor del acuerdo de exclusión. A mayor abundamiento, en el acta se especifica que «En este caso, no podrá votar, por imperio de la Ley don .....». 5.º) Que en todo caso podría reprocharse a la referida acta sus defectos técnicos, ya que en su redacción se confunden el procedimiento de exclusión de los socios cuyas participaciones son superiores al 25% del capital social, en cuyo caso sí existe una «acción de exclusión» como tal, y aquellos socios cuya participación es inferior a dicho porcentaje –siendo esta la situación que nos ocupa– en cuyo caso no existe una «acción de exclusión» sino que la exclusión se produce en el mismo momento en el que se adopta el acuerdo por la junta. En todo caso podría reprocharse a la referida acta sus defectos técnicos, ya que en su redacción se confunden el procedimiento de exclusión de los socios cuyas participaciones son superiores al 25% del capital social, en cuyo caso sí existe una «acción de exclusión» como tal, y aquellos socios cuya participación es inferior a dicho porcentaje –siendo esta la situación que nos ocupa– en cuyo caso no existe una «acción de exclusión» sino que la exclusión se produce en el mismo momento en el que se adopta el acuerdo por la junta. 6.º) Que el acta de la Junta General cumple los requisitos estipulados en el artículo 352 de la LSC para la exclusión del socio y, por tanto, para que solicite del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas para que determine el valor razonable de sus participaciones sociales. 7.º) Que el acuerdo de la Registradora Mercantil vulnera lo previsto en el artículo 6 del reglamento del Registro Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 352 y siguientes 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 recientes, las de 27 de enero de 2005, 28 de agosto de 2007, 2 de diciembre de 2009 y 5 de octubre de 2011.

1.º La obligación que la ley impone a la autoridad que resuelve el recurso de decidir cuantas cuestiones planteé el expediente hayan sido o no alegadas por las partes, exige señalar el error procedimental originado en su tramitación, que incide en la imposibilidad legal del órgano resolutor de suspender los efectos o de revocar, por sí mismo, sus propias decisiones una vez que son definitivas, a menos que por norma legal o reglamentaria exista dicha previsión, configurando un recurso de reposición ante la misma autoridad que decidió adoptar un determinado acuerdo.

En el procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas para determinar el valor de las participaciones sociales debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y, como bien indica

el número 1 de dicho precepto, la solicitud habrá de tramitarse de conformidad con lo previsto en los artículos 351 y siguientes del mismo cuerpo reglamentario, lo que implica el necesario traslado de la instancia y de los documentos adjuntos a la sociedad para que pueda, si lo estima conveniente, formular su oposición antes de que el Registrador Mercantil adopte su decisión declarando, motivadamente, la procedencia o improcedencia del nombramiento solicitado, la cual solo podrá ser recurrida en alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado por los legitimados en el procedimiento –el /los socios y la sociedad –de tal manera que solo este Centro Directivo tiene competencia para revocar o confirmar la decisión adoptada por el Registrador Mercantil.

En el caso que nos ocupa, la Registradora Mercantil de Pontevedra no trasladó a la sociedad la instancia solicitando el nombramiento de auditor con la finalidad de valorar las participaciones sociales de los socios en la compañía y, posteriormente, sin motivación alguna acordó nombrar como auditor de cuentas a don ..... el 8 de agosto de 2011 que aceptó el encargo de auditoría. Por tanto, los posteriores escritos presentados por la sociedad solicitando el traslado del expediente y alegando las causas de oposición que podían enervar la petición de los solicitantes, debió elevarlos a esta Dirección General de los Registros y del Notariado para que adoptara lo procedente, después de declarar su falta de competencia para resolverlos.

Los defectos procedimentales señalados 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 se ha producido en el caso presente, dado que tanto la sociedad como los solicitantes de la auditoría en sus respectivos escrito de 29 de septiembre y de 4 de octubre de 2011, así como en el recurso de alzada que hoy se resuelve han podido alegar y probar lo que a su derecho conviene, siendo dichas alegaciones y pretensiones dilucidadas y resueltas en esta instancia.

2.º La cuestión de fondo planteada se centra en determinar 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, la pretensión de los solicitantes de la auditoría se funda en el acuerdo de exclusión adoptado por la sociedad en la Junta General Extraordinaria y Universal de 26 de abril de 2011. A dicha pretensión se opone la sociedad manteniendo que no existió tal exclusión, sin que, por el contrario, existió una reserva del derecho al ejercicio de la acción de exclusión del mismo, tal como lo prueba el hecho de que el socio sigue siendo convocado a las Juntas Generales y ejerciendo su derecho de voto.

Pues bien, al respecto se ha de señalar que cuando la Ley de Sociedades de Capital regula la exclusión de un socio participe de las sociedades de responsabilidad limitada la concibe como el resultado de un proceso, más o meno dilatado en el tiempo, en función de las circunstancias concurrentes, que se inicia con el acuerdo adoptado en la Junta General, que atraviesa por distintas fases y que solo puede entenderse culminado con la efectiva exclusión del socio cuando la sociedad, a través de sus administradores sociales, ha otorgado escritura pública expresando en ella, entre otros extremos, la identidad del socio o socios afectados, la fecha de reembolso del valor de sus participaciones sociales o de la consignación de éste, en los términos previstos en la Ley de Sociedades de Capital. Resulta evidente que hasta que este proceso no culmine, el titular de las participaciones sociales sigue siendo socio de la compañía y puede ejercer los derechos que le confiere la ley, salvo en los casos excepcionales en ella previstos.

En el caso que nos ocupa, de una completa lectura del Acta de la Junta General Extraordinaria de 26 de abril de 2011 se llega a la conclusión de que se trata de uno de los supuestos previstos en la ley para que los socios afectados por los acuerdos adoptados soliciten a la Registradora Mercantil el nombramiento de auditor para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales *(cfr.* arts. 190 y 352 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil) tanto porque ese punto del orden del día fue aprobado por la mayoría del 83,3% del capital, sin concurrir a dicha votación –a pesar de estar representado– el porcentaje de participación que ostenta el solicitante que es del 16,6, como porque el motivo de la abstención estuvo fundado en el artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital conforme al cual «en las sociedades de responsabilidad limitada el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que… le excluya de la sociedad», tal como propuso, en el momento previo a la votación, el letrado de la compañía, don ....., que aclaró el precepto aplicado y el sentido del mismo. Poco ha de importar para llegar a esta conclusión los términos concretos elegidos para redactar el Acta de dicha Junta, puesto que el acuerdo aprobado fue el de exclusión del socio –y no otro– y, por tanto debe concederse al solicitante el nombramiento registral de auditor, a la vista de que la sociedad no ha acreditado la existencia de un acuerdo sobre el valor de sus participaciones sociales, ni sobre la persona que ha de ejercer la auditoría, ni tampoco sobre el procedimiento a seguir.

Esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don ..... y doña ....., solicitantes del nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales en «Calderería Naval de Miñor, S.L.,» y anular la resolución de la Registradora Mercantil de Pontevedra de 5 de octubre 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, 17 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 17 de octubre de 2012 (2.ª)

En el expediente 217/2011 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor razonable de las participaciones sociales a instancia de unos socios de «T Y M Ganain, S.L.»

HECHOS

I

Don ..... y doña ....., presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Pontevedra el 29 de julio de 2011 solicitando el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales en la sociedad T Y M Ganain, S.L. de conformidad con lo previsto en los artículos 352 y 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Alegaban que en la Junta General Extraordinaria y Universal celebrada el 26 de abril de 2011 se aprobó por mayoría cualificada la exclusión como socio del señor ....., sin que hubieran alcanzado un acuerdo sobre el valor aproximado de las participaciones sociales. Adjuntaban a su escrito copia del acta de la mencionada Junta.

II

Con fecha de 8 de agosto de 2011 la Registradora Mercantil de Pontevedra resolvió nombrar como auditor de cuentas a don ..... que aceptó el encargo de auditoría.

III

El 16 de septiembre de 2011 don ....., en su condición de Presidente del Consejo de Administración de la sociedad afectada por la petición presentó un escrito en el Registro Mercantil solicitando se le diera traslado del expediente y adjuntando a la misma copia del acta notarial de la Junta celebrada el 14 de julio de 2011, autorizada por el Notario de Vigo, don ....., bajo el número 1393 de su protocolo. La Registradora Mercantil de Pontevedra dio traslado del expediente el 22 de septiembre de 2011.

IV

Por escrito de 29 de septiembre de 2011 la indicada representación social se opuso a la petición formulada por los socios minoritarios, en base a los siguientes argumentos: 1.º) Que la sociedad en la Junta general extraordinaria celebrada el 26 de abril de 2011 no procedió a la exclusión de don ....., sino a una reserva del derecho al ejercicio de la acción de exclusión del mismo, lo que se deduce del acuerdo sexto adoptado en dicha Junta General, así como del resto de los acuerdos adoptados. 2.º) Que el señor ..... carece de legitimación para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, de conformidad con o dispuesto en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, puesto que la Junta general no adoptó el acuerdo de exclusión del socio. 3.º) Que la solicitud de auditoría no pretende más que perjudicar a la sociedad haciéndola cargar con gastos innecesarios. Adjuntaba a su escrito fotocopia de burofax de fecha 9 de julio de 2011 dirigido a la sociedad por medio del cual señor ..... y su esposa, requerían: la presencia de un Notario para levantar acta de la Junta General convocada para el día 14 de julio de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 de la LSC; copia de los documentos que habían de ser sometidos a la aprobación de la Junta General, así como el correspondiente informe de auditoría, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 272.2 de la LSC; informar a la sociedad de que el día 12 de julio de 2011 acudiría al domicilio social para examinar, en unión de un experto contable, los documentos que habían servido de soporte y antecedente de las cuentas anuales; fotocopia del Acta Notarial autorizada el día 13 de julio de 2011 por el Notario de Vigo don ....., bajo el número 1.393 de protocolo, de la Junta General celebrada con la presencia y representación de todo el capital social, en la que el señor ....., debidamente representado por don ....., ejercitó su derecho de voto en todos los puntos del orden día e hizo constar no haber recibido respuesta de la propuesta de venta de participaciones presentada el día 14 de diciembre de 2008, 6, 13 y 27 de febrero, 11 de marzo de 2009, 27 de septiembre de 2010, 25 de abril de 2011.

V

Por escrito de 4 de octubre de 2011 don ..... y doña ..... formularon alegaciones ante el Registro Mercantil, rebatiendo las aducidas por la sociedad e indicando que, en contra de lo alegado por ésta, la Junta general de 26 de abril de 2011 sí acordó la exclusión de don ..... y, por tanto, concurre causa legal para que se proceda al nombramiento de auditor de cuentas.

VI

Por resolución de 5 de octubre de 2011 la Registradora Mercantil de Pontevedra acordó desestimar la solicitud, dejando sin efecto y revocado el nombramiento del auditor don .....,

dado que el nombramiento de auditor para determinar el valor real de las participaciones sociales a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital se enmarca dentro del supuesto de exclusión y separación de socios y prevé que, a falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un auditor de cuentas distinto al de la sociedad, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración. De la misma forma, y en base al porcentaje de participación que ostenta el socio don ..... en la sociedad –16,6666% del capital social–, el artículo 352.1 de la citada Ley prevé que la exclusión requerirá acuerdo de la junta general. Por último, y en cuanto a la manifestación realizada por el solicitante en el escrito de alegaciones, relativa a que la causa legal de exclusión es la que resulta del acuerdo que consta en el punto 5.º, cabe señalar que tal conclusión no consta expresa y claramente en la redacción del punto 6.º y que, por otra parte, de entenderse así, resultaría que la existencia de una definitiva causa de exclusión quedaría supeditada al resultado del ejercicio de la acción de responsabilidad contra don ..... y que, por tanto, no se ha producido todavía la exclusión como socio del señor ..... Por último, que deben rechazarse las alegaciones de mala fe que la sociedad atribuye al solicitante, 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 *(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.

VII

Contra dicha resolución los solicitantes de la auditoría de cuentas interpusieron en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando los hechos y fundamentos de derecho de su anterior escrito de alegaciones y añadiendo; 1.º) Que en el caso de exclusión de un socio cuya participación sea inferior al 25%, el procedimiento de exclusión se limitará, según la LSC a un acuerdo de junta general, constando en el acta de dicha reunión la identidad de los socios que hubiesen votado a favor. No existe una «acción de exclusión» como tal en este caso, puesto que la participación del socio excluido es inferior al 25% por lo que la exclusión se produce en el mismo instante en el que se toma el acuerdo en el seno de la Junta General. 2.º) Que si la sociedad y el socio excluido no se pusiesen de acuerdo sobre el valor de las participaciones, éstas serán valoradas por un Auditor de Cuentas distinto al de la sociedad, designado por el Registrador Mercantil del domicilio social. 3.º) Que se han dado todos los requisitos que motivan el nombramiento de un Auditor de Cuentas por parte del registrador mercantil del domicilio social, y de hecho, así lo entendió la Sra. Registradora, cuando resolvió, con fecha de 8 de agosto de 2011 designar a don ..... como Auditor de Cuentas para determinar el valor razonable de las participaciones. 4.º) Que en el acta se cumplen todos los requisitos legales para que se considere válidamente excluido al señor ....., especificando la identidad de los socios que votaron a favor del acuerdo de exclusión. A mayor abundamiento, en el acta se especifica que «En este caso, no podrá votar, por imperio de la Ley don .....». 5.º) Que en todo caso podría reprocharse a la referida acta sus defectos técnicos, ya que en su redacción se confunden el procedimiento de exclusión de los socios cuyas participaciones son superiores al 25% del capital social, en

cuyo caso sí existe una «acción de exclusión» como tal, y aquellos socios cuya participación es inferior a dicho porcentaje –siendo esta la situación que nos ocupa– en cuyo caso no existe una «acción de exclusión» sino que la exclusión se produce en el mismo momento en el que se adopta el acuerdo por la junta. En todo caso podría reprocharse a la referida acta sus defectos técnicos, ya que en su redacción se confunden el procedimiento de exclusión de los socios cuyas participaciones son superiores al 25% del capital social, en cuyo caso sí existe una «acción de exclusión» como tal, y aquellos socios cuya participación es inferior a dicho porcentaje –siendo esta la situación que nos ocupa– en cuyo caso no existe una «acción de exclusión» sino que la exclusión se produce en el mismo momento en el que se adopta el acuerdo por la junta. 6.º) Que el acta de la Junta General cumple los requisitos estipulados en el artículo 352 de la LSC para la exclusión del socio y, por tanto, para que solicite del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas para que determine el valor razonable de sus participaciones sociales. 7.º) Que el acuerdo de la Registradora Mercantil vulnera lo previsto en el artículo 6 del Reglamento del Registro Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 352 y siguientes 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, las de 27 de enero de 2005, 28 de agosto de 2007, 2 de diciembre de 2009 y 5 de octubre de 2011.

1.º 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 las partes, exige señalar el error procedimental originado en su tramitación, que incide en la imposibilidad legal del órgano resolutor de suspender los efectos o de revocar, por sí mismo, sus propias decisiones una vez que son definitivas, a menos que por norma legal o reglamentaria exista dicha previsión, configurando un recurso de reposición ante la misma autoridad que decidió adoptar un determinado acuerdo.

En el procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas para determinar el valor de las participaciones sociales debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y, como bien indica el número 1 de dicho precepto, la solicitud habrá de tramitarse de conformidad con lo previsto en los artículos 351 y siguientes del mismo cuerpo reglamentario, lo que implica el necesario traslado de la instancia y de los documentos adjuntos a la sociedad para que pueda, si lo estima conveniente, formular su oposición antes de que el Registrador Mercantil adopte su decisión declarando, motivadamente, la procedencia o improcedencia del nombramiento solicitado, la cual solo podrá ser recurrida en alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado por los legitimados en el procedimiento –el /los socios y la sociedad –de tal manera que solo este Cen-

tro Directivo tiene competencia para revocar o confirmar la decisión adoptada por el Registrador Mercantil.

En el caso que nos ocupa, la Registradora Mercantil de Pontevedra no trasladó a la sociedad la instancia solicitando el nombramiento de auditor con la finalidad de valorar las participaciones sociales de los socios en la compañía y, posteriormente, sin motivación alguna acordó nombrar como auditor de cuentas a don ..... el 8 de agosto de 2011 que aceptó el encargo de auditoría. Por tanto, los posteriores escritos presentados por la sociedad solicitando el traslado del expediente y alegando las causas de oposición que podían enervar la petición de los solicitantes, debió elevarlos a esta Dirección General de los Registros y del Notariado para que adoptara lo procedente, después de declarar su falta de competencia para resolverlos.

Los defectos procedimentales señalados 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 se ha producido en el caso presente, dado que tanto la sociedad como los solicitantes de la auditoría en sus respectivos escrito de 29 de septiembre y de 4 de octubre de 2011, así como en el recurso de alzada que hoy se resuelve han podido alegar y probar lo que a su derecho conviene, siendo dichas alegaciones y pretensiones dilucidadas y resueltas en esta instancia.

2.º La cuestión de fondo planteada se centra en determinar 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, la pretensión de los solicitantes de la auditoría se funda en el acuerdo de exclusión adoptado por la sociedad en la Junta General Extraordinaria y Universal de 26 de abril de 2011. A dicha pretensión se opone la sociedad manteniendo que no existió tal exclusión, sin que, por el contrario, existió una reserva del derecho al ejercicio de la acción de exclusión del mismo, tal como lo prueba el hecho de que el socio sigue siendo convocado a las Juntas Generales y ejerciendo su derecho de voto.

Pues bien, al respecto se ha de señalar que cuando la Ley de Sociedades de Capital regula la exclusión de un socio participe de las sociedades de responsabilidad limitada la concibe como el resultado de un proceso, más o meno

dilatado en el tiempo, en función de las circunstancias concurrentes, que se inicia con el acuerdo adoptado en la Junta General, que atraviesa por distintas fases y que solo puede entenderse culminado con la efectiva exclusión del socio cuando la sociedad, a través de sus administradores sociales, ha otorgado escritura pública expresando en ella, entre otros extremos, la identidad del socio o socios afectados, la fecha de reembolso del valor de sus participaciones sociales o de la consignación de éste, en los términos previstos en la Ley de Sociedades de Capital. Resulta evidente que hasta que este proceso no culmine, el titular de las participaciones sociales sigue siendo socio de la compañía y puede ejercer los derechos que le confiere la ley, salvo en los casos excepcionales en ella previstos.

En el caso que nos ocupa, de una completa lectura del Acta de la Junta General Extraordinaria de 26 de abril de 2011 se llega a la conclusión de que se trata de uno de los supuestos previstos en la ley para que los socios afectados por los acuerdos adoptados soliciten a la Registradora Mercantil el nombramiento de auditor para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales *(cfr.* arts. 190 y 352 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil) tanto porque ese punto del orden del día fue aprobado por la mayoría del 83,3% del capital, sin concurrir a dicha votación –a pesar de estar representado– el porcentaje de participación que ostenta el solicitante que es del 16,6, como porque el motivo de la abstención estuvo fundado en el artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital conforme al cual «en las sociedades de responsabilidad limitada el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que …le excluya de la sociedad», tal como propuso, en el momento previo a la votación, el letrado de la compañía, don ....., que aclaró el precepto aplicado y el sentido del mismo. Poco ha de importar para llegar a esta conclusión los términos concretos elegidos para redactar el Acta de dicha Junta, puesto que el acuerdo aprobado fue el de exclusión del socio –y no otro– y, por tanto debe concederse al solicitante el nombramiento registral de auditor, a la vista de que la sociedad no ha acreditado la existencia de un acuerdo sobre el valor de sus participaciones sociales, ni sobre la persona que ha de ejercer la auditoría, ni tampoco sobre el procedimiento a seguir.

Esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don ..... y doña ....., solicitantes del nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales en «T Y M Ganain, S.L.,» y anular la resolución de la Registradora Mercantil de Pontevedra de 5 de octubre 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, 17 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 17 de octubre de 2012 (3.ª)

En el expediente 218/2011 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor razonable de las participaciones sociales a instancia de unos socios de «Sociedad Inmomiñor, S.L.»

HECHOS

I

Don ..... y doña ....., presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Pontevedra el 29 de julio de 2011 solicitando el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales en la entidad mercantil «Sociedad Inmomiñor, S.L.» de conformidad con lo previsto en los artículos 352 y 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Alegaban que en la Junta General Extraordinaria y Universal celebrada el 26 de abril de 2011 se aprobó por mayoría cualificada la exclusión como socio del señor ....., sin que hubieran alcanzado un acuerdo sobre el valor aproximado de las participaciones sociales. Adjuntaban a su escrito copia del acta de la mencionada Junta.

II

Con fecha de 8 de agosto de 2011 la Registradora Mercantil de Pontevedra resolvió nombrar como auditor de cuentas a Mazars Auditores, S.L.P. que no aceptó el encargo de auditoría.

Ante la negativa del representante de empresa auditora primeramente designada, la Registradora Mercantil de Pontevedra resolvió el 19 de agosto de 2011 nombrar cono auditor de cuentas de la sociedad a don ..... que tampoco aceptó el nombramiento.

Finalmente, por acuerdo de 30 de agosto de 2011 la Registradora Mercantil de Pontevedra designó como auditor a don ..... que el 5 de septiembre de 2011 aceptó el encargo de auditoría.

III

El 3 de octubre de 2011 don ....., en su condición de Presidente del Consejo de Administración de la sociedad afectada por la petición, presentó un escrito en el Registro Mercantil

solicitando se le diera traslado del expediente. La Registradora Mercantil de Pontevedra dio traslado del expediente el 4 de octubre de 2011.

IV

Por escrito de 11 de octubre de 2011 la indicada representación social se opuso a la petición formulada por los socios minoritarios, en base a los siguientes argumentos: 1.º) Que la sociedad en la Junta general extraordinaria celebrada el 26 de abril de 2011 no procedió a la exclusión de don ....., sino a una reserva del derecho al ejercicio de la acción de exclusión del mismo, lo que se deduce del acuerdo sexto adoptado en dicha Junta General, así como del resto de los acuerdos adoptados. 2.º) Que el señor ..... carece de legitimación para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, de conformidad con o dispuesto en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, puesto que la Junta general no adoptó el acuerdo de exclusión del socio. 3.º) Que la solicitud de auditoría no pretende más que perjudicar a la sociedad haciéndola cargar con gastos innecesarios. Adjuntaba a su escrito fotocopia de burofax de fecha 9 de julio de 2011 dirigido a la sociedad por medio del cual señor ..... y su esposa, requerían: la presencia de un Notario para levantar acta de la Junta General convocada para el día 14 de julio de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 de la LSC; copia de los documentos que habían de ser sometidos a la aprobación de la Junta General, así como el correspondiente informe de auditoría, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 272.2 de la LSC; informar a la sociedad de que el día 12 de julio de 2011 acudiría al domicilio social para examinar, en unión de un experto contable, los documentos que habían servido de soporte y antecedente de las cuentas anuales; fotocopia del Acta Notarial autorizada el día 13 de julio de 2011 por el Notario de Vigo don ....., bajo el número 1.392 de su protocolo, a la que incorporó mediante diligencia el Acta de la Junta General celebrada con la presencia y representación de todo el capital social, en la que el señor ....., debidamente representado por don ....., ejercitó su derecho de voto en todos los puntos del orden día e hizo constar no haber recibido respuesta de la propuesta de venta de participaciones sociales.

V

Por escrito de 4 de octubre de 2011 don ..... y doña ..... formularon alegaciones ante el Registro Mercantil, rebatiendo las aducidas por la sociedad e indicando que, en contra de lo alegado por ésta, la Junta general de 26 de abril de 2011 sí acordó la exclusión de don ..... y, por tanto, concurre causa legal para que se proceda al nombramiento de auditor de cuentas.

VI

Por resolución de 13 de octubre de 2011 la Registradora Mercantil de Pontevedra acordó desestimar la solicitud, dejando sin efecto y revocado el nombramiento del auditor de cuentas, dado que el nombramiento de auditor para determinar el valor real de las participaciones sociales a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital se enmarca dentro del supuesto de exclusión y separación de socios y prevé que, a falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un auditor de cuentas distinto al de la sociedad, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad

o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración. El solicitante, para acreditar la exclusión, acompañaba fotocopia del Acta de la Junta General Extraordinaria y Universal de fecha 26 de abril de 2011 de la que resulta que se aprobó por mayoría del 80,00% el ejercicio de la acción de exclusión frente al socio don ....., facultando al señor Presidente para que contratara abogados y procuradores y otorgara cuantos poderes fueran necesarios a favor de los mismos, para el ejercicio de las acciones a que haya lugar en derecho. La sociedad, acompañaba a su escrito de oposición: *a)* fotocopia de un burofax de fecha 24 de junio de 2011, dirigido a la sociedad, a medio del cual el señor ..... y su esposa doña ..... requerían, de conformidad con el contenido del artículo 203 de la LSC, la presencia de un Notario para asistir a la Junta General a celebrar el día 30 de junio de 2011, *b)* fotocopia de burofax de fecha 9 de julio de 2011 dirigido a la sociedad a medio del cual el prenombrado señor ..... y su esposa, requerían: la presencia de un Notario para levantar acta de la Junta General convocada para el día 14 de julio de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 de la LSC; copia de los documentos que habían de ser sometidos a la aprobación de la Junta General, así como el correspondiente informe de auditoría, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 272.2 de la LSC; informar a la sociedad de que el día 12 de julio de 2011 acudiría al domicilio social al objeto de examinar, en unión de un experto contable, los documentos que habían servido de soporte y antecedente de las cuentas anuales, *c)* fotocopia del Acta Notarial autorizada el día 13 de julio de 2011 por el Notario de Vigo don ....., número 1.392 de protocolo, de la Junta General celebrada con la presencia y representación de todo el capital social, en la que el señor ....., debidamente presentado por don ....., ejercitó su derecho de voto en todos los puntos del orden día, e hizo constar no haber recibido respuesta de la propuesta de venta de participaciones presentada el día 14 de diciembre de 2010, manifestando los restantes socios su intención de no adquirirlas, facultándolo para poner su participación a la venta por si algún tercero estuviese interesado en la adquisición. Queda por tanto acreditado que don ..... y su esposa doña ..... con posterioridad a la Junta General Universal celebrada el día 26 de abril de 2011 –alegada para acreditar la exclusión–, ejercieron derechos que le correspondían como socios, como son: –el de requerir la presencia de un notario en Junta (art. 203 de la LSC), –el de asistir y votar en las Juntas Generales así como ejercer el derecho de información (art. 93.c) y *d)* LSC), –y poner a la venta sus participaciones sociales (art. 107 LSC), sin que los restantes socios ni la sociedad se opusieran a ninguna de las actuaciones en las que ejercía como tal socio; Y del Acta de la Junta celebrada el día 26 de abril de 2011 no resulta de manera inequívoca y definitiva el acuerdo de exclusión del socio don ..... con la indicación de su causa. Por último, que deben rechazarse las alegaciones de mala fe que la sociedad atribuye al solicitante, 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 *(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.

VII

Contra dicha resolución los solicitantes de la auditoría de cuentas interpusieron en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando los hechos y fundamentos de derecho de su anterior escrito de alegaciones y añadiendo; 1.º) Que en el caso

de exclusión de un socio cuya participación sea inferior al 25%, el procedimiento de exclusión se limitará, según la LSC a un acuerdo de junta general, constando en el acta de dicha reunión la identidad de los socios que hubiesen votado a favor. No existe una «acción de exclusión» como tal en este caso, puesto que la participación del socio excluido es inferior al 25% por lo que la exclusión se produce en el mismo instante en el que se toma el acuerdo en el seno de la Junta General. 2.º) Que si la sociedad y el socio excluido no se pusiesen de acuerdo sobre el valor de las participaciones, éstas serán valoradas por un Auditor de Cuentas distinto al de la sociedad, designado por el Registrador Mercantil del domicilio social. 3.º) Que se han dado todos los requisitos que motivan el nombramiento de un Auditor de Cuentas por parte del registrador mercantil del domicilio social, y de hecho, así lo entendió la Sra. Registradora, cuando resolvió, con fecha de 8 de agosto de 2011 designar a don ..... como Auditor de Cuentas para determinar el valor razonable de las participaciones. 4.º) Que en el acta se cumplen todos los requisitos legales para que se considere válidamente excluido al señor ....., especificando la identidad de los socios que votaron a favor del acuerdo de exclusión. A mayor abundamiento, en el acta se especifica que «En este caso, no podrá votar, por imperio de la Ley don.....». 5.º) Que en todo caso podría reprocharse a la referida acta sus defectos técnicos, ya que en su redacción se confunden el procedimiento de exclusión de los socios cuyas participaciones son superiores al 25% del capital social, en cuyo caso sí existe una «acción de exclusión» como tal, y aquellos socios cuya participación es inferior a dicho porcentaje –siendo esta la situación que nos ocupa– en cuyo caso no existe una «acción de exclusión» sino que la exclusión se produce en el mismo momento en el que se adopta el acuerdo por la junta. En todo caso podría reprocharse a la referida acta sus defectos técnicos, ya que en su redacción se confunden el procedimiento de exclusión de los socios cuyas participaciones son superiores al 25% del capital social, en cuyo caso sí existe una «acción de exclusión» como tal, y aquellos socios cuya participación es inferior a dicho porcentaje –siendo esta la situación que nos ocupa– en cuyo caso no existe una «acción de exclusión» sino que la exclusión se produce en el mismo momento en el que se adopta el acuerdo por la junta. 6.º) Que el acta de la Junta General cumple los requisitos estipulados en el artículo 352 de la LSC para la exclusión del socio y, por tanto, para que solicite del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas para que determine el valor razonable de sus participaciones sociales. 7.º) Que el acuerdo de la Registradora Mercantil vulnera lo previsto en el artículo 6 del Reglamento del Registro Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 352 y siguientes 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 recientes, las de 27 de enero de 2005, 28 de agosto de 2007, 2 de diciembre de 2009 y 5 de octubre de 2011.

1.º La obligación que la ley impone a la autoridad que resuelve el recurso de decidir cuantas cuestiones planteé el expediente hayan sido o no alegadas por las partes, exige señalar el error procedimental originado en su tramitación, que incide en la imposibilidad legal del órgano resolutor de suspender los efectos o de revocar, por sí mismo, sus propias decisiones una vez que

son definitivas, a menos que por norma legal o reglamentaria exista dicha previsión, configurando un recurso de reposición ante la misma autoridad que decidió adoptar un determinado acuerdo.

En el procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas para determinar el valor de las participaciones sociales debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y, como bien indica el número 1 de dicho precepto, la solicitud habrá de tramitarse de conformidad con lo previsto en los artículos 351 y siguientes del mismo cuerpo reglamentario, lo que implica el necesario traslado de la instancia y de los documentos adjuntos a la sociedad para que pueda, si lo estima conveniente, formular su oposición antes de que el Registrador Mercantil adopte su decisión declarando, motivadamente, la procedencia o improcedencia del nombramiento solicitado, la cual solo podrá ser recurrida en alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado por los legitimados en el procedimiento –el /los socios y la sociedad –de tal manera que solo este Centro Directivo tiene competencia para revocar o confirmar la decisión adoptada por el Registrador Mercantil.

En el caso que nos ocupa, la Registradora Mercantil de Pontevedra no trasladó a la sociedad la instancia solicitando el nombramiento de auditor con la finalidad de valorar las participaciones sociales de los socios en la compañía y, posteriormente, sin motivación alguna acordó nombrar como auditor de cuentas a don ..... el 8 de agosto de 2011 que aceptó el encargo de auditoría. Por tanto, los posteriores escritos presentados por la sociedad solicitando el traslado del expediente y alegando las causas de oposición que podían enervar la petición de los solicitantes, debió elevarlos a esta Dirección General de los Registros y del Notariado para que adoptara lo procedente, después de declarar su falta de competencia para resolverlos.

Los defectos procedimentales señalados 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 se ha producido en el caso presente, dado que tanto la sociedad como los solicitantes de la auditoría en sus respectivos escrito de 29 de septiembre y de 4 de octubre de 2011, así como en el recurso de alzada que hoy se resuelve han podido alegar y probar lo que a su derecho conviene, siendo dichas alegaciones y pretensiones dilucidadas y resueltas en esta instancia.

2.º La cuestión de fondo planteada se centra en determinar 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, la pretensión de los solicitantes de la auditoría se funda en el acuerdo de exclusión adoptado por la sociedad en la Junta General Extraordinaria y Universal de 26 de abril de 2011. A dicha pretensión se opone la sociedad manteniendo que no existió tal exclusión, sin que, por el contrario, existió una reserva del derecho al ejercicio de la acción de exclusión del mismo, tal como lo prueba el hecho de que el socio sigue siendo convocado a las Juntas Generales y ejerciendo su derecho de voto.

Pues bien, al respecto se ha de señalar que cuando la Ley de Sociedades de Capital regula la exclusión de un socio participe de las sociedades de responsabilidad limitada la concibe como el resultado de un proceso, más o meno dilatado en el tiempo, en función de las circunstancias concurrentes, que se inicia con el acuerdo adoptado en la Junta General, que atraviesa por distintas fases y que solo puede entenderse culminado con la efectiva exclusión del socio cuando la sociedad, a través de sus administradores sociales, ha otorgado escritura pública expresando en ella, entre otros extremos, la identidad del socio o socios afectados, la fecha de reembolso del valor de sus participaciones sociales o de la consignación de éste, en los términos previstos en la Ley de Sociedades de Capital. Resulta evidente que hasta que este proceso no culmine, el titular de las participaciones sociales sigue siendo socio de la compañía y puede ejercer los derechos que le confiere la ley, salvo en los casos excepcionales en ella previstos.

En el caso que nos ocupa, de una completa lectura del Acta de la Junta General Extraordinaria de 26 de abril de 2011 se llega a la conclusión de que se trata de uno de los supuestos previstos en la ley para que los socios afectados por los acuerdos adoptados soliciten a la Registradora Mercantil el nombramiento de auditor para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales *(cfr.* arts. 190 y 352 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil) tanto porque ese punto del orden del día fue aprobado por la mayoría del 83,3% del capital, sin concurrir a dicha votación –a pesar de estar representado– el porcentaje de participación que ostenta el solicitante que es del 16,6, como porque el motivo de la abstención estuvo fundado en el artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital conforme al cual «en las sociedades de responsabilidad limitada el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que …le excluya de la sociedad», tal como propuso, en el momento previo a la votación, el letrado de la compañía, don ....., que aclaró el precepto aplicado y el sentido del mismo. Poco ha de importar para llegar a esta conclusión los términos concretos elegidos para redactar el Acta de dicha Junta, puesto que el acuerdo

aprobado fue el de exclusión del socio –y no otro– y, por tanto debe concederse al solicitante el nombramiento registral de auditor, a la vista de que la sociedad no ha acreditado la existencia de un acuerdo sobre el valor de sus participaciones sociales, ni sobre la persona que ha de ejercer la auditoría, ni tampoco sobre el procedimiento a seguir.

Esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don ..... y doña ....., solicitantes del nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales en «Sociedad Inmomiñor, S.L.,» y anular la resolución de la Registradora Mercantil de Pontevedra de 13 de octubre 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, 17 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 25 de octubre de 2012 (1.ª)

En el expediente 219/2011 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor razonable de las participaciones sociales a instancia de unos socios de «Gallega Mecánica, S.L.»

HECHOS

I

Don ..... y doña ....., presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Pontevedra el 29 de julio de 2011 solicitando el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales en la sociedad «Gallega Mecánica, S.L.» de conformidad con lo previsto en los artículos 352 y 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Alegaban que en la Junta General Extraordinaria y Universal celebrada el 26 de abril de 2011 se aprobó por mayoría cualificada la exclusión como socio del señor ....., sin que hubieran alcanzado un acuerdo sobre el valor aproximado de las participaciones sociales. Adjuntaban a su escrito copia del acta de la mencionada Junta.

II

Con fecha de 8 de agosto de 2011 la Registradora Mercantil de Pontevedra resolvió nombrar como auditor de cuentas a don ....., que aceptó el encargo de auditoría el 11 de agosto de 2011.

III

El 16 de septiembre de 2011 don ....., en su condición de Presidente del Consejo de Administración de la sociedad afectada por la petición presentó un escrito en el Registro Mercantil solicitando se le diera traslado del expediente y adjuntando a la misma copia del acta notarial de la Junta celebrada el 14 de julio de 2011, autorizada por el Notario de Vigo, don ....., bajo el número 1393 de su protocolo. La Registradora Mercantil de Pontevedra dio traslado del expediente el 22 de septiembre de 2011.

IV

Por escrito de 29 de septiembre de 2011 la indicada representación social se opuso a la petición formulada por los socios minoritarios, en base a los siguientes argumentos: 1.º) Que la sociedad en la Junta general extraordinaria celebrada el 26 de abril de 2011 no procedió a la exclusión de don ....., sino a una reserva del derecho al ejercicio de la acción de exclusión del mismo, lo que se deduce del acuerdo sexto adoptado en dicha Junta General, así como del resto de los acuerdos adoptados. 2.º) Que el señor ..... carece de legitimación para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, de conformidad con o dispuesto en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, puesto que la Junta general no adoptó el acuerdo de exclusión del socio. 3.º) Que la solicitud de auditoría no pretende más que perjudicar a la sociedad haciéndola cargar con gastos innecesarios. Adjuntaba a su escrito fotocopia de burofax de fecha 9 de julio de 2011 dirigido a la sociedad por medio del cual señor …… y su esposa, requerían: la presencia de un Notario para levantar acta de la Junta General convocada para el día 14 de julio de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 de la LSC; copia de los documentos que habían de ser sometidos a la aprobación de la Junta General, así como el correspondiente informe de auditoría, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 272.2 de la LSC; informar a la sociedad de que el día 12 de julio de 2011 acudiría al domicilio social para examinar, en unión de un experto contable, los documentos que habían servido de soporte y antecedente de las cuentas anuales; fotocopia del Acta Notarial autorizada el día 13 de julio de 2011 por el Notario de Vigo don ....., bajo el número 1.393 de protocolo, de la Junta General celebrada con la presencia y representación de todo el capital social, en la que el señor ....., debidamente representado por don ....., ejercitó su derecho de voto en todos los puntos del orden día e hizo constar no haber recibido respuesta de la propuesta de venta de participaciones sociales.

V

Por escrito de 4 de octubre de 2011 don ..... y doña ..... formularon alegaciones ante el Registro Mercantil, rebatiendo las aducidas por la sociedad e indicando que, en contra de lo alegado por ésta, la Junta general de 26 de abril de 2011 sí acordó la exclusión de don ..... y, por tanto, concurre causa legal para que se proceda al nombramiento de auditor de cuentas.

VI

Por Resolución de 5 de octubre de 2011 la Registradora Mercantil de Pontevedra acordó desestimar la solicitud, dejando sin efecto y revocado el nombramiento del auditor de cuentas, dado que el nombramiento de auditor para determinar el valor real de las participaciones sociales a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital se enmarca dentro del supuesto de exclusión y separación de socios y prevé que, a falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un auditor de cuentas distinto al de la sociedad, designado por el Registrador Mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración. El solicitante, para acreditar la exclusión, acompañaba fotocopia del Acta de la Junta General Extraordinaria y Universal de fecha 26 de abril de 2011 de la que resulta que se aprobó por mayoría del 80,00% el ejercicio de la acción de exclusión frente al socio don ....., facultando al señor Presidente para que contratara abogados y procuradores y otorgara cuantos poderes fueran necesarios a favor de los mismos, para el ejercicio de las acciones a que haya lugar en derecho. La sociedad, acompañaba a su escrito de oposición: *a)* fotocopia de un burofax de fecha 24 de junio de 2011, dirigido a la sociedad, a medio del cual el señor ..... y su esposa doña ..... requerían, de conformidad con el contenido del artículo 203 de la LSC, la presencia de un Notario para asistir a la Junta General a celebrar el día 30 de junio de 2011; *b)* fotocopia de burofax de fecha 9 de julio de 2011 dirigido a la sociedad a medio del cual el prenombrado señor ..... y su esposa, requerían: la presencia de un Notario para levantar acta de la Junta General convocada para el día 14 de julio de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 de la LSC; copia de los documentos que habían de ser sometidos a la aprobación de la Junta General, así como el correspondiente informe de auditoría, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 272.2 de la LSC; informar a la sociedad de que el día 12 de julio de 2011 acudiría al domicilio social al objeto de examinar, en unión de un experto contable, los documentos que habían servido de soporte y antecedente de las cuentas anuales; *c)* fotocopia del Acta Notarial autorizada el día 13 de julio de 2011 por el Notario de Vigo don ....., número 1.392 de protocolo, de la Junta General celebrada con la presencia y representación de todo el capital social, en la que el señor ....., debidamente presentado por don ....., ejercitó su derecho de voto en todos los puntos del orden día, e hizo constar no haber recibido respuesta de la propuesta de venta de participaciones presentada el día 14 de diciembre de 2010, manifestando los restantes socios su intención de no adquirirlas, facultándolo para poner su participación a la venta por si algún tercero estuviese interesado en la adquisición. Queda por tanto acreditado que don ..... y su esposa doña ..... con posterioridad a la Junta General Universal celebrada el día 26 de abril de 2011 –alegada para acreditar la exclusión– ejercieron derechos que le correspondían como socios, como son: –el de requerir la presencia de un notario en Junta (art. 203 de la LSC), –el de asistir y votar en las Juntas Generales así como ejercer el derecho de información [art. 93.*c)* y *d)* LSC], –y poner a la venta sus participaciones sociales (art. 107 LSC), sin que los restantes socios ni la sociedad se opusieran a ninguna de las actuaciones en las que ejercía como tal socio; y del Acta de la Junta celebrada el día 26 de abril de 2011 no resulta de manera inequívoca y definitiva el acuerdo de exclusión del socio don ..... con la indicación de su causa. Por último, que deben rechazarse las alegaciones de mala fe que la sociedad atribuye al solicitante, 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 *(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.

VII

Contra dicha resolución los solicitantes de la auditoría de cuentas interpusieron en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando los hechos y fundamentos de derecho de su anterior escrito de alegaciones y añadiendo: 1.º) Que en el caso de exclusión de un socio cuya participación sea inferior al 25%, el procedimiento de exclusión se limitará, según la LSC a un acuerdo de Junta General, constando en el acta de dicha reunión la identidad de los socios que hubiesen votado a favor. No existe una «acción de exclusión» como tal en este caso, puesto que la participación del socio excluido es inferior al 25% por lo que la exclusión se produce en el mismo instante en el que se toma el acuerdo en el seno de la Junta General. 2.º) Que si la sociedad y el socio excluido no se pusiesen de acuerdo sobre el valor de las participaciones, éstas serán valoradas por un auditor de cuentas distinto al de la sociedad, designado por el Registrador Mercantil del domicilio social. 3.º) Que se han dado todos los requisitos que motivan el nombramiento de un auditor de cuentas por parte del Registrador Mercantil del domicilio social, y de hecho, así lo entendió la Sra. Registradora, cuando resolvió, con fecha de 8 de agosto de 2011 designar a don ..... como auditor de cuentas para determinar el valor razonable de las participaciones. 4.º) Que en el acta se cumplen todos los requisitos legales para que se considere válidamente excluido al señor». ....., especificando la identidad de los socios que votaron a favor del acuerdo de exclusión. A mayor abundamiento, en el acta se especifica que «En este caso, no podrá votar, por imperio de la ley don ..... «. 5.º) Que en todo caso podría reprocharse a la referida acta sus defectos técnicos, ya que en su redacción se confunden el procedimiento de exclusión de los socios cuyas participaciones son superiores al 25% del capital social, en cuyo caso sí existe una «acción de exclusión» como tal, y aquellos socios cuya participación es inferior a dicho porcentaje –siendo esta la situación que nos ocupa– en cuyo caso no existe una «acción de exclusión» sino que la exclusión se produce en el mismo momento en el que se adopta el acuerdo por la Junta. En todo caso podría reprocharse a la referida acta sus defectos técnicos, ya que en su redacción se confunden el procedimiento de exclusión de los socios cuyas participaciones son superiores al 25% del capital social, en cuyo caso sí existe una «acción de exclusión» como tal, y aquellos socios cuya participación es inferior a dicho porcentaje –siendo esta la situación que nos ocupa– en cuyo caso no existe una «acción de exclusión» sino que la exclusión se produce en el mismo momento en el que se adopta el acuerdo por la Junta. 6.º) Que el acta de la Junta General cumple los requisitos estipulados en el artículo 352 de la LSC para la exclusión del socio y, por tanto, para que solicite del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas para que determine el valor razonable de sus participaciones sociales. 7.º) Que el acuerdo de la Registradora Mercantil vulnera lo previsto en el artículo 6 del Reglamento del Registro Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 352 y siguientes 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 recientes, la de 27 de enero de 2005, 28 de agosto de 2007, 2 de diciembre de 2009 y 5 de octubre de 2011.

1.º La obligación que la ley impone a la autoridad que resuelve el recurso de decidir cuantas cuestiones planteé el expediente hayan sido o no alegadas por las partes, exige señalar el error procedimental originado en su tramitación, que incide en la imposibilidad legal del órgano resolutor de suspender los efectos o de revocar, por sí mismo, sus propias decisiones una vez que son definitivas, a menos que por norma legal o reglamentaria exista dicha previsión, configurando un recurso de reposición ante la misma autoridad que decidió adoptar un determinado acuerdo.

En el procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas para determinar el valor de las participaciones sociales debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y, como bien indica el número 1 de dicho precepto, la solicitud habrá de tramitarse de conformidad con lo previsto en los artículos 351 y siguientes del mismo cuerpo reglamentario, lo que implica el necesario traslado de la instancia y de los documentos adjuntos a la sociedad para que pueda, si lo estima conveniente, formular su oposición antes de que el Registrador Mercantil adopte su decisión declarando, motivadamente, la procedencia o improcedencia del nombramiento solicitado, la cual solo podrá ser recurrida en alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado por los legitimados en el procedimiento –el/los socios y la sociedad– de tal manera que solo este Centro Directivo tiene competencia para revocar o confirmar la decisión adoptada por el Registrador Mercantil.

En el caso que nos ocupa, la Registradora Mercantil de Pontevedra no trasladó a la sociedad la instancia solicitando el nombramiento de auditor con la finalidad de valorar las participaciones sociales de los socios en la compañía y, posteriormente, sin motivación alguna, acordó nombrar como auditor de cuentas a don ....., el 8 de agosto de 2011, que aceptó el encargo de auditoría. Por tanto, los posteriores escritos presentados por la sociedad solicitando el traslado del expediente y alegando las causas de oposición que podían enervar la petición de los solicitantes, debió elevarlos a esta Dirección General de los Registros y del Notariado para que adoptara lo procedente, puesto que ya en ese momento carecía de competencia para resolverlos.

Los defectos procedimentales señalados 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 se ha producido en el caso presente, dado que tanto la sociedad como los solicitantes de la auditoría en sus respectivos escrito de 29 de septiembre y de 4 de octubre de 2011, así como en el recurso de

alzada que hoy se resuelve han podido alegar y probar lo que a su derecho conviene, siendo dichas alegaciones y pretensiones dilucidadas y resueltas en esta instancia.

2.º La cuestión de fondo planteada se centra en determinar 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, la pretensión de los solicitantes de la auditoría se funda en el acuerdo de exclusión adoptado por la sociedad en la Junta General Extraordinaria y Universal de 26 de abril de 2011. A dicha pretensión se opone la sociedad manteniendo que no existió tal exclusión, sin que, por el contrario, existió una reserva del derecho al ejercicio de la acción de exclusión del mismo, tal como lo prueba el hecho de que el socio sigue siendo convocado a las Juntas Generales y ejerciendo su derecho de voto.

Pues bien, al respecto se ha de señalar que cuando la Ley de Sociedades de Capital regula la exclusión de un socio partícipe de las sociedades de responsabilidad limitada la concibe como el resultado de un proceso, más o meno dilatado en el tiempo, en función de las circunstancias concurrentes, que se inicia con el acuerdo adoptado en la Junta General, que atraviesa por distintas fases y que solo puede entenderse culminado con la efectiva exclusión del socio cuando la sociedad, a través de sus administradores sociales, ha otorgado escritura pública expresando en ella, entre otros extremos, la identidad del socio o socios afectados, la fecha de reembolso del valor de sus participaciones sociales o de la consignación de éste, en los términos previstos en la Ley de Sociedades de Capital. Resulta evidente que hasta que este proceso no culmine, el titular de las participaciones sociales sigue siendo socio de la compañía y puede ejercer los derechos que le confiere la ley, salvo en los casos excepcionales en ella previstos.

En el caso que nos ocupa, de una completa lectura del Acta de la Junta General Extraordinaria de 26 de abril de 2011 se llega a la conclusión de que se trata de uno de los supuestos previstos en la ley para que los socios afectados por los acuerdos adoptados soliciten a la Registradora Mercantil el nombramiento de auditor para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales *(cfr.* arts. 190 y 352 de la Ley de Sociedades de Capital en

relación con el art. 363 del Reglamento del Registro Mercantil) tanto porque ese punto del orden del día fue aprobado por la mayoría del 83,3% del capital, sin concurrir a dicha votación –a pesar de estar representado– el porcentaje de participación que ostenta el solicitante que es del 16,6, como porque el motivo de la abstención estuvo fundado en el artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital conforme al cual «en las sociedades de responsabilidad limitada el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que … le excluya de la sociedad», tal como propuso, en el momento previo a la votación, el letrado de la compañía, don ....., que aclaró el precepto aplicado y el sentido del mismo. Poco ha de importar para llegar a esta conclusión los términos concretos elegidos para redactar el Acta de dicha Junta, puesto que el acuerdo aprobado fue el de exclusión del socio –y no otro– y, por tanto debe concederse al solicitante el nombramiento registral de auditor, a la vista de que la sociedad no ha acreditado la existencia de un acuerdo sobre el valor de sus participaciones sociales, ni sobre la persona que ha de ejercer la auditoría, ni tampoco sobre el procedimiento a seguir.

Esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don …. y doña ....., solicitantes del nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales en «Gallega Mecánica, S.L.,» y anular la resolución de la Registradora Mercantil de Pontevedra de 5 de octubre 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, 25 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 25 de octubre de 2012 (2.ª)

En el expediente 230/2012 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de unos socios de «Galletas Gullón, S.A.».

HECHOS

I

Don ..... y don ..... presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Palencia el 31 de julio de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 348 bis y 353 de la Ley de Sociedades de Capital el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las acciones que poseen en la entidad mercantil «Galletas Gullón, S.A.», con el fin de ejercitar el derecho de separación de la sociedad.

Dicha solicitud fue completada mediante escrito presentado en el Registro Mercantil el 7 de agosto de 2012.

II

Notificada dicha solicitud a la sociedad, ésta a través de su Presidente y Consejera delegada del Consejo de Administración, doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que conforme al artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las acciones o participaciones sociales solo procede en los casos previstos en la ley, siendo así que en el caso presente los solicitantes fundan su demanda en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, según el cual a partir del quinto año contado desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de beneficios tendrá derecho de separación, en el caso de que la Junta General no acordara la distribución de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior y que sean legalmente repartibles. Habida cuenta de que el artículo 348 bis no puede ser de aplicación hasta el 31 de diciembre de 2014, por mandato del legislador contenido en el artículo 1.4, de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, que introduce un disposición transitoria nueva en el Real Decreto Legislativo 1/2010, que suspende hasta el 31 de diciembre de 2014 la aplicación del precitado artículo 348 bis. 2.º) Que si se aceptara la pretensión de los solicitantes se estaría contraviniendo una disposición con rango de ley, así como la voluntad del legislador que no es otra que la de evitar la descapitalización de las entidades mercantiles en estos momentos de crisis económica. 3.º) Que, adicionalmente, se ha de señalar que los solicitantes manifiestan haber ejercido el pretendido derecho el 18 de julio de 2012, afirmación de la que no tiene constancia la sociedad. Y, en cualquier caso, ellos mismos manifiestan que lo han ejercitado estando ya en vigor la suspensión decretada por la nueva disposición transitoria, dado que la Ley 1/2012 entró en vigor el día 24 de junio de 2012. 4.º) Por último y, aunque no sea causa de oposición, la sociedad no quiere dejar de señalar las importantes razones económicas, laborales y de inversión, señaladas en la carta de 26 de julio de 2012 que remitió a los solicitantes, por las cuales ha optado por la reinversión de dividendos.

III

El Registrador Mercantil de Palencia, con fecha de 1 de septiembre de 2012, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, sobre la base de que conforme a lo previsto en la disposición transitoria única de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación

de obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, el artículo 348 bis, queda en suspenso desde la entrada en vigor de dicha ley hasta el 31 de diciembre de 2014. Entendió que la cuestión planteada era si dicha suspensión era o no aplicable a los acuerdos adoptados por la Junta General Ordinaria de la compañía celebrada el día anterior a la entrada en vigor de la precitada ley. Al respecto indicó que dicha disposición no modifica en absoluto el referido precepto sino que determina la suspensión del artículo 348 bis, el cual a su vez, recoge una corriente jurisprudencial tendente a limitar la posible posición abusiva de los socios minoritarios dentro de las sociedades no cotizadas. Desde su aparición ha sido objeto de un amplio debate doctrinal entre quienes destacaban que trata de evitar que el socio minoritario quedara atrapado en la sociedad y quienes señalaban el doble peligro de provocar con su aplicación la descapitalización o la aparición del llamado «derecho al dividendo», práctica que podía generar abuso por parte de los socios minoritarios. El Registrador Mercantil destacó que la nueva norma que suspende la aplicación de dicho artículo no introduce ninguna norma de intertemporalidad que pudiera surgir en su aplicación. En el caso presente, si bien es cierto que la posición jurídica de los solicitantes reúne las condiciones exigidas por el artículo 348 bis para ejercitar el derecho de separación que, en todo caso, debe hacerse en el plazo de un mes a partir de la mencionada Junta General de socios, también lo es que, en ese momento ya había entrado en vigor la Ley 1/2012, cuya disposición transitoria no deja duda en cuanto a su alcance: se suspende hasta la fecha que indica la aplicación del precitado artículo.

IV

Contra dicha resolución los solicitantes de la auditoría, don ..... y don ....., interpusieron en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: 1.º) Que los socios que solicitan la auditoría de cuentas obtuvieron el derecho de separación social cuando votaron en contra del acuerdo de reinversión y a favor del acuerdo del reparto de dividendos y, por tanto, están comprendidos en el supuesto de hecho previsto en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. El apartado segundo de dicho precepto configura el plazo en el que debe ejercitarse el derecho de separación que es el plazo de un mes. 2.º) Que la Ley 1/2012 entró en vigor el 24 de junio de 2012 que fue el día siguiente a la celebración de la Junta general y su eficacia es posterior al nacimiento del derecho de separación y al inicio del plazo de un mes para su ejercicio. 3.º) Que los socios recurrentes notificaron a la sociedad su propósito de ejercitar el derecho de separación el 18 de julio de 2012 y, por tanto, dentro del plazo indicado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 190, 352, 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 recientes, la de 2 de marzo de 2002 y 17 de octubre de 2006.

La cuestión que plantea el presente recurso se centra en determinar, si estamos o no ante un 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 presente, los solicitantes invocan el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital para fundar su derecho a separarse de la sociedad, solicitando el nombramiento de un auditor que valore sus acciones. Dicho artículo, introducido por la Ley 25/2011, estuvo en vigor desde el 2 de octubre de 2011 hasta el 23 de julio de 2012, y en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria de la Ley 1/2012, su aplicación «se suspende» desde el 24 de junio de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2014.

La sociedad celebra Junta General el 23 de junio de 2012, y en ella se acuerda no distribuir beneficios y los socios solicitan el nombramiento de auditor el 31 de julio de 2012.

Con la celebración de la Junta General de la sociedad en la que se acuerda no distribuir beneficios, cuando un socio ha votado a favor del reparto, se produce el supuesto de hecho que permite al socio ejercitar el derecho de separación. Pero ese ejercicio requiere una expresa declaración de voluntad.

En el presente expediente, el supuesto de hecho que permite a los socios ejercer el derecho de separación se ha producido cuando el derecho podía ser ejercitado. Sin embargo, no resulta acreditado que se haya ejercitado tal derecho de separación antes de ser suspendido por la ley.

El derecho debió nacer cuando se ejercitó, dentro del mes siguiente a la fecha de celebración de la Junta que acordó la no distribución de beneficios.

Por tanto, teniendo en cuenta que por disposición expresa del artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las acciones está «indisolublemente unido a los casos establecidos en la ley», se ha de concluir que, en el caso presente, no procede el nombramiento solicitado, dado que a 31 de julio de 2012, fecha en que se presentó la solicitud de los socios en el Registro Mercantil y la que debe tenerse en cuenta para apreciar si concurren o no los requisitos exigidos por el precitado artículo reglamentario, no estaba vigente el artículo que invocaron como fundamento de su pretensión.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ..... y don ....., solicitantes del nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor de sus acciones en «Galletas Gullón, S.A.» contra la Resolución del Registrador Mercantil de Palencia de 1 de septiembre de 2012.

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 octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Palencia.

Resolución de 28 de octubre de 2012

En el expediente 211/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de la entidad mercantil «Inés, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 31 de marzo de 2011 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 5% del capital social de la sociedad «Inés, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para que verificara las correspondientes a los ejercicios 2003 a 2010, ambos inclusive.

II

Notificada la sociedad de dicha solicitud por correo certificado con acuse de recibo, ésta fue devuelta por el Servicio de Correos, con la anotación de «caducado» «ausente de reparto». Intentada de nuevo la notificación a la sociedad por el mismo medio, ésta resultó infructuosa, por lo que la Registradora Mercantil número IV de Madrid notificó a la sociedad a través del Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 18 de junio de 2011.

III

Dado que la sociedad afectada no se opuso al nombramiento de auditor solicitado por la minoría, la Registradora Mercantil número IV de Madrid, con fecha de 1 de julio de 2011, acordó desestimar la petición del socio minoritario. Entendió que, aun cuando la sociedad no se hubiera opuesto al nombramiento, se han de dilucidar cuantas cuestiones

plantee el expediente, a la vista de los datos que constan en el Registro, siendo así que tanto la Ley de Sociedades de Capital como el Reglamento del Registro Mercantil reconocen este derecho del socio solo respecto a las cuentas del último ejercicio económico. Mantuvo, asimismo, que es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que el derecho del socio se verá enervado en el caso de que hubiera podido encargar por sí la auditoría de cuentas. En el caso presente, el solicitante de la auditoría de cuentas fue administrador solidario de la compañía, no constando el cese de su cargo en el Registro Mercantil.

IV

Notificada dicha resolución a las partes interesadas, don ....., solicitante de la auditoría, presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 29 de julio de 2011, recurriendo la anterior decisión, en base al siguiente argumento: Por escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don ....., cesó en su condición de administrador solidario, se acordó la disolución de la sociedad y se nombraron liquidadores mancomunados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes y 362 y 364 del Reglamento del Registro Mercantil.

El presente expediente platea una cuestión de carácter formal que hace ocioso el examen de las restantes. Dicha cuestión es la relativa al plazo de interposición del recurso.

Conforme lo previsto en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil el plazo para recurrir en alzada la decisión del Registrador Mercantil es el de 15 días, contados a partir de la recepción por el interesado de la notificación de la Resolución, siendo así que en el caso presente, la resolución de 1 de julio de 2011 fue notificada a los interesados y recepcionada por el recurrente el 8 de julio de 2011, de tal manera que el plazo para recurrir venció, de manera inexorable, el 27 de julio de 2011. Por tanto, se ha de concluir que el presente recurso, presentado en el Registro Mercantil el 29 de julio del mismo año, es extemporáneo.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto inadmitir el recurso de alzada interpuesto por don ....., solicitante de la auditoría de cuentas, contra la Resolución de la Registradora Mercantil número IV de Madrid, el 1 de julio 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, 28 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número IV de Madrid

---

Resolución de 29 de octubre de 2012 (1.ª)

En el expediente 212/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Reunidos y Doblados, S.L.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante, el 17 de marzo de 2011, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 33% del capital social de «Reunidos y Doblados, S.L.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010.

II

Intentada por dos veces la notificación por correo certificado de dicha instancia a la sociedad, esta fue devuelta por el Servicio de Correos con la anotación de «ausente de reparto» por lo que la Registradora Mercantil de Alicante procedió a publicar la notificación y el derecho de oposición a la sociedad a través del Boletín Oficial de la provincia de Alicante, de 7 de junio de 2011, sin que a partir del día de la publicación la sociedad se opusiera a la auditoría solicitada por el socio minoritario.

III

Por resolución de 1 de agosto de 2011, la Registradora Mercantil de Alicante, acordó declarar procedente la solicitud de nombramiento de auditor formulada por el socio minoritario.

IV

Notificada dicha Resolución a la sociedad, don ....., en su condición de administrador único, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia:

1.º) Que no se ha trasladado con la Resolución de 1 de agosto de 2011 la instancia presentada por el socio minoritario, por lo que se ha originado indefensión. 2.º) Que la presente oposición trae causa en la facultad propia del socio minoritario de solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, integrante del derecho de información que asiste a los socios que participan en el capital social y que están al margen de la dirección de la sociedad, tal como ha puesto de manifiesto la Resolución de la Dirección General de los Registro y del Notariado de 25 de abril de 1991. 3.º) Que en el caso que nos ocupa el solicitante de la auditoría no está en posición minoritaria, sino de igualdad con el resto de los socios pues participa en el capital social en un 33%. 4.º) Que el solicitante ha sido administrador mancomunado de la compañía.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 15 de enero, 28 de mayo y 8 de junio de 1993, 15 de febrero y 4 de julio de 1994 y, como más recientes, las de 12 de enero, 13 de febrero, 27 de marzo de 2009 y 1 de septiembre de 2010.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, aun en el supuesto de que la notificación hubiese sido defectuosa –que no lo ha sido– ésta no ha originado indefensión en la sociedad durante el procedimiento considerado en su conjunto, dado que el recurrente ha podido defender holgada y ampliamente su posición en esta instancia de alzada ante la Dirección General y sus alegaciones serán dilucidadas y valoradas en la resolución del recurso.

2.º En segundo lugar, en cuanto a las alegaciones sustantivas aducidas en el escrito de interposición del recurso, se ha de señalar que, en contra de lo que entiende el recurrente, el derecho a la verificación contable que ostentan los socios minoritarios no es una facultad integrante del derecho de información, sino que se trata de un derecho propio, reconocido a los socios de entidades mercantiles que reúnan las condiciones legales exigidas por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, de tal manera que los derechos de información y de auditoría, aunque complementarios y relacionados entre sí, presentan notables diferencias tanto por su finalidad y requisitos como por las condiciones para su ejercicio, siendo así que con el derecho a la verificación contable lo que la ley pretende es que esa información económica de la que ya disponen los socios sea verificada por un auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil *(cfr.* arts. 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.º Por lo que se refiere a la participación del solicitante en el capital social de la sociedad que, en opinión del recurrente, desvirtúa su carácter de «minoritario» se ha de señalar que el legislador ha establecido unas condiciones mínimas para ejercitar el derecho que son la de presentar la instancia en

el Registro Mercantil solicitando el nombramiento de auditor de cuentas en el plazo improrrogable de tres meses, contados a partir del cierre del ejercicio económico inmediatamente anterior y la de reunir un porcentaje de capital social de al menos el 5%, sin establecer un tope de capital máximo que impida el ejercicio del derecho a los socios que lo reúnan.

4.º Por último, se ha de señalar que el hecho de que el solicitante haya formado parte de la administración social no le impide ejercitar un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio. Esto solo ocurriría si hubiera sido administrador único o si hubiera sido administrador solidario –lo que no es el caso –pues entonces habría podido por sí mismo contratar los servicios de un auditor de cuentas, lo que no puede hacer los administradores mancomunados, pues en este caso habría tenido que contar con el consentimiento de los demás *(cfr*: art. 1692 del Código Civil)

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de «Reunidos y Doblados, S.L.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Alicante el 1 de agosto 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, 29 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante

---

Resolución de 29 de octubre de 2012 (2.ª)

En el expediente 213/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Advance Machining System, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 31 de marzo de 2011 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital

y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Advance Machining System, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2010. Adjuntaba a su escrito fotocopia de copia simple de escritura de aumento y desembolso de capital social, redenominación del capital en euros y posterior reducción de capital para ajuste de valor nominal de participaciones sociales y modificación estatutaria, otorgada el 3 de enero de 2001 ante el Notario de Barcelona don ....., bajo el número 8 de su protocolo.

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, don ....., procedió durante el año 2009 al nombramiento de auditor para los ejercicios 2009, 2010 y 2011 que ha sido ratificado por la Junta General Extraordinaria, a la que fue convocado el socio solicitante mediante burofax. 2.º) Que el socio solicitante de la auditoría de cuentas actúa de mala fe, puesto que el año pasado solicitó la auditoría de cuentas para el ejercicio 2009. Y sobre todo porque hay pendiente una causa judicial por competencia desleal en la que el demandado es el señor .....

III

A la vista de dicho escrito, el Registrador Mercantil número XV de Barcelona, mediante diligencia para mejor proveer de 20 de abril de 2011, requirió a la sociedad para que en el plazo de diez días aportara la documentación pertinente para la inscripción del nombramiento de auditor voluntario. A dicho requerimiento la sociedad contestó mediante escrito de 6 de junio de 2011, presentado en el Registro para su inscripción documentación relativa al nombramiento de auditor de cuentas. Dicha documentación fue calificada con defectos subsanables, mediante nota de 8 de junio de 2011.

Por acuerdo de 20 de junio de 2011 el Registrador Mercantil de Barcelona suspendió el procedimiento hasta la caducidad del asiento de presentación, a fin de que la sociedad pudiera subsanar los defectos que impidieron la inscripción del nombramiento voluntario de auditor de cuentas.

IV

Por Resolución de 31 de agosto de 2011, el Registrador Mercantil número XV de Barcelona acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que, conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado para que el nombramiento voluntario de auditor pueda enervar el derecho del solicitante deben concurrir 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, no se ha garantizado el derecho del socio al informe de la auditoría de las cuentas del ejercicio 2010, dado que, a pesar del requerimiento realizado por el Registro, dicho nombramiento no llegó a inscribirse por no haberse subsanado los defectos que impidieron la práctica de la inscripción dentro de la vigencia del asiento de presentación.

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 la inscripción del nombramiento voluntario de auditor no pudo practicarse porque la sociedad tenía cerrado el Registro Mercantil por falta de depósito de cuentas.

VI

Finalmente, con fecha de 17 de enero de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de Barcelona, por el que comunicaba a este Centro Directivo que la inscripción del nombramiento voluntario de auditor de cuentas se practicó el 5 de enero de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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, antes de la resolución de este recurso de alzada, la sociedad obtuvo la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas que consta como la número 12 en la hoja abierta a la sociedad. De la misma inscripción se desprende que el nombramiento de auditor fue previo a la solicitud del socio minoritario al constar en los documentos de nombramiento y aceptación la legitimación notarial de las firmas que tuvieron lugar, en cuanto al primer documento, el 21 de abril de 2010 y, en cuanto al segundo, el 6 de abril del mismo año, es decir, once meses antes de que el solicitante presentara su instancia en el Registro Mercantil. De la misma manera, la inscripción practicada garantiza al socio su derecho al informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2010, puesto que la sociedad cuando presente para su depósito las cuentas de dicho ejercicio social deberá acompañarlas del informe realizado por el auditor nombrado e inscrito, así como de informe de gestión referido a dicho ejercicio.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., como apoderado de «Advance Machining System, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XV de Barcelona de 31 de agosto 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, 29 de octubre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

Resolución de 1 de noviembre de 2012 (1.ª)

En el expediente 1/2012 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor razonable de las participaciones sociales a instancia de un socio de «Monteagudo Arquitectos, S.L.P.».

HECHOS

I

Don ……, presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 30 de septiembre de 2011 solicitando el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales en la sociedad «Monteagudo Arquitectos, S.L.P.», de conformidad con lo previsto en los artículos 16 de la Ley de Sociedades Profesionales y 363 del Reglamento del Registro Mercantil. Alegó que el 4 de julio de 2011, por conducto notarial, la sociedad fue notificada del ejercicio del derecho de separación por parte de los socios don ..... y don ....., requiriendo en dicho acto al administrador único de la sociedad para que se abstuviera de realizar cualquier acto de disposición, enajenación, arrendamiento o gravamen sobre los fondos y bienes que constituyen el activo de la sociedad. La indicada liquidación y abono de las mismas deberá efectuarse en el plazo improrrogable de 30 días. Sin embargo, el administrador único de la sociedad ha hecho caso omiso a tal requerimiento, no habiendo entregado a los socios que los socios que ejercitaron su derecho de separación la documentación oportuna para la valoración de las cuotas de liquidación.

II

Notificada la sociedad de dicha solicitud, don ....., administrador único de la compañía, presentó su oposición al nombramiento solicitado, alegando, en síntesis: 1.º) Que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 de los Estatutos Sociales y 159, 165 y 167 de la Ley de Sociedades de Capital y dada la difícil situación económica de a empresa, convocó Asamblea General Extraordinaria de socios que se celebró en el domicilio de la compañía el día 13 de octubre de 2011 con la asistencia de los socios que ejercieron el derecho de separación. 2.º) Que al inicio de dicha Asamblea se hizo constar –resumidamente– que los estatutos sociales no establecen el sometimiento a arbitraje de las controversias que surjan entre los socios, así como tampoco sobre las cuestiones relativas al ejercicio del derecho de separación o a la exclusión de éstos y a la determinación del abono de la cuota de liquidación. En relación a los efectos del derecho de separación, aun cuando éstos surten desde la fecha de la notificación a la sociedad, ello es sin perjuicio del posterior acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones sociales que es lo que se somete a la decisión de la Asamblea General. 3.º) Que el punto cuarto del orden del día, consistió en alcanzar un acuerdo sobre el valor de las participaciones sociales o las personas que hubieran de ejercer la auditoría de cuentas, el cual solo fue votado por el administrador único, ya que uno de los socios que ejercieron el derecho de separación, se abstuvo y el otro no asistió a la Asamblea General. Por tanto, dicho acuerdo fue válidamente aprobado, ya que el administrador único ostenta el 60% de las participaciones sociales en que está dividido el capital. 4.º) Que dicho acuerdo deja sin efecto la solicitud, aun cuando solo sea por haberse adoptado un acuerdo posterior a la misma en la Asamblea General.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, con fecha de 26 de octubre de 2011, acordó desestimar la oposición de la sociedad, al entender que el derecho de separación de una sociedad profesional viene recogido en el artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales. En el caso presente se ha notificado debidamente a la sociedad el ejercicio de tal derecho,

mediante Acta autorizada por el Notario de Orihuela, doña ....., bajo el número 2.206 de su Protocolo. Ante la falta de regulación estatutaria es aplicable el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, conforme al cual a falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un auditor de cuentas distinto al de la sociedad, designado por el Registrador Mercantil del domicilio social. Y conforme al artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil al socio le asiste el derecho de solicitar al Registrador el nombramiento de un auditor de cuentas para la valoración de sus participaciones sociales, derecho que no puede ser menoscabado por ningún acuerdo social.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso, en tiempo y forma, recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando los hechos y fundamentos de derecho de su anterior escrito de alegaciones y añadiendo: Que la resolución dictada no tiene motivación alguna y tampoco valora las alegaciones presentadas por la sociedad, puesto que no se han desvirtuado y, por ello, solicita la nulidad de la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 352 y siguientes 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 recientes, la de 27 de enero de 2005, 28 de agosto de 2007, 2 de diciembre de 2009 y 5 de octubre de 2011.

1.º La cuestión planteada en el presente recurso se centra en determinar 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, la pretensión del solicitante de la auditoría se funda en el artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales, que reconoce a los socios de estas entidades mercantiles al derecho de separación, dadas

las especiales características de este tipo social y, asimismo, prevé que salvo que el contrato social hubieran previsto unos determinados criterios de valoración o cálculo con arreglo a los cuales haya de fijarse el importe de la cuota de liquidación que corresponda a las participaciones del socio profesional, debe acudirse a la Ley de Sociedades de Capital cuyo artículo 353 dispone que a falta de acuerdo entre los socios y la sociedad sobre quien debe ejercer la auditoría y el procedimientos seguir los socios o la sociedad podrán instar el nombramiento de un auditor de cuentas. Por tanto, se ha de concluir que se trata de unos de los supuestos previstos en la Ley para la procedencia del nombramiento de auditor solicitado por el socio separado, por lo que se ha de reconocer su derecho al nombramiento registral de auditor de cuenta.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de Monteagudo Arquitectos, S.L.P.», y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Alicante de 26 de octubre 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, 1 de noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 1 de noviembre de 2012 (2.ª)

En el expediente 2/2012 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor razonable de las participaciones sociales a instancia de un socio de «2003 Grup Centre Clinic, S.L.P.».

HECHOS

I

Doña ....., en nombre y representación de don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 13 de octubre de 2011 solicitando el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales en la socie-

dad «2003 Grup Centre Clinic, S.L.P.» de conformidad con lo previsto en los artículos 16 de la Ley de Sociedades Profesionales y 363 del Reglamento del Registro Mercantil, dado que su representado había manifestado su voluntad de desvincularse de la sociedad, sin haber alcanzado un acuerdo sobre el valor razonable de sus participaciones sociales. Adjuntaba a su escrito copia auténtica de escritura de poder general para pleitos, otorgada el 29 de julio 2011; copia certificada del empleado encargado de correos de la Oficina de Correos y Telégrafos de Barcelona, acreditando la imposición de un burofax por don ..... y constando como destinatario la entidad mercantil de referencia, al que se incorpora carta manifestando su voluntad de desvincularse de la sociedad.

II

Notificada la sociedad de dicha solicitud, en fecha 18 de octubre de 2011, ésta no se opuso al nombramiento dentro del plazo de cinco días establecido en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil número XV de Barcelona, con fecha de 17 de noviembre de 2011, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas, al entender que, de la hoja abierta a la sociedad se desprende que el solicitante ostenta 125 participaciones sociales y de los Estatutos sociales se desprende que se reconoce el derecho de separación de los socios (arts. 4, 6 y 7), por lo que se reconoce un derecho de separación libre *uad nuntum* (a voluntad) que permite con carácter exclusivo a los socios profesionales el ejercicio de este derecho libremente, por su sola voluntad, y sin tener que alegar una causa justificada. Así pues, el legislador se ha guiado por el principio de facilitación de salida de los socios profesionales, que contribuyen a la realización del objeto social mediante una prestación accesoria cualificada con carácter exclusivo. A diferencia de las sociedades constituidas por tiempo determinado –donde los socios profesionales solo podrán separarse, además de en los supuestos previstos en la legislación mercantil para la forma societaria de que se trate, en los supuestos previstos en el contrato social, o cuando concurra justa causa–, en las sociedades profesionales constituidas de forma indefinida, como es el caso, los socios profesionales pueden desvincularse en cualquier momento, sin necesidad de alegar ni probar la existencia de causa o motivo que lo justifique; siendo la separación eficaz desde que se notifica a la sociedad, lo que determina la pérdida de la condición de socio, constituyendo dicho momento el que determinará el cálculo de la cuota de liquidación contra el patrimonio social que se le deberá satisfacer. Registradores Mercantiles está sujeta al principio de tipicidad de modo que les competen las funciones que el ordenamiento les atribuye y en los términos que dicho ordenamiento determina. Así resulta del artículo 16 del Código de Comercio y de los artículos 2 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil y de reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Entre dichas funciones se encuentra el nombramiento de expertos independientes y de auditores de cuentas –apartado *b)* del expresado artículo 2–; función que desarrollan los artículos 338 y siguientes del expresado Reglamento, dedicándose el artículo 363 del mismo al «Nombramiento de auditores para determinar el valor real de las acciones y participaciones sociales». El apartado 1 del mencionado precepto al referirse al citado nombramiento, especifica que el mismo se efectuará «en los casos establecidos por la ley». Procede, por consiguiente, analizar si el supuesto que motiva el presente expediente es uno «de los establecidos por la ley» (pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 24 de enero de 2000, 18 de marzo de 2005 y 4 de

marzo de 2006, entre otras. A la cuestión planteada debe responderse afirmativamente. En la regulación jurídica de las Sociedades Profesionales, realizada por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, como contrapartida a los rigurosos requisitos formales que se exigen para su constitución, en aras de garantizar la seguridad jurídica de terceros que contratan con la sociedad, el legislador ha permitido la posibilidad de establecer en los Estatutos sociales, para los supuestos de exclusión y de separación del socio, unos criterios propios de valoración y liquidación de sus acciones o participaciones sociales, distintos de los generales previstos para las Sociedades de Capital y regulados en la Ley reguladora de las mismas. En el caso que nos ocupa, la pretensión del solicitante debe prosperar, puesto que en los Estatutos sociales de la compañía, inscritos en el Registro Mercantil, no se ha hecho uso de esta posibilidad, con lo cual debemos ceñirnos al régimen legal general recogido en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, que establece a falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un auditor de cuentas distinto al de la sociedad, designado por el Registrador Mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o del socio titular de las participaciones objeto de valoración. Y aunque si bien es cierto, que de la documentación aportada, es difícil poder asegurar si, efectivamente, ha existido discrepancia en cuanto a la fijación del precio de las participaciones sociales, lo que si consta, es que si se hubiera llegado a un acuerdo entre ambas partes no hubiera sido necesario la presentación de la solicitud en este Registro, y siendo éste un hecho objetivo hay que presumir que efectivamente no existe acuerdo entre las partes para la fijación del precio de las participaciones (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 2 de marzo de 2002). Así, debe considerarse que la manifestación del solicitante, realizada bajo su responsabilidad, acredita suficientemente la falta de acuerdo entre las dos partes y por tanto legitima a esta a acudir al Registro Mercantil para que sea éste quien proceda a nombrar auditor, más aun teniendo en cuenta que a los socios solicitantes solo se les exige un principio de prueba de su legitimación (véase al respecto las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 16 de febrero y 7 de abril de 2009 y 12 de mayo de 2010, entre otras).

IV

Contra dicha resolución, don ....., en nombre y representación de la sociedad, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante manifestó en un primer momento su intención de apartarse de la sociedad, sin manifestar pretensión económica alguna, siendo así que el resto de los socios hicieron una propuesta de comprar sus participaciones sociales al precio de su valor nominal, a la espera de entrar en una negociación sobre el valor de sus participaciones sociales. La siguiente noticia que tuvieron fue la recepción de un burofax que les anunciaba su intención de acudir al Registro Mercantil a fin de solicita el nombramiento de auditor de cuentas. 2.º) Que resulta incuestionado que el solicitante no ha aportado prueba alguna que fundamente la necesidad de nombrar auditor de cuentas y, por tanto, debe desestimarse su solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 352 y siguientes 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 recientes, la de 27 de enero de 2005, 28 de agosto de 2007, 2 de diciembre de 2009 y 5 de octubre de 2011.

La cuestión planteada en el presente recurso se centra en determinar 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, la pretensión del solicitante de la auditoría se funda en el artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales, que reconoce a los socios de estas entidades mercantiles el derecho de separación, dadas las especiales características de este tipo social que impone a los socios rigurosas exigencias formales en el momento de la constitución de la sociedad. Por su parte, el artículo 16 de la misma ley prevé que, salvo que el contrato social hubiera previsto unos determinados criterios de valoración o cálculo con arreglo a los cuales haya de fijarse el importe de la cuota de liquidación que corresponda a las participaciones del socio profesional, debe acudirse a la Ley de Sociedades de Capital, cuyo artículo 353 dispone que a falta de acuerdo entre los socios y la sociedad sobre quien debe ejercer la auditoría y los procedimientos seguir, los socios o la sociedad podrán instar el nombramiento de un auditor de cuentas.

En el caso presente, resulta evidente por las propias alegaciones del recurrente que dicho acuerdo entre las partes interesadas –socio y sociedad –no ha existido, sirviendo de comunicación a la sociedad el traslado de la instancia por el Registrador Mercantil de Barcelona, siendo de advertir que la ley no exige la iniciación de un procedimiento de negociación previo a la petición, sino solo la falta de acuerdo entre las partes, la cual es evidente en este expediente.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de 2003 «Grup Centre Clinic, S.L.P.», y confirmar la resolución del Registrador Mercantil número XV de Barcelona de 17 de octubre 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, 1 de noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil XV de Barcelona.

Resolución de 5 de noviembre de 2012 (1.ª)

En el expediente 8/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Consultoría de Imagen Zinco, S.L.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Oviedo el 3 de enero de 2012 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 «Consultoría de Imagen Zinco, S.L.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de sus administradores solidarios, doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que el solicitante incumple lo preceptuado en el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil, en la medida en que no acompaña a su instancia la documentación en la que funda su legitimación. 2.º) Que la solicitud tampoco indica la causa de la misma, incumpliendo de nuevo lo preceptuado en el artículo 351 del Reglamento. 3.º) Que durante el transcurso del año 2011 le fueron facilitadas tanto el balance como las cuentas de pérdidas y ganancias, por lo que en todo momento se ha respetado su derecho de información. 4.º) Que el nombramiento de auditor de cuentas generaría gastos excesivos y más si se tiene en cuentas que nunca se transgredió su derecho de información. 5.º) Que, a la vista de lo anterior, se estima que la petición constituye abuso de derecho porque no tiene un fin serio y porque solo pretende causar un perjuicio.

III

La Registradora Mercantil de Asturias, con fecha 13 de enero de 2012, acordó desestimar la oposición de la sociedad por reunir el solicitante las circunstancias de capital y

tiempo que la ley exige, sin que puedan prosperar las alegaciones formuladas por la sociedad. En cuanto a la forma de acreditar el socio su legitimación, es doctrina 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 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 prueba de la legitimación del socio deriva de los datos registrales, dado que consultada la historia registral de la sociedad resulta que en la ampliación de capital social el solicitante suscribió 66 participaciones sociales de un total de 330 que tiene la sociedad. En cuanto a la falta de expresión de la causa, señaló que en los expedientes fundados en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil la causa es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa, razón por la cual el Reglamento no exige su expresión, de alcance puramente formal. Tampoco puede prosperar la alegación relativa al conocimiento que ha tenido el solicitante de la auditoría, puesto que los derechos de información y auditoría, aunque relacionados y complementarios, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. La Registradora Mercantil finalizó su acuerdo manteniendo que en el momento de presentar su solicitud el socio debe ser titular del 5% de capital social, siendo indiferente que se trate de un socio trabajador cuya relación laboral se ha extinguido al tiempo de la solicitud pues según la Ley de Sociedades Laborales, la extinción de la relación laboral no implica automáticamente la pérdida de la condición de socio, sino solo el nacimiento para el que hasta entonces fue trabajador, de ofrecer sus acciones o participaciones sociales a quienes tengan derecho de adquisición preferente sobre las mismas, por lo que mientras se ventila dicho proceso puede subsistir la legitimación para solicitar el 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 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.

V

Finalmente, el 17 de mayo de 2012, tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio de la Registradora Mercantil de Asturias al que adjuntaba un escrito presentado por los administradores solidarios de la sociedad, doña ..... y don ....., desistiendo del recurso de alzada interpuesto ante este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento al recurso de alzada interpuesto por doña ..... y don ....., como administradores solidarios de la entidad mercantil «Consultoría de Imagen Zinco, S.L.L.», declarando concluso el procedimiento instado por don ..... y, en consecuencia, procedente el nombramiento 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, 5 de noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Oviedo.

Resolución de 5 de noviembre de 2012 (2.ª)

En el expediente 9/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Íntegra, Consultores Jurídicos Laborales y Tributarios, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Asturias el 15 de enero de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Íntegra, Consultores Jurídicos Laborales y Tributarios, S.L.» el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ..... y don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la petición de auditoría entraña un manifiesto y flagrante abuso de derecho, pues el 30 de diciembre de 2011, pocos días antes de presentar la instancia en el Registro Mercantil, el solicitante manifestó en la Junta General Extraordinaria de la sociedad y a través de su representante, no pretender ejercitar el derecho que le corresponde como socio y titular de más del 5% de capital social, votando

con los demás socios a favor de que la sociedad no designe voluntariamente auditor de cuentas. 2.º) Que en los supuestos de designación de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil en relación con las sociedades no sujetas por ley a la verificación contable, la causa típica es la inexistencia de un auditor designado por la sociedad, por lo que si el socio solicitante votó en contra de tal designación por la sociedad el 30 de diciembre de 2011, el que una vez cerrado el ejercicio económico solicite del Registrador Mercantil tal nombramiento, evidencia un claro y manifiesto abuso de derecho.

III

La Registradora Mercantil de Asturias, con fecha 30 de enero de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor y mantuvo que las alegaciones de la sociedad sobre la mala fe de las solicitantes no podían enervar su derecho al nombramiento de auditor de cuentas, 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 *(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.

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 el socio minoritario contravino su propia voluntad, manifestada en la Junta General de la sociedad de 30 de diciembre de 2011, lo que supone un claro y manifiesto abuso de derecho.

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 recientes la de 22 de octubre de 2010.

No puede prosperar en esta resolución la alegación formulada por la sociedad en su escrito de interposición del recurso de alzada, pues como ha mantenido este Centro Directivo, 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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ..... y don ....., administradores mancomunados de «Íntegra, Consultores Jurídicos Laborales y Tributarios, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Asturias el 30 de enero de 2012.

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 noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Asturias.

Resolución de 5 de noviembre de 2012 (3.ª)

En el expediente 6/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Dislusa Distribución, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 2 de enero de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 33% del capital social de «Dislusa Distribución, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

Notificada de dicha instancia a la sociedad, ésta a través de sus representantes, don ..... y doña ..... se opusieron dicha pretensión, alegando, resumidamente: 1.º) Que no tiene sentido ni justificación que un administrador mancomunado solicite el nombramiento de auditor de cuentas, pues el mismo debe conocer la información financiera y contable de la compañía. 2.º) Que la única pretensión que mueve al solicitante es la de causar un daño económico a la sociedad, siendo esta solicitud una prueba definitiva de la mala fe con la que viene actuando en los últimos años. 3.º) Que por si fuera poco lo anterior, todos los aspectos fiscales, laborales y contables los desarrolla la empresa «Auren, S.A.», empresa de reconocido prestigio, cuyos honorarios anuales superan los 7.000 euros.

III

Por resolución de 16 de enero de 2012, el Registrador Mercantil número V de Madrid, acordó declarar procedente la solicitud de nombramiento de auditor formulada por el socio minoritario. Señaló que, aun cuando el escrito de alegaciones presentado por los socios oponentes no puede considerarse un verdadero escrito de oposición por no acreditar la representación con la que actúan sus firmantes, el Registrador Mercantil debe conocer todas las cuestiones que plantee el expediente hayan sido o no alegadas por los interesados. En atención a la anterior consideración señaló que la Ley de Sociedades de Capital exige, para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas, el requisito de legitimación estableciendo solo el porcentaje mínimo del 5%, pero un porcentaje máximo. El hecho de que el solicitante haya ejercido la administración mancomunada no puede ser óbice para que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio. Este derecho solo quedaría enervado si gestionase en exclusiva los asuntos sociales, pues en este el caso habría podido contratar los servicios de un auditor de cuentas. Tampoco cabe admitir que el socio en su condición de administrador deba estar al tanto de todo lo que ocurre en la empresa, puesto que la ley ha establecido un derecho distinto al derecho de información que es el de verificación contable, que comporta que esos datos sean auditados por auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil. Por lo que se refiere a las intenciones del solicitante de la auditoría, la Dirección General de los Registros y del Notariado 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. Por último, señaló que el hecho de que los aspectos contables, laborales y fiscales hayan sido encomendados a una empresa de reconocido prestigio no enerva la petición del solicitante que reúne los requisitos legales para ejercer el derecho, derecho que solo quedaría enervado si se acreditara la existencia de una auditoría en curso que garantizara la existencia de un informe de auditoría.

IV

Contra dicha resolución doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 3 de febrero de 2012 interponiendo recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que la sociedad esta formada por tres socios, de los cuales uno de ellos es el solicitante de la auditoría de cuentas y los otros dos representan un porcentaje del 66% del capital social. 2.º) Que si no existen más administradores es porque el solicitante y administrador mancomunado no convocó las Juntas Generales que los socios le solicitan para pronunciarse sobre estas cuestiones. A dichas propuestas de los otros dos socios el solicitante nada responde.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 15 de enero, 28 de mayo y 8 de junio de 1993, 15 de febrero y 4 de julio de 1994 y, como más recientes, las de 12 de enero, 13 de febrero, 27 de marzo de 2009 y 1 de septiembre de 2010.

1.º Con carácter previo, cabe señalar que resultando de la copia de la escritura de constitución de la sociedad que don ..... y doña ..... son socios de la entidad mercantil afectada por esta solicitud y representan el 66% de capital social, aun cuando no hayan acreditado la representación legal de la compañía, debe admitirse el recurso de alzada interpuesto por aplicación del artículo 32.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en relación con los artículos 1888 y 1889 del Código Civil.

2.º En cuanto a las cuestiones de fondo planteadas procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid que no hace sino reiterar la doctrina mantenida por este Centro Directivo. En primer lugar, cualquier socio que reúna un porcentaje mínimo de capital y presente su instancia en los tres primeros meses contados desde el día de cierre del último ejercicio económico puede solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, puesto que se trata de un derecho reconocido a la minoría social que también pueden ejercitar todos los socios de la compañía.

3.º En segundo lugar, los derechos de información y de auditoría, aunque complementarios y relacionados entre sí, presentan notables diferencias tanto por su finalidad y requisitos como por las condiciones para su ejercicio, siendo así que con el derecho a la verificación contable lo que la ley pretende es que esa información económica de la que ya disponen los socios sea verificada por un auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil con el fin de conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación

financiera y patrimonial de la empresa *(cfr.* arts. 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

4.º Por lo que se refiere a la a las intenciones oblicuas 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 *(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. Por último, señaló que el hecho de que los aspectos contables, laborales y fiscales hayan sido encomendados a una empresa de reconocido prestigio no enerva la petición del solicitante que reúne los requisito legales para ejercer el derecho, derecho que solo quedaría enervado si se acreditara la existencia de una auditoría en curso que garantizara la existencia de un informe de auditoría.

5.º Por último, se ha de señalar que el hecho de que el solicitante haya formado parte de la administración social no le impide ejercitar un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio. Esto solo ocurriría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales como administrador único o si hubiera sido administrador solidario –lo que no es el caso– pues entonces habría podido por sí mismo contratar los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración, lo que no habría podido hacer si fuera administrador mancomunado, pues en este caso habría tenido que contar con el consentimiento de los demás *(cfr.* art. 1692 del Código Civil).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ..... y doña ....., administrador único de «Dislusa Distribución, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Alicante el 16 de enero de 2012.

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 noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 6 de noviembre de 2012 (1.ª)

En el expediente 7/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bendix, S.A.».

HECHOS

I

Don …… y don ..... presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca el 2 de enero de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil como titular de más del 6,01% del capital social de «Bendix, S.A.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través de su representante, doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas es inviable porque la sociedad carece de recursos económicos para hacer frente a los honorarios de un auditor de cuentas, dada la incidencia que la crisis económica ha tenido en el sector en el que opera y dada la abultada deuda bancaria a la que tiene que hacer frente, contraída precisamente por el solicitante de la auditoría de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de Palma de Mallorca, con fecha 12 de enero de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, por entender que conforme a la doctrina mantenida reiteradamente por la Dirección General de los Registros y del Notariado, los gastos de la auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad, por imponerlo así el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

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 que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición.

V

Con fecha de 17 de agosto de 2012 tuvo entrada en Registro General de este Departamento ministerial un escrito firmado por don ..... desistiendo de su solicitud de auditoría de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 3 de mayo de 2009.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar que procede admitir el desistimiento a la solicitud de auditoría de cuentas formulada por don ..... el 8 de agosto de 2012, entendiéndose con el otro solicitante de la auditoría de cuentas, don ....., las restantes actuaciones procedimentales.

2.º La única cuestión alegada por la sociedad en el recurso de alzada planteada se centra en determinar si el motivo de oposición, relativo a las dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido la doctrina, conforme a la cual el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital que reproduce el antiguo artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas no deja margen interpretativo alguno cuando dispone que los gastos que la auditoría comporta corren siempre a cargo de la sociedad. Dado que dicho precepto tampoco contempla excepción alguna a esta obligación de la empresa afectada por la solicitud de nombramiento registral de auditor, se ha de concluir que la mala situación económica por la que atraviesa la empresa, incluso en el supuesto de ser real, no puede impedir el ejercicio del derecho de la socia minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2008.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto:

1.º Aceptar el desistimiento a la solicitud de auditoría de cuentas formulada por don .....

2.º Desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ....., representante de la entidad mercantil de «Bendix, S.A.», y confirmar en todos sus extremos la Resolución dictada por el Registrador Mercantil de Palma de Mallorca el 12 de enero de 2012, por la que se declara la procedencia del nombramiento de auditor de cuentas solicitado por don .....

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 noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Palma de Mallorca.

Resolución de 6 de noviembre de 2012 (2.ª)

En el expediente 10/2012 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor real de las acciones a instancia de una socia de «Textil Mora, S.L.L.».

HECHOS

I

Doña ....., en nombre y representación de don ....., don ..... doña ....., don ....., doña ....., don ....., doña ....., doña ....., doña ....., doña ....., doña ....., don ..... y don ....., presentó escrito en el Registro Mercantil de Valencia el 15 de noviembre de 2011 solicitando, al amparo del artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital, el nombramiento de un auditor de cuentas para la determinación del valor aproximado de las participaciones sociales que ostentan en la entidad mercantil «Textil Mora, S.L.» dado que habían ejercitado el derecho de separación social que les reconoce el precitado artículo, así como el artículo 27 del contrato de sociedad.

II

El Registrador Mercantil de Valencia, con fecha 21 de noviembre de 2011 acordó, como diligencia para mejor proveer, requerir a los solicitantes para que subsanaran el defecto de no adjuntar a su solicitud el acta del orden del día de la Junta celebrada por la sociedad en la que se acordara alguno se los supuestos legales de separación invocados. Así lo hicieron los peticionarios mediante escrito presentado en el Registro Mercantil el 13 de diciembre de 2011, al que adjuntaron informe del Consejo de Administración de la sociedad y acta notarial de la Junta General celebrada el 17 de septiembre de 2011, autorizada por el Notario de Valencia, don ....., bajo el número 941 de su protocolo.

III

Notificada la sociedad de dicha petición y de los documentos adjuntos, a través de su representante, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que los solicitantes carecen de causa válida que fundamente el ejercicio del derecho de separación.

2.º) Que la firmante del escrito no acreditó poder suficiente para actuar en nombre y por cuenta de los peticionarios.

IV

El Registrador Mercantil de Valencia, con fecha 18 de enero de 2012, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras recordar la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, mantuvo que en el supuesto de hecho de este expediente no concurre causa legal de separación, dado que el cambio de clase laboral a clase general de sus acciones no puede ser incluido en ninguno de los supuestos tasados por la ley en el artículo 346 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, no cabe una interpretación extensa del mismo. En segundo lugar tampoco es de aplicación lo dispuesto en el artículo 348 respecto al derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos al no concurrir la condición *sine qua non* de la existencia de dividendos a repartir ya que según las cuentas anuales depositadas en este Registro la sociedad ha tenido pérdidas tanto en el ejercicio 2009 como en el 2010. Por último, respecto a la representación de la letrada doña ..... firmante de la solicitud de nombramiento se acreditó en este Registro mediante copia del poder para pleitos otorgada ante el Notario de Valencia doña ....., siendo asimisma reconocida esa representación por la sociedad al aportar en su escrito de alegaciones documento en el que se traslada a la mencionada letrada la negativa de la sociedad a que sus representados puedan ejercitar el derecho de separación.

V

Contra dicha resolución doña ....., en nombre y representación de don ....., don ....., doña ....., don ....., doña ....., don ....., doña ....., doña ....., doña ....., doña ....., doña ....., don ..... y don ....., interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que los solicitantes fundaron su petición en el artículo 346.*d)* de la Ley de Sociedades de Capital que prevé la posibilidad de que los solos ejerciten el derecho de separación cuando concurra alguna de las causas establecidas en dicho apartado. Asimismo, dicho precepto establece la previsión de que, en las sociedades de responsabilidad limitada, los socios que no hayan votado a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de participaciones sociales puedan ejercer el derecho de separación social. 2.º) Que el artículo 27 del contrato de sociedad dispone que «todos los socios que adhieran al contrato en este acto o en fecha posterior se obligan a vender sus acciones a «Textil Mora, S.A.L.» según el precio de transmisión regulado en el artículo 20 y en las condiciones establecidas en este documento». Cuando sea la sociedad quien adquiera las acciones al socio trabajador que ha extinguido la relación laboral, el pago se realizará en el plazo máximo de doce meses, mediante pagos mensuales de igual importe desde la extinción de la relación laboral, cualquiera que sea el motivo de ésta. 3.º) Que, por esta razón, una vez modificadas sus acciones de clase laboral a clase general, conforme al acuerdo del Consejo de Administración de 25 de junio de 2011, tienen derecho a separarse de la sociedad, dado que se trata de la modificación de las condiciones de trabajo, pues de ser trabajadores y socios, pasan a ser solo socios. 4.º) Que, por otra parte, concurre la causa prevista en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, según el cual el socio que hubiera votado a favor de la distribución de dividendos tendrá derecho de separación en el caso de que la Junta General no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente repartibles. Conforme a este precepto el derecho del socio

a participar en el reparto de ganancias sociales ha de considerarse un derecho abstracto, porque la Junta General es libre de decidir si reparte o no beneficios, sin que esta libertad pueda dar lugar a abusos sistemáticos o injustificados al reparto de beneficios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 346.*d)* y 348 bis 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 recientes, las de 2 de marzo de 2002, 17 de octubre de 2006 y 28 de abril de 2007.

La cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar sí 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.

Alega la recurrente como fundamento de la pretensión de sus representados, en primer lugar, las causas de separación reguladas en el artículo 346.*d)* de la Ley de Sociedades de Capital. Sin embargo, en el caso presente no concurre ninguna de las preestablecidas en dicho precepto legal, sino que, por el contrario, encaja en los artículos 7, 8 y 10 de la Ley 4/1997, de 24 marzo 1997, de Sociedades Laborales, los cuales reconocen a los socios trabajadores el derecho a la transmisión de acciones o participaciones sociales, siempre que por cese de su relación laboral dichas acciones hubieran pasado de la clase laboral a la clase general, pero no que sus titulares tenga derecho a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas con el fin de determinar el valor aproximado de éstas, porque para este supuesto prevé que su valor lo determine un auditor de cuentas designado por los administradores, no por el Registrador Mercantil.

En segundo lugar, la recurrente invoca la causa prevista en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, conforme al cual el socio que no haya votado a favor del reparto de dividendos tendrá derecho a separarse de la sociedad en el caso de que la Junta General no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles. Obviamente, el supuesto de hecho para que nazca el derecho de

separación es la existencia de «dividendos» o beneficios, de tal manera que cuando la cuenta de resultados arroja pérdidas, no concurre el presupuesto para la aplicación de dicho artículo.

Pero por si esto fuera poco, debe indicarse que la vigencia de dicho precepto legal ha quedado suspendida por la disposición transitoria de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, desde el 24 de junio de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2014. Consecuentemente se ha de concluir que no concurre el supuesto de hecho previsto en la ley para el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ....., en nombre y representación de doña ....., en nombre y representación de don ....., don ....., doña ....., don ....., doña ....., don ....., doña ....., doña ....., doña ....., doña ....., doña ....., don ..... y don ....., solicitantes del nombramiento registral de auditor de cuentas, contra la resolución del Registrador Mercantil de Valencia de 18 de enero de 2012.

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 noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

Resolución de 7 de noviembre de 2012 (1.ª)

En el expediente 13/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Novel-Olimpia, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 13 de enero de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital

social de «Novel-Olimpia, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

La sociedad, a través de su representante, doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que no procede el nombramiento del auditor de cuentas solicitado, dado que consta inscrito en el Registro Mercantil el nombramiento como auditora de cuentas de doña .....

III

El Registrador Mercantil de Alicante, con fecha 31 de enero de 2012, 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. Consultada la hoja abierta a la sociedad, no resulta practicada en contra de lo manifestado por la sociedad ninguna inscripción de nombramiento de auditor de cuentas para el año 2011. Por otra parte, el plazo máximo para ejercer el derecho de oposición previsto en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil es el de 5 días, efectuándose la misma el 27 de enero de 2011. En este caso la sociedad no justifica ni el nombramiento de auditor de cuentas, ni ha puesto a disposición del socio el informe de auditoría ni lo ha aportado al expediente y la oposición es extemporánea.

IV

Contra dicha resolución la sociedad a través de su administrador único, don ....., interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que la notificación de la instancia por parte del Registrador Mercantil fue realizada fuera del plazo de cinco días previsto en el artículo 354.1 del Reglamento del Registro Mercantil, infringiendo lo dispuesto en dicha norma. 2.º) Que la sociedad presentó su escrito de oposición dentro del plazo de cinco días previsto a tal fin, una vez recibida la notificación de la solicitud. 3.º) Que no comparte la afirmación que el Registrador Mercantil realiza en el acuerdo recurrido sobre la falta de inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2011. Se adjunta, como prueba en contrario copia de la información facilitada por la empresa «Axesor», que se nutre de la información publicada en el Registro Mercantil, en donde aparece reflejado el nombramiento de doña ..... como auditor de cuentas titular desde 2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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, cabe señalar que los plazos previstos en el Reglamento del Registro Mercantil para la notificación de la instancia solicitando el nombramiento de auditor de cuentas a la sociedad afectada y para presentar, por parte de ésta, el escrito de alegaciones oponiéndose al nombramiento solicitado por la minoría de la sociedad, no son plazos preclusivos de tal manera que, aunque hayan transcurrido el Registrador Mercantil continúa obligado a notificar a la sociedad la presentación de la instancia y la sociedad puede, si lo estima conveniente, presentar sus alegaciones argumentando la improcedencia del nombramiento registral de auditor de cuentas, incluso con posterioridad al plazo de cinco días señalado en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil. En definitiva, dicho plazo es indicativo del momento procedimental en que el Registrador puede adoptar su decisión, aun cuando no se haya presentado oposición.

2.º La cuestión de fondo planteada se centra en determinar cuándo 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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, procede confirmar la resolución recurrida puesto que la sociedad, lejos de acreditar la contratación del auditor de cuentas antes del 13 de enero de 2012 –que es la fecha de presentación de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas–, se ha limitado a aportar un copia de la información proporcionada por una empresa dedicada a facilitar datos de empresas extraídos de diversas fuentes, de tal manera que con esta poco precisa y fidedigna información pretende desvirtuar lo manifestado en el acuerdo recurrido por quien ejerce la fe pública registral del contenido del Registro Mercantil que es el Registrador Mercantil, lo que, obviamente, no es posible. En consecuencia, se ha de reconocer al solicitante de la auditoría de cuentas su derecho a obtener el nombramiento registral de auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2011, al no haber garantizado la sociedad

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único de «Novel-Olimpia, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Alicante el 31 de enero de 2012.

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 noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 7 de noviembre de 2012 (2.ª)

En el expediente 4/2012 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor razonable de las participaciones sociales a instancia de un socio de «Imoi Healthcare, S.L.P.».

HECHOS

I

Doña ....., en nombre y representación de don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 13 de octubre de 2011 solicitando el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales en la sociedad «Imoi Healthcare, S.L.P.» de conformidad con lo previsto en los artículos 16 de la Ley de Sociedades Profesionales y 363 del Reglamento del Registro Mercantil, dado que su representado había manifestado su voluntad de desvincularse de la sociedad, sin haber alcanzado un acuerdo sobre el valor razonable de sus participaciones sociales. Adjuntaba a su escrito copia auténtica de escritura de poder general para pleitos, otorgada el 29 de julio 2011; copia certificada del empleado encargado de correos de la Oficina de Correos y Telégrafos de Barcelona, acreditando la imposición de un burofax, el 3 de octubre de 2011, por don ....., y constando como destinatario la entidad mercantil de referencia, al que se incorpora carta manifestando su voluntad de desvincularse de la sociedad.

II

A la vista de dicha instancia, el Registrador Mercantil número XII de Barcelona instó al solicitante para que en el plazo de diez días hábiles, procediera a aclarar: 1.ª la titularidad que don ..... ostenta en la mercantil «Imoi Healthcare Group, S.L.» al manifestarse en la solicitud que el citado señor ..... ostenta una participación de 125 participaciones sociales de la referida sociedad y que las mismas le pertenecen por asunción y desembolso en la escritura fundacional y habida cuenta que dicha titularidad no se despren de las inscripciones practicadas en la Hoja abierta de la mencionada mercantil, así como que aportara cualquier medio de prueba por escrito acreditativo de la citada titularidad; 2.ª especificara la causa legal o reglamentariamente prevista en el que se basaba la solicitud, con indicación expresa del artículo correspondiente y acreditaran debidamente el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos legales y estatutarios en relación al derecho de separación del socio; y 3.ª aportara a este Registro copia del Acta de Junta General de la sociedad «Imoi Healthcare Group, S.L.» celebrada en fecha 21 de septiembre de 2011. Así lo hizo la representante del socio que en fecha 8 de noviembre de 2011 –dentro del plazo concedido al efecto–, aportó un escrito, por ella firmado, en su nombre y representación de don ....., en el que manifestaba, en esencia, que: 1.º la sociedad es unipersonal formada por un único socio que es la sociedad «2003 Grup Centre Clinic, S.L.P» y que uno de los cuatro administradores es el señor don .....; 2.º que es socio fundacional de la compañía, ya que también es socio fundacional de la sociedad «2003 Grup Centre Clinic, S.L.», por la que posee 125 participaciones sociales que representan el 25% del capital social, quedando acreditada su participación en «Imoi Healthcare Group, S.L.»; 3.º que el 21 de septiembre de 2011 se convocó Junta General de, entre otras, la mercantil «Imoi Healthcare Group, S.L.» en la que se adoptaron con el voto en contra del señor don ....., entre otros, el siguiente acuerdo: «Comprar las participaciones de señor don ..... por el valor nominal»; 4.º que el ejercicio del derecho de separación está acreditado por el propio articulado estatutario.

III

Notificada la sociedad de dicha solicitud, en fecha 18 de octubre de 2011, ésta no se opuso al nombramiento dentro del plazo de cinco días establecido en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

El Registrador Mercantil número XII de Barcelona, con fecha de 17 de noviembre de 2011, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas, al entender que, de la hoja abierta a la sociedad se desprende que los Estatutos sociales reconocen el derecho de separación de los socios (arts. 4, 6 y 7) que permite con carácter exclusivo a los socios profesionales el ejercicio de este derecho libremente, por su sola voluntad, y sin tener que alegar una causa justificada. De la Inscripción 3.ª de las obrantes en la Hoja abierta en este Registro a nombre de la sociedad «Imoi Healthcare Group, S.L.» –al Tomo 36.689, Hoja B-282.856–, practicada en fecha 14 de diciembre de 2011, resulta que don ....., ha elevado a público las siguientes decisiones adoptadas por el Socio único de la sociedad, ejerciendo las competencias de la Junta General, en el domicilio social, el día 21 de septiembre de 2011, las cuales constan en Acta aprobada por él mismo: Cesar en su cargo de Administrador de la Sociedad a don ..... Así resulta de la escritura otorgada el día 7 de noviembre de 2011, ante el Notario de Barcelona don ....., número 1.765 de protocolo, presentada telemáticamente el día 28 de noviembre de 2011, según el asiento 2.704 del Diario 1.124. Por tanto, se plantea, por tanto, en el presente expediente si procede la designación por el Registrador Mercantil de un auditor que valore dichas participaciones. Debe precisarse al respecto que la actuación de los Registradores Mercantiles está sujeta al principio de tipicidad de modo que les competen las funciones que el ordenamiento les atribuye y en los términos que dicho ordenamiento determina. Así resulta del artículo 16 del Código de Comercio y de los artículos 2 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil y de reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Entre dichas funciones se encuentra el nombramiento de expertos independientes y de auditores de cuentas –apartado b del expresado artículo 2–; función que desarrollan los artículos 338 y siguientes del expresado Reglamento, dedicándose el artículo 363 del mismo al «Nombramiento de auditores para determinar el valor real de las acciones y participaciones sociales». En este sentido, es reiterada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de fechas 17 de octubre de 2006, 16 de octubre y 4 de noviembre de 2008, entre otras), poniendo de manifiesto que no procede el nombramiento de auditor para la determinación del valor de las participaciones, salvo en los casos establecidos por la Ley (art. 363 del Reglamento del Registro Mercantil) o, en su caso, de disponerlo así los estatutos sociales. En otras palabras, no es un derecho que pueda ejercitarse sin más por cualquier socio con el fin de conocer el valor de sus participaciones. En el supuesto que nos ocupa, con independencia de las motivaciones que han llevado a la presentación de la solicitud de nombramiento de auditor en relación con la valoración de participaciones, así como la concurrencia o no de causa legal o estatuaria que ampare el citado nombramiento de auditor y que hayan sido cumplidos o no todos y cada uno de los requisitos legales y estatutarios para ello, lo cierto, es que el solicitante no ha acreditado su condición de socio de la sociedad «Imoi Healthcare Group, S.L.», tal y como fue requerido mediante Oficio de este Registro de fecha 19 de octubre de 2011 debiendo señalarse que la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado reiteradamente (pueden verse las Resoluciones de fechas 6 de noviembre y 21 de diciembre de 1998 y 13 de septiembre de 1999, entre otras) admitiendo que le basta para ello con la aportación de

un principio de prueba por escrito –lo que no ocurre en el presente caso– no desvirtuado por la sociedad. Además, de la Hoja abierta en este Registro a nombre de la sociedad «Imoi Healthcare Group, S.L.», se desprende que las participaciones sociales de la referida mercantil fueron asumidas y desembolsadas en su totalidad por el único socio la compañía «2003 Grup Centre Clinic, S.L.», habiendo sido reconocida dicha circunstancia por el solicitante en su escrito aportado en fecha 8 de noviembre de 2011. En consecuencia, don ..... no ostenta la condición de socio de la entidad «Imoi Healthcare Group, S.L.», por lo que no puede prosperar su petición amparándose en el hecho de ser el citado señor titular indirecto de la sociedad «Imoi Healthcare Group, S.L.».

IV

Contra dicha resolución, don ....., en nombre y representación de la sociedad, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante manifestó en un primer momento su intención de apartarse de la sociedad, sin manifestar pretensión económica alguna, siendo así que el resto de los socios hicieron una propuesta de comprar sus participaciones sociales al precio de su valor nominal, a la espera de entrar en una negociación sobre el valor de sus participaciones sociales. La siguiente noticia que tuvieron fue la creación de un burofax que les anunciaba su intención de acudir al Registro Mercantil a fin de solicita el nombramiento de auditor de cuentas. 2.º) Que resulta incuestionado que el solicitante no ha aportado prueba alguna que fundamente la necesidad de nombrar auditor de cuentas y, por tanto, debe desestimarse su solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 352 y siguientes 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 recientes, la de 27 de enero de 2005, 28 de agosto de 2007, 2 de diciembre de 2009 y 5 de octubre de 2011.

La cuestión planteada en el presente recurso se centra en determinar 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, es condición incuestionable para ejercitar este derecho la de ostentar el requisito de legitimación que viene atribuida por la propiedad de un número de participaciones sociales o acciones de la compañía, dado que solo dicha propiedad es la que confiere al peticionario la cualidad de socio y no la posesión indirecta que invoca, sobre la base de participar en el capital social de otra entidad mercantil, la sociedad «2003 Grup Centre Clinic, S.L.», que es la que ostenta la totalidad del capital de la sociedad afectada por la solicitud.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, don ....., solicitante de la auditoría de cuentas para «Imoi Healthcare, S.L.P.», y confirmar la resolución del Registrador Mercantil número XII de Barcelona de 17 de octubre 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, 7 de noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XII de Barcelona.

Resolución de 7 de noviembre de 2012 (3.ª)

En el expediente 14/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Techniprint Soluciones, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 11 de enero de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulas de más del 5% del capital social de «Techniprint Soluciones, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que en todas las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado se reconoce que una cosa es el derecho de información y otra diferente el derecho de auditoría. En base a esta consideración se ha de señalar que el solicitante de la auditoría de cuentas jamás se dirigió a los gestores ni a los administradores para reclamar las cuentas anuales con la finalidad de comprobar sus movimientos, a pesar de que la sociedad en ningún momento ha negado esta información. 2.º) Que, además de lo anterior, las cuentas anuales no están depositadas en el Registro Mercantil por no haber finalizado el plazo de pago de impuestos. 3.º) Que el socio solicitante solo lo es de hecho, no de derecho, dado que ha venido realizando actos en contra de la sociedad e, incluso, quitando clientes para llevárselos a otra empresa dedicada al mismo objeto social. 4.º) Que la entidad carece de fondos para atender los gastos de auditoría.

III

El Registrador Mercantil número II de Madrid, con fecha 30 de enero de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo los derechos de información y auditoría resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio, este ultimo derecho faculta al socio para que la información contable de la compañía sea verificada por un auditor de cuentas. El hecho de que la sociedad no haya depositado sus cuentas en el Registro Mercantil tampoco enerva el derecho del socio minoritario que solo está condicionado a que se ejercite dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio económico a auditar y a que el solicitante sea propietario de al menos el 5% del capital social. Tampoco puede admitirse la alegación relativa a los gastos que la auditoría ocasionará a la sociedad. Respecto a la alegación de la sociedad de que el solicitante es un socio de hecho y no de derecho porque su actuación ha sido contraria a los intereses de la sociedad, según ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado la posible actuación maliciosa no le priva de ejercitar su derecho puesto que las motivaciones que llevan al socio a solicitar la auditoría de cuentas no pueden examinarse en 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 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 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de interposición del recurso. En efecto, frente a la alegación que aduce las posibilidades que ha tenido el socio de solicitar información a los administradores sociales, sin haberlas utilizado, se ha de señalar que esta actuación, en todo caso, pasiva del solicitante no le impide en modo alguno el ejercicio del derecho de auditoría, pues ha podido entender conveniente que la información contable de que dispone la empresa sea verificada por un auditor nombrado por el Registrador Mercantil con el fin de conocer si ofrece o no la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad. En otras palabras, los derechos de información y auditoría, aunque están relacionados, resultan independientes tanto por su finalidad y requisitos como por las condiciones requeridas para su ejercicio *(cfr.* 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Tampoco puede prosperar la alegación de la sociedad que parece condicionar el ejercicio del derecho a la verificación contable al depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil. Obviamente, las cuentas del ejercicio 2011 no se han depositado porque para ello tienen que estar formuladas por los administradores, después aprobadas por la Junta general y, si alguno de los socios minoritarios ha ejercido el derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital, habrán de estar verificadas por un auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil del domicilio social.

3.º La diferencia que realiza la sociedad sobre lo que es o puede ser un socio de «hecho» y un socio de «derecho» son absolutamente desconocidas por la Ley de Sociedades de Capital que establece en su artículo 91 que es la propiedad de la acción o participación social la que confiere a su titular legítimo la condición de socio y le atribuye los derechos reconocidos en esta ley y en los estatutos sociales. Si la sociedad considera que el solicitante ha realizado actuaciones contrarias a los intereses sociales siempre podrá acudir a los mecanismos legales previstos para su expulsión de la compañía o, en última instancia, siempre tendrá expedita la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

4.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 Consejeros delegados de «Techniprint Soluciones, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número II de Madrid el 30 de enero de 2012.

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 noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número II de Madrid.

Resolución de 15 de noviembre de 2012 (1.ª)

En el expediente 15/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Estudio Creativo Menta, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Asturias el 3 de enero de 2012 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 «Estudio Creativo Menta, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de sus administradoras solidarias doña ..... y doña ....., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º Que la solicitud incumple las formalidades establecidas por el artículo 351.2 del Reglamento del Registro Mercantil que dispone que la instancia deberá de ir suscrita por el peticionario que habrá de adjuntar a la misma los documentos acreditativos de su legitimación. 2.º Que, asimismo, habrá de expresar la causa de la petición, conforme a lo previsto en el artículo 351.1 del mismo cuerpo reglamentario. 3.º Que

la sociedad no ha tenido ninguna actividad durante el ejercicio 2011, dado que se tramitó su baja en Hacienda, según se acredita mediante el resguardo de la presentación de la declaración censal. Como la sociedad no ha tenido actividad no existen facturas que auditar.

III

La Registradora Mercantil de Asturias, con fecha 13 de enero de 2012, 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, 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 prueba de la legitimación del solicitante deriva de los propios datos registrales que acreditan que ostenta un número de participaciones superior al 5% de capital social, dado que de la inscripción número 1 que recoge la escritura de constitución resulta que el socio suscribió 20 acciones de un total de 100. En cuanto a la inexpresión de la causa, es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que en este tipo de expedientes la causa es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Por eso el Reglamento del Registro Mercantil no exige su expresión de alcance puramente formal. Por lo que se refiere a la falta de actividad de la sociedad, como también ha mantenido la Dirección General, aunque la sociedad no hubiera realizado actividad mercantil en el ejercicio económico, subsiste su obligación de presentar unos documentos contables en el Registro Mercantil. Por último, en estos procedimientos el coste de la auditoría de cuentas corre 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, 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, en el caso presente, resulta un sinsentido la inexpresión de la casusa de la petición, dado que el solicitante de la auditoría fue administrador solidario de la sociedad hasta su cese el pasado 17 de enero de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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, 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 recientes, las de 22 de octubre de 2010 y 18 de julio de 2011.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, en cuanto a la forma de acreditar el socio su legitimación, 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, la mera invocación a los datos registrales de la sociedad legitima al solicitante para ejercitar el derecho a la verificación contable, pues de la inscripción número 1 que recoge la escritura de constitución social resulta que suscribió un número de 20 participaciones sociales de las 100 en que está dividido el capital social de la compañía y, por tanto, más del 5% exigido por el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil, sin que la sociedad, por su parte, haya aportado prueba alguna demostrativa de que hubiera perdido su condición de socio o el porcentaje de participación que alegó, por lo que no cabe sino reconocer que esta legitimado para solicitar la auditoría.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación relativa a la inexpresión de la causa de la petición pues, como también ha mantenido esta Dirección General, en relación con el artículo 205.2 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas –reproducido en idénticos términos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital– la causa hay que buscarla en el deseo del legislador de que la contabilidad societaria formulada por los órganos gestores pueda ser controlada por los accionistas minoritarios. En este hilo argumental hay que constatar, que la causa de la solicitud del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es siempre y típicamente la misma, a saber: la inexistencia de una auditoría previa, razón por la cual el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que instrumentó las solicitudes basadas en aquel precepto no exige la expresión, de alcance meramente formal, de la causa, sin que quepa aplicar por analogía el artículo 350 del mismo cuerpo reglamentario que queda enlazado con otro supuesto que es el del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, completamente diferente al número 2. del mismo artículo.

3.º La inactividad económica de la sociedad durante el último ejercicio económico no es motivo para que deje de presentar sus documentos contables en el Registro Mercantil aunque haya tramitado la baja en el censo de empresarios de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, dado que, como persona jurídica que es, subsiste como tal en el Registro Mercantil y, por tanto, incluso en estas circunstancias es posible ejercitar el derecho reconocido a los socios minoritarios.

4.º Por último, por lo que se refiere a los costes de la auditoría que la sociedad entiende son innecesarios, se ha de señalar 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 solidarias doña ..... y doña ....., administradoras solidarias de «Estudio Creativo Menta, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Asturias el 13 de enero de 2012.

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 noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número II de Asturias.

Resolución de 15 de noviembre de 2012 (2.ª)

En el expediente 17/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Panadera Such Confitería, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... y doña ..... presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Alicante solicitando, como titulares de más del 5% del capital social de «Panadera Such Confitería, S.L.», y al amparo de lo dispuesto en los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 359

y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de un auditor que verificará las cuentas correspondientes al ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su consejero delegado don ....., se opuso a dicha pretensión alegando que la sociedad ya había nombrado auditor de cuentas para el ejercicio económico 2011. Dicho nombramiento fue aceptado por la firma auditora, «Auditores de Levate, S.L.», el 29 de diciebre de 2011. Se adjunta copia del contrato con firma legitimada.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, con fecha 3 de febrero de 2012, 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 los órganos sociales enerva el derecho del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital siempre que se cumpla una doble condición: *a)* Que se haya efectuado con anterioridad a la presentación de la instancia pidiendo el auditor al Registro; y *b)* Que se haya garantizado al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, garantía que únicamente puede procurársele a través de la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, por haberse puesto a disposición del socio el informe de 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, tal como consta en el documento con firma testimoniada por Notario. Finalmente el nombramiento causó la inscripción número 10 en la hoja abierta a la sociedad.

IV

Contra dicha resolución y por los socios minoritarios solicitantes del nombramiento se interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que los solicitantes no tenían constancia del nombramiento de auditor de cuentas que el administrador dijo haber realizado; y 2.º) Que resulta alarmante que el auditor nombrado pertenezca al mismo bufete que está llevando las cuentas de la empresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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, 24 de octubre de 2006.

Procede confirmar en el presente expediente –y por su propio fundamento– la decisión adoptada por el Registrador Mercantil de Alicante en lo que se refiere a la no procedencia del nombramiento de auditor solicitado pues, como ha mantenido esta Dirección General, siendo la finalidad de dicho precepto la de fortalecer la posición de los socios minoritarios de entidades

mercantiles facilitándoles el conocimiento veraz de la situación patrimonial y financiera de la sociedad mediante el informe de auditoría de cuentas, no frustra esta finalidad el hecho de que la sociedad, previamente a la solicitud del socio minoritario, haya nombrado voluntariamente un auditor de cuentas, puesto que el auditor, como profesional independiente, sujeto en el ejercicio de su actividad a unas normas legales, reglamentarias y técnicas, realizará el informe de auditoría con la objetividad y profesionalidad que imponen las antedichas normas.

Por tanto, en el caso presente, aunque efectivamente los solicitantes reúnen 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 2011 y que su derecho al informe de auditoría de ese ejercicio económico ha quedado garantizado por la inscripción del mismo en el Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ..... y doña ....., contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Alicante el 3 de febrero de 2012.

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 noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 16 de noviembre de 2012 (1.ª)

En el expediente 16/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Publinova, S.A.».

HECHOS

I

Doña ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 16 de enero de 2012, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y

siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Publinova, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

La sociedad, a través de su Consejero delegado, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que el órgano de administración de la sociedad procedió a nombrar auditor de cuentas a la firma «Ferga-Pul Auditores, S.L.», para auditar las cuentas anuales del ejercicio 2011 y, por tanto, la petición de auditoría constituye un ejercicio abusivo del derecho pues los socios conocen esta decisión. 2.º) Que la solicitante no es socia minoritaria de la compañía, sino que por el contrario es socia dominante de la sociedad y viene presionando a los demás socios para conseguir la venta de sus acciones. 3.º) Que mientras fue administradora hasta el 8 de septiembre de 2011 ha tenido acceso a toda la información financiera y contable de la sociedad, por lo que conoce perfectamente la marcha del negocio.

III

La Registradora Mercantil número VIII de Madrid, el 30 de enero de 2012, requirió al representante de la sociedad para que acreditara el nombramiento de auditor de cuentas con fecha fehaciente. A dicho requerimiento la sociedad respondió mediante escrito de alegaciones aduciendo lo que a su derecho convenía.

IV

Por resolución de 17 de febrero de 2012 la Registradora Mercantil número VIII de Madrid, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la solicitante reúne 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 presentó el contrato de auditoría con la empresa auditora firmado el 27 de diciembre de 2011, siendo así que la primera fecha fehaciente de dicho contrato es la de presentación en el Registro mercantil y, por tanto, se ha de concluir que no reúne el requisito de anterioridad exigido para que la auditoría voluntaria enerve el derecho de la solicitante. No cumpliéndose la primera de las condiciones es indiferente el cumplimiento de la segunda. La invocación al ejercicio abusivo del derecho por parte de la solicitante de la auditoría, no es causa apreciable en este expediente, dado 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 *(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. El resto de las alegaciones formuladas por la sociedad tampoco pueden ser consideradas causa de oposición. La ley no exige que el solicitante sea socio minoritario sino solo que ostente un porcentaje en el capital social de al menos el 5%. El hecho de que haya sido administradora solidaria no es óbice para que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socia. Esto solo sucedería si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales, circunstancia que no concurre en el caso presente. Por último, la delicada situación financiera y patrimonial de la compañía, tampoco impide la realización de la auditoría, cuyo coste corre siempre de cuenta de la sociedad.

IV

Contra dicha resolución don ..... y don ....., en su condición de Consejeros delegados de la sociedad, interpusieron 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 interpretación realizada por la Registradora Mercantil del artículo 1227 del Código Civil no es ajustada a derecho, dado que la documentación aportada por la sociedad cumple rigurosamente las exigencias del artículo 354 del reglamento del Registro Mercantil. En definitiva el derecho de la peticionaria ha sido enervado por la auditoría voluntaria contratada por la sociedad.

V

El 16 de marzo de 2012 tuvo entrada en el registro General de este Departamento ministerial un escrito firmado por don ..... y don ....., comunicando a este Centro Directivo que la peticionaria de la auditoría de cuentas había procedido a la transmisión voluntaria de la totalidad de sus acciones a los firmantes del escrito mediante escritura pública autorizada por el Notario de Madrid, don ....., bajo el número 523 de su protocolo notarial, en el que además de la transmisión de las acciones, la solicitante de la auditoría, doña ....., desistió de su solicitud de auditoría para el ejercicio 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento de doña ....., solicitante de la auditoría de cuentas y declarar concluso el procedimiento sobre nombramiento de auditor iniciado a su instancia para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2011 de «Publinova, 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, 16 de noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número II de Madrid.

Resolución de 16 de noviembre de 2012 (2.ª)

En el expediente 19/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Madriguera Comunicación Integral, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 19 de enero de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Madriguera Comunicación Integral, 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 verificará las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que la solicitante había ejercido la administración solidaria durante todo el periodo cuya auditoría pretende. 2.º) Que la realización del informe de auditoría supondría un gasto excesivo para la sociedad.

III

El Registrador Mercantil número IV de Madrid, con fecha 14 de febrero de 2012, acordó desestimar la solicitud por entender que conforme a la doctrina mantenida por

la Dirección General de los Registros y del Notariado que si bien la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador social no le impide ejercer un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, no obstante este derecho queda enervado cuando el solicitante de la auditoría ha ejercido con carácter exclusivo la administración de la sociedad por ser su administrador único o bien ha ejercido la administración solidaria pues en este caso ha podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor de cuentas, lo que no habría podido hacer si la administración fuese mancomunada, ya que entonces habría tenido que contar con el acuerdo y consentimiento de los demás *(cfr.* art. 1692 del Código Civil). La falta de medios para hacer frente a la auditoría de cuentas no puede ser causa obstativa para que el socio minoritario ejercite su derecho, dado que conforme artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, los gastos de la auditoría de cuentas corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

IV

Contra dicha resolución la solicitante de la auditoría de cuentas interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis, que el Registrador fundó su resolución en lo que es habitual en el caso de administradores solidarios, pero ignoró que este caso es muy diferente, dado que don ..... y ella son un matrimonio en proceso de divorcio. Prueba de que no ha tenido conocimiento de la marcha de la compañía es que, mediante requerimiento notarial, solicitó a don ..... y a su asesor que le depositaran en la Notaría toda la información contable del ejercicio 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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, como más recientes las de 1 y 2 de septiembre de 2010.

Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid, pues es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la concurrencia en el socio minoritario de la condición de administrador social no le impide ejercitar un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio. Esta incompatibilidad solo se daría si hubiera gestionado como administrador solidario los asuntos sociales, dado que en este caso habría podido contratar por sí mismo la auditoría, como un acto más de gestión y buena administración.

Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que la solicitante ha ejercido la administración solidaria de la compañía de tal manera que pudo por sí misma y sin necesidad de concurrir con el otro administrador, nombrar auditor de cuentas para el ejercicio 2011, lo que no habría podido hacer si la administración fuera mancomunada, dado que en este caso, los administradores

habrían tenido que actuar conjuntamente *(cfr.* art. 1692 del Código Civil). 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. El hecho de que la solicitante alegue su desentendimiento de los asuntos sociales, además de no apoyar en nada su pretensión, puede llegar a suponer un incumplimiento de los deberes que la Ley de Sociedades de Capital impone a todos los administradores de entidades mercantiles.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ....., solicitante de la auditoría de cuentas y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil número IV de Madrid de 14 de abril de 2012.

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 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número IV de Madrid.

Resolución de 19 de noviembre de 2012

En el expediente 20/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bogey, S.A.».

HECHOS

I

Don ....., en su condición de apoderado de la sociedad «Depiero, S.A.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 13 de enero de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Bogey, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

La sociedad, a través de su Presidente y Consejero Delegado, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que existe un expediente de nombramiento de auditor para la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2009 de su representada, seguido a instancia del mismo accionista el cual se encuentra pendiente de resolución por la Dirección General de los Registros y del Notariado al haber desistido dicho accionista y no haber sido admitido. 2.º) Que la sociedad en Junta General Extraordinaria y Universal de accionistas, celebrada con fecha 23 de noviembre de 2010, adoptó por unanimidad, entre otros acuerdos, la aceptación del desistimiento realizado por el accionista que instó la solicitud de auditor al Registro Mercantil y nombrar auditor de cuentas para los ejercicios cerrados entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2012 a la sociedad «Lealtadis Auditores, S.L.».

III

El Registrador Mercantil XIV de Madrid, con fecha 7 de febrero de 2012, 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, se aporta copia del Acta de la Junta general celebrada el 26 de noviembre de 2010 y certificación de dicha Junta expedida el día 26 de noviembre de 2010 por el Secretario del Consejo de administración, del acuerdo tercero adoptado en dicha Junta comprensivo del nombramiento de auditor de la compañía para los ejercicios 2010 a 2012 a la sociedad «Lealtadis Auditores, S.L.», y se acompaña escrito suscrito el día 23 de noviembre de 2010 por don ....., en nombre y representación de la sociedad auditora aceptando el nombramiento. Si bien de la certificación de la Junta general y del escrito de aceptación se desprende que son anteriores a la fecha de presentación de la solicitud que nos ocupa, lo cierto es que el artículo 1227 del Código Civil dispone que la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros –y en este caso el solicitante lo es– sino desde el día en que se hubiese incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio, y en el presente caso no se produce la concurrencia de ninguna de estas circunstancias hasta el día que se legitiman notarialmente las firmas del Secretario y del Presidente del Consejo de Administración que constan en la certificación del acuerdo del nombramiento de auditor, esto es el día 27 de enero de 2012 y la del escrito de aceptación del cargo, legitimada el día 30 de enero de 2012, por lo que no queda acreditado fehacientemente que el nombramiento de auditor y posterior aceptación fueran previos a la solicitud. No cumpliéndose el primero de los requisitos para que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas pueda enervar el derecho del socio minoritario, es irrelevante que se pudiera garantizar al socio la existencia del informe, pues dicho nombramiento no enerva su derecho al nombramiento registral del auditor solicitado.

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. Añadiendo: 1.º) Que es indiscutible que para que los documentos privados cuenten frente a terceros es preciso que cumplan algunas de las condiciones del artículo 1227 del Código Civil, sin embargo si hacen prueba entre las partes. En el caso presente el solicitante de la auditoría no puede tener la consideración de tercero, puesto que en la Junta de 23 de diciembre de 2010 el socio solicitante votó a favor del nombramiento de auditor de cuentas. 2.º) Que debe tomarse en cuenta que el Acta de la Junta es un documento unitario y que la certificación de todo o parte de los acuerdos debe ser considerada suficiente para que la fecha de la celebración de la Junta sean tenidas como ciertas también respecto de terceros. 3.º) Que la actuación del socio suscita sospecha en cuanto a la buena fe, dado que pretende forzar la marcha de la compañía para garantizar la consecución de sus propios fines.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 debe tener en cuenta no solo la fecha de nombramiento de auditor, que fue uno de lo acuerdos de la Junta General de 23 de diciembre de 2010, sino también que el contrato de auditoría se perfecciona con el concurso de la oferta y de la aceptación y en este caso la fecha de la aceptación del auditor de cuentas voluntario y, en definitiva de la perfección del contrato, solo puede contar frente a terceros –y el socio peticionario en este caso lo es, porque pretende ejercitar un derecho en contra de la manifiesta oposición de la sociedad –cuando reúne alguna de las circunstancias que cita el artículo 1227 del Código Civil. El documento de aceptación del auditor de cuentas voluntariamente designado fue legitimado por Notario el 30 de enero de 2012, es decir, posteriormente a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil y, por tanto, conforme a la doctrina expuesta no puede enervar la pretensión del solicitante.

2.º Tampoco puede prosperar 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 *(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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., Presidente y Delegado del Consejo de Administración de la entidad mercantil «Bogey, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XIV de Madrid el 7 de febrero de 2012.

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, 19 de noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil XIV de Madrid.

Resolución de 22 de noviembre de 2012

En el expediente 21/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Proart, S.A.».

HECHOS

I

Doña ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 9 de enero de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Proart, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen de los ejercicios contables comprendidos entre 2008 y 2011. Adjuntaba a su instancia la sentencia de 29 de julio de 2011, dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de los de Madrid, estimando la demanda de impugnación de los acuerdos aprobados por la Junta General el 30 de junio de 2008.

II

La sociedad, a través de su administrador, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que respecto a la sentencia que la solicitante adjuntó a su instancia, cabe señalar que la acción de impugnación de los acuerdos sociales por ella iniciada, abarcó solo los adoptados la Junta General en la reunión de 30 de junio de 2008 y, finalmente, la demanda fue desestimada por la Audiencia Provincial de Madrid. 2.º) Que se solicita la auditoría de las cuentas correspondientes a tres ejercicios sociales fuera del plazo legalmente establecido, como se desprende del tenor literal de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Si la solicitante consideró que el acuerdo de nombramiento de auditor realizado por la Junta General el 30 de diciembre de 2008 era nulo, debió proceder a solicitarlo al Registrador Mercantil en los tres meses siguientes a la celebración de dicha Junta General. 3.º) Que, por último, la sociedad ya procedió a reelegir a su auditora de cuentas, doña ....., en la reunión celebrada el 13 de septiembre de 2011 para verificar las cuentas correspondientes a ese ejercicio económico.

III

El Registrador Mercantil número XV de Madrid, con fecha 25 de enero de 2012, requirió a la sociedad para que en el plazo de diez días aportará al expediente la documentación acreditativa del nombramiento realizado. A lo que la sociedad respondió mediante escrito de 7 de febrero de 2012 al que adjuntó acta notarial de la Junta General celebrada el 13 de septiembre de 2011, certificado de los acuerdos adoptados, expedido por el administrador de la sociedad don ..... y carta de aceptación de la auditora de cuentas de 31 de enero de 2011.

IV

El Registrador Mercantil número XV de Madrid, con fecha de 13 de febrero de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Mantuvo, en primer lugar que la competencia del Registrador Mercantil para nombrar auditor de cuentas está indisolublemente unida a los casos establecidos en la ley. Conforme al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas debe presentarse al cabo de los tres meses del cierre del ejercicio a auditar y solo podrá instarse la verificación de las cuentas correspondientes al último ejercicio vencido. Por tanto, el plazo para presentar la solicitud no queda supeditado a la aprobación de las cuentas anuales por la Junta General, sino a que no hayan transcurrido tres meses del ejercicio a auditar. Respecto a la auditoría voluntaria alegada por la sociedad, señaló que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad no concurre la primera 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, si bien se ha acreditado que el nombramiento de auditor es anterior a la presentación de la instancia del socio minoritario en el Registro Mercantil, la aceptación de la auditora es de fecha posterior. No cumpliéndose el primero de los requisitos es irrelevante la inscripción o no del nombramiento.

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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 y 13 de mayo de 2010.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad. En primer lugar, el Registrador Mercantil rechazó acertadamente la solicitud de auditoría para ejercicios contables anteriores al inmediatamente vencido, es decir, al 2011 de tal manera que, respecto de este último, la instancia solicitando el nombramiento de auditor de cuentas cumple la condición temporal exigida el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y por ello debe ser admitida respecto de este último ejercicio.

2.º En segundo lugar, se ha de señalar que tanto si se trata de un nuevo nombramiento voluntario de auditor por parte de la sociedad como si se trata de una reelección del ya nombrado, la ley reconoce al socio minoritario el derecho al nombramiento por el Registrador Mercantil y solo como excepción a esta regla general este Centro Directivo ha mantenido que el nombramiento por cualquiera de los órganos sociales –Junta general o administradores– puede enervar su derecho si acredita el cumplimiento de una doble condición: *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 toda la documentación que consta en el expediente resulta que la sociedad no acreditó la primera de las condiciones necesarias exigidas, puesto que el contrato con la auditora de cuentas se perfeccionó mediante su aceptación que tuvo lugar el 31 de enero de 2011 y, por tanto, con posterioridad a que la socia minoritaria ejerciera su derecho. Tal como indicó el Registrador Mercantil en el acuerdo recurrido, no cumpliéndose la primera de las condiciones exigidas es indiferente para el reconocimiento del derecho que se cumpla la segunda por cualquiera de los medios indicados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., como administrador de «Proart, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XV de Madrid el 13 de febrero de 2012.

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 noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XV de Madrid.

Resolución de 26 de noviembre de 2012 (1.ª)

En el expediente 23/2012 sobre nombramiento de auditor de cuentas a instancia de un socio de «Cerámicas Myr, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Castellón, el 30 de enero de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Cerámicas Myr S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

La sociedad, a través de su representante, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante indica en su escrito que la sociedad no está obligada a la verificación contable sin embargo esta aseveración es errónea, dado que la sociedad no cumple ninguna de las tres premisas que le permitirían presentar sus cuentas en forma abreviada en el Registro Mercantil, circunstancias que le exonerarían de la verificación contable. 2.º) Que la Junta General con fecha de 30 de junio de 2011, antes de finalizar el ejercicio a auditar, de acuerdo con el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital nombró auditora de cuentas para la revisión de las correspondientes a 2011, según consta en la escritura pública de 13 de junio de 2011, autorizada por la Notaria de Valencia, doña ....., bajo el número 441 de su Protocolo.

III

El Registrador Mercantil de Castellón de la Plana, con fecha 13 de febrero de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Mantuvo que el artículo 214 de la Ley de Sociedades de Capital, que señala que el nombramiento de los administradores produce efectos desde la aceptación, precepto que es aplicable al nombramiento de auditor, conforme al artículo 154 del Reglamento del Registro Mercantil, las Resoluciones de 16 de mayo y 13 de octubre de 2005, que aplican el artículo 1227 del Código Civil a los documentos privados presentados al Registro, de lo que resulta que el nombramiento de auditor se ha formalizado el día de aceptación y esta aceptación se ha producido días después de la solicitud de la minoría.

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 verdadero propósito del socio solicitante es causar un perjuicio económico a la sociedad y para ello adujo que la sociedad no está obligada a la verificación contable.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 La primera cuestión que plantea el presente recurso se centra en determinar si el nombramiento de auditor de cuentas alegado por la sociedad puede considerarse ajustado a las prescripciones que la Ley de Sociedades de Capital exige para aquellas sociedades que no puedan presentar en el Registro Mercantil sus cuentas anuales en forma abreviada –entre las cuales, alega el recurrente, se encuentra la entidad mercantil afectada por la presente solicitud–. Al respecto se ha de señalar que, siendo la verificación contable por auditor de cuentas una obligación legal para este tipo de sociedades, la Ley configura un conjunto de requisitos ineludibles que debe reunir el nombramiento de auditor de cuentas por la sociedad para que puedan inscribirse en el Registro Mercantil a fin de que las cuentas anuales de determinados ejercicios puedan depositarse junto con el informe emitido por dicho auditor de cuentas.

Conforme al artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital la Junta General, antes de que finalice el ejercicio a auditar, deberá proceder al nombramiento de auditor por un período de tiempo inicial, que no podrá ser inferior a tres años ni superior a nueve, a contar desde la fecha en que se inicie el primer ejercicio a auditar. Y, de una interpretación conjunta del precitado artículo con el artículo 214 de la misma ley de Sociedades de Capital y con el artículo 154 del Reglamento del Registro Mercantil, se llega a la conclusión el nombramiento de auditor requiere la inscripción del acuerdo de nombramiento y de la aceptación del nombrado, así como el periodo inicial y, en su caso, las prórrogas de fecha anterior a la presentación de las cuentas en el Registro Mercantil para su depósito.

En el caso presente, la sociedad no ha precisado una cuestión fundamental que es el periodo inicial por el que fue nombrado el auditor de cuentas y, no constando cuáles son los ejercicios a auditar, cualquier socio podrán solicitar del Registrador Mercantil del domicilio social la designación de la persona o personas que deban realizar la auditoría del ejercicio económico vencido *(cfr.* art. 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Consecuentemente, tanto en el caso de que la sociedad se encuentre obligada a la verificación de sus cuentas

anuales como en el caso de que, aun no estándolo originariamente, resulta obligada a ello con posterioridad por haberlo solicitado un socio minoritario, en base a los dispuesto n el artículo 265.2 de la precitada ley, se estima procedente el nombramiento por el Registrador Mercantil, pues el alegado por la sociedad no acredita una cuestión esencial que es la relativa al objeto del contrato de auditoría o, dicho de otra forma, los ejercicios económicos sujetos a la verificación contable.

2.º Respecto a la buena o mala fe del solicitante, este Centro Directivo ha mantenido en reiteradas ocasiones que 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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don …., en nombre y representación de «Cerámicas Myr, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Castellón de la Plana el 13 de febrero de 2012.

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 noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Castellón.

Resolución de 26 de noviembre de 2012 (2.ª)

En el expediente 25/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Comercial Dyser, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 10 de enero de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 45% del capital social de «Comercial Dyser, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012. Adjuntó a su solicitud fotocopia de primera copia de la escritura de elevación a público de los acuerdos sociales de la sociedad «Comercial Dyser, S.L.»: aumento de capital social y modificación de artículo estatutario, otorgada en fecha 17 de enero de 1994, ante el Notario de Igualada don ....., número 44 de protocolo, en la que consta que el solicitante suscribió 1.350 participaciones sociales, las números 1.651 al 3.000, ambas inclusive.

II

La sociedad, a través de su administrador, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que ha sido administrador mancomunado de la sociedad hasta el 30 de noviembre de 2011, impidiéndole dicho cargo el ejercicio de un derecho que le correspondería siendo únicamente socio, pues no solo ha tenido pleno conocimiento de la situación contable de la sociedad sino que además es uno de los causantes y responsables de la situación económica en que se encuentra. 2.º) Que las causas que alega no son ciertas por cuanto la Junta universal y extraordinaria, celebrada el 30 de noviembre de 2011, tiene su origen en la convocatoria de Junta General Extraordinaria de Socios realizada por su administrador único, en la que señalaba como tercer punto del orden del día, el examen de la situación económica de la sociedad, y como sexto punto del orden del día, el cese de los administradores y nombramiento de nuevos, habida cuenta que se estaban detectando irregularidades en la gestión del señor ..... y se sospechaba que dicho Administrador estaba incurriendo en competencia desleal respecto a la sociedad, siendo incierto que se evitara entrar en el tema económico y se pospusiera *sine die*. 3.º) Que, debido a dichas irregularidades, la situación económica es muy delicada y cabe calificarla como otra circunstancia especial para la oposición al nombramiento de auditor solicitado, ya que dicha sociedad no puede hacer frente temporalmente al coste que supondría la realización de una auditoría. 4.º) Que el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil permite excepciones al nombramiento de auditor de cuentas si concurren circunstancias especiales como lo son las alegadas.

III

La Registradora Mercantil número VII de Barcelona, con fecha 27 de enero de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reúne las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas mantuvo que el hecho de que el solicitante haya sido Administrador mancomunado de la sociedad hasta el 30 de noviembre de 2011, no constituye causa de oposición que el solicitante. Sobre esta cuestión la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones manteniendo que, la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le atribuye por su condi-

ción de socio de la compañía. Esta incompatibilidad solo se daría si el solicitante hubiera administrado con carácter exclusivo los asuntos sociales o si fuera administrador solidario, pues en estos supuestos habría podido contratar los servicios profesionales de un auditor de cuentas como un acto propio de la gestión social. En segundo lugar, en cuanto al hecho alegado relativo a que el solicitante tenía pleno conocimiento de la situación contable de la sociedad «Comercial Dyser, S.L.», es preciso señalar que existe abundantísima doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado señalando que no pueden, en modo alguno, confundirse el derecho a conocer y examinar las cuentas sociales, o derecho de información que asiste a todos los socios de entidades mercantiles, con independencia del porcentaje de capital que ostenten en la compañía con el derecho a la verificación contable que reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital a aquellos que reúnan un porcentaje de acciones o participaciones sociales equivalentes al menos al 5% de capital social y que presenten su solicitud dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio a auditar. Resulta evidente que ambos derechos, aunque relacionados, son distintos tanto por la finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio, ya que este último tiene la finalidad de que las cuentas anuales sean verificadas por un auditor de cuentas ajeno a la estructura empresarial de la sociedad afectada por la solicitud, siendo así que el ejercicio de uno no puede impedir ni obstaculizar el ejercicio de otro. Así resulta de los artículos 196,197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Sobre la alegación de que las causas alegadas por el solicitante no son ciertas, numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado señalan que la causa de la solicitud del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de auditoría, motivo por el cual la inexpresión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles. Por último sobre la actitud negligente del solicitante cuando fue administrador la actuación negligente del solicitante del presente expediente, por cuanto el mismo es causante y responsable de la situación económica de la sociedad «Comercial Dyser, S.L.», y sospechar que estaba incurriendo en competencia desleal respecto de la citada mercantil, debiendo señalarse que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha venido estableciendo que resulta imposible analizar en este trámite, dado lo limitado del conocimiento que tiene atribuido, las razones o motivaciones que llevan al socio a requerir 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 de buena fe (art. 7 del Código Civil) y no ampara, por el contrario, el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (art. 1902 del Código Civil) para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 20 de abril de 2010, entre otras).

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 265.2 de la Ley de Sociedades Capital 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. En efecto, el hecho de que el solicitante haya sido administrador mancomunado no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le atribuye por su condición de socio de la compañía, pues esta incompatibilidad solo se daría si hubiera administrado con carácter exclusivo los asuntos sociales o si fuera administrador solidario –lo que no ocurre en el caso presente– pues en estos supuestos habría podido contratar por sí mismo los servicios profesionales de un auditor como un acto propio de la gestión social.

2.º Tampoco puede ser causa obstativa de la solicitud de auditoría de cuentas el conocimiento que el peticionario tuvo de la contabilidad social y de la situación financiera y contable de la empresa, pues los derechos de información y auditoría, aunque relacionados y complementarios, son distintos tanto por la finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio, ya que este último tiene la finalidad de que las cuentas anuales sean verificadas por un auditor de cuentas ajeno a la estructura empresarial de la sociedad afectada por la solicitud, siendo así que el ejercicio de uno no puede impedir ni obstaculizar el ejercicio de otro. Así resulta de los artículos 196,197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital.

3.º Por lo que se refiere a la falsedad de las causas alegadas en la solicitud, este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente, en relación con el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas –reproducido en idénticos términos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital– que la causa de la solicitud hay que buscarla en el deseo del legislador de que la contabilidad societaria formulada por los órganos gestores pueda ser controlada por los accionistas minoritarios. En este hilo argumental hay que constatar, que la causa de la solicitud del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es siempre y típicamente la misma, a saber: la inexistencia de auditoría, razón por la cual el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que instrumentó las solicitudes basadas en aquel precepto no exige la expresión, de alcance meramente formal, de la causa, sin que quepa aplicar por analogía con el artículo 350 del mismo cuerpo legal que queda enlazado con otro supuesto que es el del artículo 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, completamente diferente al número 2 del mismo artículo.

4.º Por último, sobre la alegación que cuestiona la diligencia del peticionario como administrador y la posible vulneración de la prohibición de com-

petencia desleal, no pueden enervar el derecho a la verificación contable, 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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, don ....., administrador único de «Comercial Dyser, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número VII de Barcelona el 27 de enero 2012.

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 noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VII Barcelona.

Resolución de 26 de noviembre de 2012 (3.ª)

En el expediente 12/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Almacén de Materiales Los Extremeños, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Badajoz, el 13 de enero de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital

social de «Almacén de Materiales Los Extremeños, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la sociedad el 16 de diciembre de 2011 procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo a la firma auditora «Haz de Servicios Externos, S.L.P.U.», por un periodo de tres anualidades, es decir, incluido el ejercicio 2013. Adjuntaba a su escrito el acuerdo de nombramiento de auditor de cuentas con legitimación notarial de su firma de fecha 21 de diciembre de 2011.

III

El Registrador Mercantil de Badajoz, con fecha 31 de enero de 2012, acordó estimar la oposición de la sociedad por estimar que había enervado el derecho del solicitante, al haber constatado por el historial registral de la compañía y por los documentos adjuntos a su escrito de oposición que contrató un auditor voluntario de las cuentas anuales de tres ejercicios económicos, incluido el ejercicio 2011.

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 no fue convocado a ninguna Junta general en la que figurase como orden del día el nombramiento de un auditor de cuentas. Dicho de otro modo, del historial registral de la sociedad no se deduce que se hubiera nombrado auditor de cuentas por la Junta general de la compañía. 2.º) Que del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que única y exclusivamente procede el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil cuando la Junta general no hubiera nombrado al auditor antes de que finalice el ejercicio a auditar, debiendo hacerlo, o la persona nombrada no acepten el cargo o no pueda cumplir sus funciones.

V

A la vista de las alegaciones del recurrente, este centro Directivo solicitó del Registrador Mercantil, mediante diligencia para mejor proveer, de 4 de diciembre de 2012, copia de la hoja registral de la sociedad afectada por la solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Reso-

luciones 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 respecto a la primera alegación formulada por el recurrente que las obligaciones relativas a la competencia de la Junta general para nombrar auditor de cuentas y aquellas relativas al plazo del nombramiento, solo incumben a las sociedades obligadas por ley a depositar sus cuentas en el Registro Mercantil acompañadas del informe de gestión y del informe de auditoría, es decir, aquellas que no pueden presentar sus cuentas en forma abreviada. Por el contrario, en aquellas otras sociedades que, en principio, no están sujetas a dicha obligación legal, el órgano de administración puede contratar los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración.

2.º Sin embargo, una vez sentado lo anterior, procede admitir la pretensión del recurrente, puesto que si bien es cierto que esta Dirección General ha admitido que la auditoría voluntaria de la sociedad puede, en determinadas ocasiones, enervar el derecho del solicitante por entender que, en realidad, el artículo 265.2 de la LSC reconoce a la minoría social el derecho a un informe de las cuentas anuales de un determinado ejercicio realizada por un experto independiente, sin que pueda entenderse frustrado este derecho del socio por el origen del nombramiento –judicial, voluntario o registral–, no es menos cierto que siempre ha exigido la concurrencia de 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, aun cuando la sociedad nombró voluntariamente auditor de cuentas con anterioridad a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia solicitando el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador, no ha cumplido la segunda condición exigida por esta Dirección General para enervar el derecho del socio minoritario, puesto que no ha garantizado su derecho al informe de auditoría del ejercicio 2011, dado que la sociedad no pudo inscribir el nombramiento de auditor que alegó por encontrarse el Registro Mercantil cerrado por falta de depósito de cuentas. Tampoco ha garantizado el derecho del socio por los otros dos medios indicados, es decir, aportando el informe al expediente o poniéndolo a su disposición, por lo cual ha de ser reconocido su derecho al nombramiento de auditor de las cuentas del ejercicio 2011 por el Registrador Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., solicitante de la auditoría de cuentas para la

sociedad «Almacén de Materiales Los Extremeños, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Badajoz el 31 de enero de 2012 y declarar la procedencia del nombramiento 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, 26 de noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Badajoz.

Resolución de 26 de noviembre de 2012 (4.ª)

En el expediente 11/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Jóvenes Constructores Extremeños, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Badajoz, el 13 de enero de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Jóvenes Constructores Extremeños, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

La sociedad, a través de su representante, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la sociedad el 16 de diciembre de 2011 procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo a la firma auditora «Haz de Servicios Externos, S.L.P.U.», por un periodo de tres anualidades, es decir, incluido el ejercicio 2013. Adjuntaba a su escrito el acuerdo de nombramiento de auditor de cuentas con legitimación notarial de su firma de fecha 21 de diciembre de 2011.

III

El Registrador Mercantil de Badajoz, con fecha 31 de enero de 2012, acordó estimar la oposición de la sociedad por estimar que había enervado el derecho del solicitante, al haber constatado por el historial registral de la compañía y por los documentos adjuntos a su escrito de oposición que ésta contrato un auditor voluntario de las cuentas anuales de tres ejercicios económicos, incluido el ejercicio 2011.

IV

Contra dicha 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 no fue convocado a ninguna Junta general en la que figurase como orden del día el nombramiento de un auditor de cuentas. Dicho de otro modo, del historial registral de la sociedad no se deduce que se hubiera nombrado auditor de cuentas por la Junta general de la compañía. 2.º) Que del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que única y exclusivamente procede el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil cuando la Junta general no hubiera nombrado al auditor antes de que finalice el ejercicio a auditar, debiendo hacerlo, o la persona nombrada no acepten el cargo o no pueda cumplir sus funciones.

V

A la vista de las alegaciones del recurrente, este centro Directivo solicitó del Registrador Mercantil, mediante diligencia para mejor proveer, de 4 de diciembre de 2012, copia de la hoja registral de la sociedad afectada por la solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 respecto a la primera alegación formulada por el recurrente que las obligaciones relativas a la competencia de la Junta general como órgano competente para nombrar auditor de cuentas y aquellas relativas al plazo del nombramiento, solo incumben a las sociedades obligadas por ley a depositar sus cuentas en el Registro Mercantil acompañadas del informe de auditoría y el informe de gestión, es decir, aquellas que no pueden presentar sus cuentas en forma abreviada. Por el contrario, en aquellas otras sociedades que, en principio, no están sujetas a dicha obligación legal, el órgano de administración puede contratar los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración.

2.º Sin embargo, una vez sentado lo anterior, procede admitir la pretensión del recurrente, puesto que si bien es cierto que esta Dirección General ha admitido que la auditoría voluntaria de la sociedad puede, en determinadas ocasiones, enervar el derecho del solicitante por entender que, en realidad, el artículo 265.2 de la LSC reconoce a la minoría social el derecho a un informe de las cuentas anuales de un determinado ejercicio realizada por un experto independiente, sin que pueda entenderse frustrado este derecho del socio por el origen del nombramiento –judicial, voluntario o registral–, no es menos cierto que siempre ha exigido la concurrencia de 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, aun cuando la sociedad nombró voluntariamente auditor de cuentas con anterioridad a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia solicitando el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador, no ha cumplido la segunda condición exigida por esta Dirección General para enervar el derecho del socio minoritario, puesto que no ha garantizado su derecho al informe de auditoría del ejercicio 2011, dado que la sociedad no pudo inscribir el nombramiento de auditor que alegó por encontrarse el Registro Mercantil cerrado por falta de depósito de cuentas. Tampoco ha garantizado el derecho del socio por los otros dos medios indicados, es decir, aportando el informe al expediente o poniéndolo a su disposición, por lo cual ha de ser reconocido su derecho al nombramiento de auditor de las cuentas del ejercicio 2011 por el Registrador Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don ..... solicitante de la auditoría de cuentas para la sociedad «Jóvenes Constructores Extremeños, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Badajoz el 31 de enero de 2012 y declarar la procedencia del nombramiento 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, 26 de noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Badajoz.

Resolución de 26 de noviembre de 2012 (5.ª)

En el expediente 24/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Obravil, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Castellón, el 1 de febrero de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Obravil, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

Notificada la sociedad de la presentación de dicha instancia, ésta no formuló oposición a la solicitud de auditoría instada por el socio minoritario.

III

El Registrador Mercantil de Castellón, con fecha 8 de febrero de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos y a sociedad no formuló oposición al nombramiento de auditor de cuentas.

IV

El 3 de marzo de 2012, don ....., en su condición de administrador único de la sociedad afectada por la solicitud de auditoría, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando en esencia que la Junta General de la sociedad había procedido, de forma voluntaria, a nombrar auditor de cuentas, nombramiento que recayó en la empresa «Adade Auditores, S.L.», tal como se justifica mediante copia de la escritura pública autorizada por don ....., bajo el número 3.734 de su protocolo. Evidentemente esta escritura no se llegó a inscribir debido a la impugnación de los acuerdos que aprobaron las cuentas anuales desde el año 2005, estando la sociedad en disolución con el voto favorable del socio solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 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 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 No puede prosperar en esta resolución la auditoría voluntaria alegada por la sociedad, pues como ha mantenido este Centro Directivo para que la auditoría contratada por la sociedad pueda enervar el derecho del socio que ha acreditado las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas, debe reunir dos condiciones concurrente: *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 solo ha acreditado mediante el acta notarial de 17 de diciembre de 2010, el nombramiento de auditor por la Junta general, sin embargo no consta acreditada la aceptación del representante de dicha firma auditora. Como quiera que el contrato de auditoría se perfecciona con la aceptación del auditor *(cfr.* art. 1262 del Código Civil) se ha de mantener que no concurre la primera de las condiciones exigidas por esta Dirección general y, en consecuencia, debe ser reconocido el derecho del socio al nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil.

2.º Finalmente, se ha de señalar que poco ha de importar para que prospere el nombramiento solicitado por la minoría, el hecho de que exista un acuerdo de la Junta General aprobando su disolución, pues también en esta fase existe la obligación de formular cuentas y puede ejercitarse el derecho reconocido a los socios por el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital, el cual solo está condicionado a que el solicitante reúna las condiciones de capital y tiempo que dicho precepto establece.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., administrador único «Obravil, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Castellón de la Plana el 8 de febrero de 2012.

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 noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Castellón.

Resolución de 28 de noviembre de 2012

En el expediente 26/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Agropecuaria Puy, S.L.».

HECHOS

I

Doña ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Lleida el 31 de enero de 2012 solicitando, al amparo, artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y de los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 25% del capital social de «Agropecuaria Puy, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificará las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su representante, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Falta de legitimación de la solicitante, dado que no se dirigió a la sociedad para comunicar la adquisición de participaciones sociales. Es más, la escritura de cesión de bienes a cambio de pensión vitalicia incurre en nulidad radical, tal como se infiere de una simple lectura de la misma. 2.º) La causa de la petición de nombramiento de auditor es errónea, dado que el conocimiento de la situación patrimonial y financiera de la empresa es el objeto de la auditoría pero no la causa de ésta. Además de no haber intentado obtener información, la solicitante utiliza este derecho como medio de presión a la sociedad.

III

La Registradora Mercantil de LLeida, con fecha 7 de febrero de 2012, acordó estimar la solicitud formulada, dado que por escritura autorizada por el Notario de Lleida don ....., número 155 de su Protocolo, don ..... cedió y transmitió el pleno dominio de 72 participaciones sociales a cambio de una renta vitalicia. El que no haya existido comunicación a la sociedad no es causa de nulidad de la transmisión invocada, máxime si está contemplada en los Estatutos sociales la posibilidad de los socios de transmitirlas a su cónyuge, ascendientes o descendientes por actos intervivos. Respecto al abuso de derecho, reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que 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. Finalizó el acuerdo señalando que la ley exige que se faciliten a los socios los datos de la compañía y además que éstos puedan solicitar que sean verificados por un auditor de

cuentas nombrado por el Registrador Mercantil. Los derechos de información y auditoría se tratan de derechos que aunque relacionados y complementarios resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a sus condiciones de ejercicio, no siendo necesario acudir a la sociedad para solicitar información o para comunicar la intención de solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, ya que en este tipo de expedientes la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa.

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 255.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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, 4 de febrero de 2004, 30 de septiembre 8 de noviembre de 2005, 24 de mayo de 2007.

1.º No pueden prosperar, frente a los fundamentos de la resolución recurrida ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad. En primer lugar, niega la sociedad la legitimación de la peticionaria por entender que el contrato de cesión de bienes a cambio de una renta vitalicia se encuentra incurso en nulidad radical. Pues bien, al respecto se ha se señalar que este procedimiento no es el adecuado para dilucidar la validez del contrato de cesión documentado en la escritura pública adjunta a la instancia, por el que la peticionaria adquirió 72 participaciones sociales de la empresa, dado que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide a este Centro Directivo conocer dichas cuestiones y, dado también que las cuestiones sobre la validez o posibles causas de ineficacia de los contratos son competencia de Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional civil.

La falta de notificación que la sociedad alega, tampoco puede cuestionar la legitimación ya acreditada sobre la base de la escritura pública de cesión de bienes, en la que la solicitante fundó su derecho, pues cuando la Ley atribuye al adquirente de participaciones sociales los derechos del socio que podrá ejercer frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión, no está supeditando el ejercicio de esos derechos a la mera comunicación a los órganos sociales, ni mucho menos a la notificación a los mismos, sino al conocimiento por parte de la sociedad, concepto muy diferente y más

amplio que los anteriores. Pero, aun cuando ello fuera así –que no lo es– hay constancia en el expediente de la notificación realizada a la sociedad por la Registradora Mercantil de Lleida, trasladando la solicitud de nombramiento de auditor y la documentación adjunta a la instancia al órgano de administración social.

2.º Tampoco puede prosperar las matizaciones que la representación recurrente realiza sobre lo que es el objeto de la auditoría de cuentas y la causa de la petición. Como ha mantenido este centro Directivo en numerosas resoluciones en relación con el antiguo artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas –reproducido en idénticos términos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital– la causa de la petición hay que buscarla en el deseo del legislador de que la contabilidad societaria formulada por los órganos gestores pueda ser controlada por los accionistas minoritarios. Por ello, la causa de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es siempre y típicamente la misma, a saber: la inexistencia de auditoría, razón por la cual el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que regula las solicitudes basadas en aquel precepto no exige la expresión, de alcance meramente formal, de la causa, sin que quepa aplicar por analogía el artículo 350 del mismo cuerpo reglamentario, que queda enlazado con otro supuesto que es el del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, completamente diferente al número 2 del mismo artículo.

3.º En cuanto a la falta de ejercicio por parte de la peticionaria del derecho de información, también ha sido reiterada la doctrina mantenida por este Centro Directivo, conforme a la cual los derechos de información y auditoría aunque relacionados y complementarios, son distintos tanto por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones exigidas para su ejercicio *(cfr.* arts. 196, 197 y 272 de la ley de Sociedades de Capital).

4.º Por último, las motivaciones que hayan llevado a la peticionaria a solicitar la auditoría de cuentas no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que 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.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., representante de «Agropecuaria Puy, S.L.», y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Lleida de 8 de febrero de 2012.

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 noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Lleida.

Resolución de 29 de noviembre de 2012

En el expediente 27/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Kirche, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, el 18 de enero de 2012, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Kirche, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas. Alegó que la causa de la solicitud reside en el incumplimiento del acuerdo adoptado en la Junta General celebrada en 2010 para auditar sus cuentas.

II

La sociedad, a través del Presidente del Consejo de Administración, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que por acuerdo adoptado en la Junta General Ordinaria de la sociedad celebrada el 21 de junio de 2010 se aprobó que las cuentas anuales de la sociedad fueran auditadas por una empresa especializada en la materia, recayendo en la socia doña ..... el encargo de buscar entre varias empresas la que considerara más conveniente a los intereses de la misma, y que por otra Junta de igual carácter que la anterior, celebrada el 26 de julio de 2011 se adoptó el acuerdo de renunciar a dicha auditoría debido al coste económico y los escasos resultados prácticos que se espera de ella. 2.º) Que el único motivo que se expresa en la solicitud respecto del nombramiento de auditor de cuentas corresponde al acuerdo de la Junta General de 21 de junio de 2010, por el que tal nombramiento quedaba pendiente de recabar varios presupuestos y luego se decidiría. Sin embargo, este acuerdo de 2010 fue anulado por decisión de la mayoría de socios en la Junta General Ordinaria de 26 de julio de 2011 y, en su consecuencia, no ha habido en ningún momento incumplimiento de los acuerdos de la Junta, sino otro acuerdo de la misma anulando el anterior. 3.º) Que respecto a la presente solicitud de nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2010, solicitada por primera vez por uno de los socios, la misma

no ha sido realizada en legal forma y dentro de plazo, pues el cierre de las cuentas correspondientes al ejercicio de 2010 se produjo en diciembre de ese año, por lo que la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas presentada el día 18 de enero de 2012 se encuentra fuera del plazo legal para ello, ya que el artículo 265.2 de la Ley de sociedades establece el plazo de tres meses a contar desde la fecha de cierre del ejercicio, y por lo tanto debe desestimarse su solicitud, al no haberse solicitado en el plazo legal.

III

El Registrador Mercantil de las Palmas, con fecha 7 de febrero de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo, con referencia al punto primero del primer argumento del escrito de oposición que la Dirección General de los Registros y del Notariado en reiteradas Resoluciones *(vgr.* de 3, 4, 17, 23, 24, 25, 26, 30 de abril de 1991, y en especial la de 6 de mayo del dicho año), ha señalado como una de las pruebas documentales de que no procede el nombramiento de auditor recogida en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, el hecho de que la sociedad haya designado ya un auditor, o que tenga una auditoría del ejercicio en cuestión ya realizada; pero en estos casos exige, o bien la inmediata puesta a disposición de la auditoría realizada al socio minoritario que ha solicitado el nombramiento de auditor, o bien la presentación en el Registro Mercantil correspondiente de la certificación de los pertinentes acuerdos sociales que contengan tal nombramiento para proceder a su inmediata inscripción, pero en el presente caso, tales circunstancias no se han producido, puesto que ni siquiera se ha podido tomar el acuerdo en Junta General para la designación del auditor, con lo cual quedarían conculcados los derechos de los socios minoritarios que tanto el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital como el artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil pretenden preservar. Respecto al punto segundo del mismo apartado primero del escrito de oposición, el Registrador no puede entrar a considerar la existencia o no de motivaciones para solicitar el nombramiento de auditor, bastando con que se exprese, de conformidad con el artículo 351.1-3.ª del Reglamento del Registro Mercantil, la causa de la solicitud, sin prejuzgar si la misma es o no suficiente, sin que por otro lado sea necesario que en las peticiones de nombramiento de auditor, encausadas por la vía del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no precisan contener la causa de la solicitud, la cual es siempre y típicamente la misma, a saber, la inexistencia de una auditoría del período para el que se la solicita, tal y como tiene establecido la Dirección General de los Registros y del Notariado en varias Resoluciones, sin que el Registrador pueda entrar a dilucidar las actitudes y conflictos de índole personal que puedan existir entre los socios, o entre éstos y los administradores de la Sociedad, cuestiones éstas que escapan al ámbito de la calificación registral, de conformidad con los artículos 6 y 58 del Reglamento del Registro Mercantil. Siendo además la solicitud de la auditoría compatible con el ejercicio de los socios de su derecho de información, pues el interés que persigue el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no se satisface con que la sociedad facilite información contable, ya que la finalidad perseguida con el otorgamiento al socio de la facultad de pedir el nombramiento de auditores, no se agota con la simple obtención de información. Así lo confirman las Resoluciones de 15 de octubre y 24 de noviembre de 1999 que establecen que el hecho de que los socios puedan acceder a la información de las cuentas anuales, no impide la solicitud de nombramiento de auditor, pues son dos derechos distintos, el derecho a la auditoría y el derecho a la información. Respecto al segundo motivo del escrito de oposición, el apartado 1.º del artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil establece que los socios de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada o de sociedades comanditarias por acciones no obligadas a la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión podrán solicitar del

Registrador Mercantil del domicilio social el nombramiento de uno o varios auditores de cuentas, con cargo a la sociedad, sin más requisitos que los establecidos en dicho artículo, pudiendo la Sociedad oponerse conforme al apartado segundo del artículo 354 del referido Reglamento si niega la legitimación del solicitante o aporta prueba documental de que no procede el nombramiento, cuestiones estas que no han sido discutidas por la sociedad.–En el caso que nos ocupa claramente se deduce que, aunque no consta en la solicitud el ejercicio a que se refiere, y no siendo posible para los ejercicios anteriores por haber transcurrido el plazo previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el párrafo 2.º del apartado 1.º del artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil la solicitud de nombramiento de auditor, tiene que ser para el ejercicio de 2011, el único que pude auditarse conforme a lo estipulado en dichos artículos por ser el último transcurrido, es decir, el finalizado el 31 de diciembre de 2011. Así viene establecido, entre otras, en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo de 1991 y 21 de octubre de 2003. Y respecto a la fecha de presentación del escrito solicitando el nombramiento de auditor, en la comunicación dirigida a la Sociedad por el Registrador Mercantil que suscribe haciéndole saber conforme a lo establecido en el artículo 354 su derecho de oposición, consta, la fecha, el asiento y el diario de la presentación de la solicitud en el Registro Mercantil del nombramiento de auditor de cuentas, habiéndose presentado la misma dentro de plazo, es decir, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio social a auditar que, en el caso que nos ocupa, comprende el año natural, conforme tiene establecido la Sociedad en el artículo 11 de sus Estatutos Sociales.

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 no tiene sentido el que el Registrador mantenga, respecto al ejercicio a auditar, que la solicitud, aun no precisándolo, tiene que ser para el ejercicio 2011. Y ello porque las obligaciones no tienen que ser sino que son para lo que son, de tal manera que, en este caso, se ha excedido en sus funciones para ayudar al socio solicitante. Por tanto de esta solicitud confusa debe derivarse su denegación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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, 27 de abril y 22 de octubre de 2010.

1.º El presente expediente plantea diversas cuestiones sobre las que este Centro Directivo se ha pronunciado reiteradamente. En primer lugar, respecto a la no indicación en la instancia del ejercicio económico a auditar, estando el derecho reconocido a los socios minoritarios sujeto a un plazo de caducidad de tres meses que el legislador relaciona con el cierre del último ejercicio

económico, poco importa que el solicitante haga o no mención a dicho ejercicio en su solicitud, pues la simple invocación al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, junto la presentación de las instancia en el Registro Mercantil dentro de los tres meses siguientes a su cierre, trae como lógica consecuencia que solo pueda entenderse referido a este último. Por ello, no puede prosperar la pretensión del recurrente que entiende que la instancia debe desestimarse por no hacer referencia al ejercicio cuya auditoría solicita, ya que éste viene determinado en la ley.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona los verdaderos motivos que llevaron al peticionario a instar la auditoría de cuentas, 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 *(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.

3.º Por último, se ha de señalar, en cuanto al derecho de información que ostenta todos los socios de entidades mercantiles no puede confundirse con el derecho a la verificación contable que solo tienen quienes acrediten reunir las condiciones de capital y tiempo que la ley establece y si bien es cierto que ambos derechos son complementarios y están relacionados, también lo es que son derechos diferentes tato por su finalidad y requisitos como por las condiciones exigidas para su ejercicio *(cfr.* arts. 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., presidente del Consejo de Administración de «Kirche, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Las Palmas el 7 de febrero de 2012.

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 noviembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria.

Resolución de 3 de diciembre de 2012 (1.ª)

En el expediente 28/2012 sobre nombramiento de auditor para la determinación del valor razonable de las participaciones de «EAP Sarria, S.L.P.»

HECHOS

I

Don ....., en calidad de administrador único de la sociedad «EAP Sarria, S.L.P.» solicitó mediante escrito presentado en el Registro Mercantil de Barcelona el 20 de enero de 2012, la designación de auditor de cuentas, con el fin de determinar el valor aproximado de las participaciones que han de ser objeto de amortización por exclusión de un socio por causas estatutarias; y, asimismo, que se proceda al nombramiento de sucesivos auditores en el caso de que el designado en primer lugar no aceptara o, por cualquier motivo, no realizara el informe encargado. Adjuntaba a su instancia, balance de situación de la citada mercantil a julio de 2011

II

El Registrador Mercantil número IV de Barcelona, mediante oficio de fecha 26 de enero de 2012, instó a la citada sociedad para que aportara a esta Oficina certificación del acuerdo de exclusión del socio de la Junta General, expedida por el órgano de administración, con firmas legitimadas notarialmente, que contuviere los requisitos relativos a la celebración de la Junta necesarios para determinar su legalidad y validez y certificación del Libro Registro de socios de la compañía, expedida por el órgano de administración, con firmas legitimadas notarialmente, relativa a las participaciones de la sociedad objeto de valoración, donde se identificara debidamente al socio titular de estas y su domicilio al efecto de notificaciones. Así lo hizo la sociedad que mediante escrito de 6 de febrero de 2012 aportó Certificación del Libro Registro de socios de la sociedad «EAP Sarria, S.L.P.», expedida en fecha 2 de febrero de 2012 por don ....., en su calidad de Administrador único, cuya firma consta debidamente legitimada, certificado relativo a las participaciones que ostenta don .....; y certificación expedida por el mismo Administrador único, relativa a los acuerdos adoptados por la Junta General Extraordinaria de la sociedad «EAP Sarria, S.L.P.», celebrada el día 29 de diciembre de 2011.

III

Notificados estos escritos al socio afectado por el acuerdo de exclusión, don ....., en fecha 16 de febrero de 2012 –dentro del plazo concedido al efecto– fue aportado a este Registro escrito, suscrito por el propio señor ....., en el que manifestaba, en esencia: 1.º) Que el artículo 18 de la Ley de Sociedades Profesionales establece que el contrato social podrá establecer que todas las controversias derivadas del mismo que surjan entre los socios, entre los socios y administradores o entre cualquiera de éstos y la sociedad sean sometidas a arbitraje de acuerdo con las normas reguladoras de la institución. En uso de dicha facultad la disposición final de los vigentes estatutos de la sociedad establece que todas las cuestiones societarias litigiosas que se susciten entre la sociedad y sus administradores o socios, o entre aquéllos y éstos, o éstos últimos entre sí, se dirimirán mediante

arbitraje de equidad emitido por un solo arbitro, que será designado de común acuerdo por las partes. En caso de discrepancia, el árbitro será designado por la persona que ostente el cargo de Presidente del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona o la que designe el Tribunal de Arbitraje de Barcelona, a elección del litigante y será de obligado cumplimiento su decisión arbitral. Por ello no resulta válido acudir al cauce previsto en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º) Que como consta en el acta de la Junta General Extraordinaria de socios de fecha 29 de diciembre de 2011, el señor ..... manifestó expresamente su oposición a la adopción del acuerdo consistente en la solicitud al Registro Mercantil del nombramiento de un auditor para la determinación del valor real de sus participaciones, y en consecuencia, en fecha 3 de febrero de 2012, presentó instancia de arbitraje dirigida al Tribunal Arbitral de Barcelona a los efectos de impugnar dicho acuerdo social, así como en lo referente a la aprobación del balance de fecha 30 de julio de 2011 que debía servir de base para calcular el valor teórico contable de sus participaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de los Estatutos sociales. 3.º) Que la controversia entre las partes es eminentemente jurídica, pues lo que se discute es si se ajusta o no a derecho la contabilización en el capítulo VII del patrimonio neto de los estados contables de la sociedad «EAP Sarria, S.L.P.», la denominada «provisión por despidos» de importe 631.089,49 euros, existiendo pues una controversia jurídica y no valorativa. Adjuntaba a su escrito diligencia de remisión de la solicitud de nombramiento de auditor y del resto de actuaciones obrantes en el presente expediente al socio afectado, de fecha 9 de febrero de 2012; Instancia de arbitraje suscrita por don ..... en la que consta estampado el sello de presentación ante el Tribunal Arbitral de Barcelona en fecha 3 de febrero de 2012; oficio del Tribunal Arbitral de Barcelona de fecha 6 de febrero de 2012 dirigido al letrado don ....., designando ponente del presente expediente al señor ....., miembro del citado Tribunal Arbitral.

IV

El Registrador Mercantil número IV de Barcelona, el 22 de febrero de 2012, acordó denegar la petición formulada por la sociedad. Tras hacer constar que el socio excluido ostenta en el capital social de ambas sociedades 62 participaciones sociales, mantuvo que la exclusión se adoptó por acuerdo motivado y unánime de la Junta General celebrada en fecha 29 de diciembre de 2011, dado que el socio excluido alcanzó la edad de jubilación –con el voto a favor del propio socio afectado–, por lo que al estar presente en la misma, el acuerdo debe considerarse eficaz desde la fecha de adopción del mismo por la Junta, sin ser precisa la notificación al socio excluido. Antes de entrar a examinar las cuestiones planteadas en el presente expediente por las partes, debe precisarse que la actuación de los Registradores Mercantiles está sujeta al principio de tipicidad de modo que les compete las funciones que el ordenamiento les atribuye y en los términos que dicho ordenamiento determina. Así resulta del artículo 16 del Código de Comercio y de los artículos 2 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil y de reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Entre dichas funciones se encuentra el nombramiento de expertos independientes y de auditores de cuentas –apartado *b)* del expresado artículo 2–; función que desarrollan los artículos 338 y siguientes del expresado Reglamento, dedicándose el artículo 363 del mismo al «Nombramiento de auditores para determinar el valor real de las acciones y participaciones sociales». El apartado 1 del mencionado precepto al referirse al citado nombramiento, especifica que el mismo se efectuará «en los casos establecidos por la Ley». La sociedad solicitante del nombramiento entiende que se trata de uno de los supuestos legalmente previstos, puesto que el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil vincula el nombramiento de auditor a los casos establecidos en la Ley, y la sociedad solicitante busca su apoyo en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital que establece a falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las

participaciones sociales, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un auditor de cuentas distinto al de la sociedad, designado por el Registrador Mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o del socio titular de las participaciones objeto de valoración; por el contrario el socio excluido estima que estando previsto en los Estatutos sociales el mecanismo de valoración, sino si la contabilización en el capítulo VII del patrimonio neto de los estados contables de la sociedad «EAP Sarria, S.L.P.» de la partida denominada «provisión por despidos» por importe de 631.089,49 euros, se ajusta o no a derecho, existiendo por tanto una controversia jurídica y no valorativa Planteadas las argumentaciones de ambas partes, de lo que no hay duda, es que si se hubiera llegado a un acuerdo entre las mismas no hubiera sido necesario la presentación de la solicitud en este Registro, y siendo éste un hecho objetivo hay que presumir que efectivamente existe, por lo menos, un cierto desacuerdo que podría afectar al valor de las participaciones. Pero también debe tenerse en cuenta que la controversia planteada entre las partes, se realiza en el seno de una sociedad limitada profesional, cuya regulación jurídica, contenida en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, permite la posibilidad de establecer en los Estatutos Sociales, para los supuestos de exclusión y de separación del socio, unos criterios propios de valoración y liquidación de sus acciones o participaciones sociales, distintos de los generales previstos para las Sociedades de Capital, como contrapartida a los rigurosos requisitos formales que se exigen para su constitución, y en aras de garantizar la seguridad jurídica de terceros que contratan con la sociedad; y ello especialmente en relación a los socios profesionales que contribuyen a la realización del objeto social mediante unas prestaciones accesorias cualificadas con carácter exclusivo. En el caso que nos ocupa no puede prosperar la pretensión de la mercantil solicitante, pues ha quedado acreditado que los Estatutos Sociales de la compañía, inscritos en este Registro Mercantil, han hecho uso de esta posibilidad legal, estableciendo en el citado artículo 13, por remisión del artículo 34, en caso de desacuerdo, un sistema de valoración de participaciones sociales para los supuestos de separación y exclusión de socios: «en todo caso, en los supuestos previstos por el artículo 16 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales y para los socios profesionales fundadores exclusivamente, la cantidad resultante a abonar será, con independencia del número de participaciones que tenga, la cantidad que correspondería al equivalente del 80% del valor Teórico Contable de todas las participaciones sociales, que tuviere el socio profesional fundador con mayor número de participaciones» que no contempla ni expresamente ni por remisión a los preceptos legales correspondientes, el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil.

E1 Fundamento de Derecho anterior haría innecesario analizar dos cuestiones que derivan de la solicitud de nombramiento de auditor, la relativa a que se designara el mismo auditor de cuentas en el presente expediente y en el expediente de nombramiento de auditor número A 4551/12 relativo a la mercantil «Vallplasa Atenció Primaria, S.L.P.» habida cuenta que las citadas sociedades desarrollan la misma actividad contemplada en sus respectivos objetos sociales, el cual es idéntico, tienen el mismo capital social, identidad de socios, y cada socio tiene el mismo número de participaciones sociales en cada una de ellas y que ambas sociedades han acordado la exclusión del mismo socio por causas estatutarias atendiendo a la edad de jubilación; y la solicitud de que se procediera al nombramiento de sucesivos auditores en el caso de que el designado en primer lugar no aceptara el cargo o, por cualquier motivo, no realizase el informe encomendado. Respecto de la primera cuestión cabe decir que, en caso de resultar procedente, el nombramiento de auditor el mismo estaría sujeto a un sistema reglado impuesto por el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil y, en todo caso, la existencia de causas que pudieran hacer aplicable lo previsto en el artículo 356 de dicho cuerpo reglamentario debería ser apreciada por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por último, en cuanto a la soli-

citud de la mercantil solicitante relativa a que «se proceda al nombramiento de auditores sucesivos, para el caso que el designado no aceptase o, por cualquier causa no se realizase el informe de auditoría», al respecto solo señalar que, en caso de haber resultado procedente el nombramiento solicitado, en el momento procesal oportuno, cuando procediera el nombramiento, sería aplicable al mismo lo que dispone el artículo 344 –aplicable por la remisión del artículo 364 del citado Reglamento–, así como lo dispuesto en el artículo 361 del Reglamento en el que hace referencia al resultado del informe encomendado

V

Contra dicha resolución don ....., en calidad de administrador único de la sociedad «EAP Sarria, S.L.P.» interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que el desacuerdo entre el socio y la sociedad se puso de manifiesto en la Junta general de 29 de diciembre de 2011, a la que asistieron todos los socios de la misma. El desacuerdo se fundo en el balance aprobado en dicha reunión que debía servir de base para la determinación del valor de las participaciones y en la persona o personas que debían ejercer la auditoría. 2.º) Que conforme a lo previsto en el artículo 34 de los Estatutos sociales, en caso de desacuerdo sobre el valor real de las participaciones sociales o sobre las personas que deban ejercer la auditoría, se estará a lo dispuesto en el artículo 13. Este último precepto regula la forma de calcular la cantidad a abonar por las participaciones sociales que, aun cuando no desarrolla los supuestos de remisión al artículo 34 de los mismos Estatutos sociales, no impide en modo alguno que se solicite el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 16 de la Ley 2/2007, de 15 de noviembre de Sociedades Profesionales, 353 de la Ley de Sociedades de Capital, 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de enero de 2005 y 5 de octubre de 2011.

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 del solicitantes. En efecto, constituye doctrina de esta Dirección General –que nuevamente se reitera– que el nombramiento de auditor solicitado con esta finalidad, al 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 o por la sociedad 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, de una ponderación conjunta de los artículos 13, 34 y la disposición final de los Estatutos Sociales se llega a la conclusión de que la sociedad ha previsto un específico procedimiento no solo para determinar el valor de las participaciones del socio excluido en caso de que exista desacuerdo, sino también para dirimir las posibles discrepancias que surjan entre los socios o entre éstos y la sociedad sobre cualquier otra cuestión. De tal manera que conforme a la precitada disposición final las posibles divergencias que surjan entre los socios o entre éstos y la sociedad habrán de dirimirse mediante arbitraje de equidad, siendo designado el arbitro de común acuerdo por las partes y, en caso de discrepancia, el árbitro será designado por la persona que ostente el cargo de Presidente del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona o la que designe el Tribunal de Arbitraje de Barcelona, a elección del litigante y será de obligado cumplimiento su decisión arbitral. En atención a dicha disposición estatutaria, cuya vigencia ha sido confirmada por el Registrador Mercantil, no se estima procedente el nombramiento de registral de un auditor de cuentas con la finalidad ya indicada, dado que dicho nombramiento solo lo sería, conforme a lo dispuesto en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, si no existiera previsión concreta al respecto en la norma que rige la vida de la sociedad y las relaciones entre los socios, lo que no ocurre en el caso presente.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en calidad de administrador único de la sociedad «EAP Sarria, S.L.P.» contra la decisión del Registrador Mercantil número IV de Barcelona el 22 de febrero de 2012.

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 diciembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VI de Barcelona.

Resolución de 3 de diciembre de 2012 (2.ª)

En el expediente 29/2012 sobre nombramiento de auditor para la determinación del valor razonable de las participaciones de «Vallplasa Atenció Primaria, S.L.P.».

HECHOS

I

Don ....., en calidad de administrador único de la sociedad «Vallplasa Atenció Primaria, S.L.P.» solicitó mediante escrito presentado en el Registro Mercantil de Barcelona el 20 de enero de 2012, la designación de auditor de cuentas, a fin de determinar el valor aproximado de las participaciones que han de ser objeto de amortización por exclusión de un socio por causas estatutarias; y, asimismo, que se proceda al nombramiento de sucesivos auditores en el caso de que el designado en primer lugar no aceptara o, por cualquier motivo, no realizara el informe encargado. Adjuntaba a su instancia, entre otros documentos, el balance de situación de la citada mercantil a julio de 2011.

II

El Registrador Mercantil número IV de Barcelona, mediante oficio de fecha 26 de enero de 2012, instó a la citada sociedad para que aportara a esta Oficina certificación del acuerdo de exclusión del socio de la Junta General, expedida por el órgano de administración, con firmas legitimadas notarialmente, que contuviere los requisitos relativos a la celebración de la Junta necesarios para determinar su legalidad y validez y certificación del Libro Registro de socios de la compañía, expedida por el órgano de administración, con firmas legitimadas notarialmente, relativa a las participaciones de la sociedad objeto de valoración, donde se identificara debidamente al socio titular de estas y su domicilio al efecto de notificaciones. Así lo hizo la sociedad que mediante escrito de 6 de febrero de 2012 aportó Certificación del Libro Registro de socios de la sociedad, relativo a las participaciones que ostenta don .....; y certificación expedida en fecha 2 de febrero de 2012, por don ....., en su calidad de Administrador único de la citada sociedad, cuya firma consta debidamente legitimada, relativa a los acuerdos adoptados por la Junta General Extraordinaria de la sociedad «Vallplasa Atenció Primaria, S.L.P.», celebrada el día 29 de diciembre de 2011.

III

Notificados estos escritos al socio afectado por el acuerdo de exclusión, don ....., en fecha 16 de febrero de 2012 –dentro del plazo concedido al efecto– fue aportado a este Registro escrito, suscrito por el propio señor ....., en el que manifestaba, en esencia: 1.º) Que el artículo 18 de la Ley de Sociedades Profesionales establece que el contrato social podrá establecer que todas las controversias derivadas del mismo que surjan entre los socios, entre los socios y administradores o entre cualquiera de éstos y la sociedad sean sometidas a arbitraje de acuerdo con las normas reguladoras de la institución. En uso de dicha facultad la disposición final de los vigentes estatutos de la sociedad establece que todas las cuestiones societarias litigiosas que se susciten entre la sociedad y sus administradores o socios, o entre aquéllos y éstos, o éstos últimos entre sí, se dirimirán mediante arbitraje de equidad emitido por un solo arbitro, que será designado de común acuerdo por las partes. En caso de discrepancia, el árbitro será designado por la persona que ostente el cargo de Presidente del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona o la que designe el Tribunal de Arbitraje de Barcelona, a elección del litigante y será de obligado cumplimiento su decisión arbitral. Por ello no resulta válido acudir al cauce previsto en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º) Que como consta en el acta de la Junta General Extraordinaria de socios de fecha 29 de diciembre de 2011, el señor ..... manifestó expresamente

su oposición a la adopción del acuerdo consistente en la solicitud al Registro Mercantil del nombramiento de un auditor para la determinación del valor real de sus participaciones, y en consecuencia, en fecha 3 de febrero de 2012, presentó instancia de arbitraje dirigida al Tribunal Arbitral de Barcelona a los efectos de impugnar dicho acuerdo social, así como en lo referente a la aprobación del balance de fecha 30 de julio de 2011 que debía servir de base para calcular el valor teórico contable de sus participaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de los Estatutos sociales. 3.º) Que la controversia entre las partes es eminentemente jurídica, pues lo que se discute es si se ajusta o no a derecho la contabilización en el capítulo VII del patrimonio neto de los estados contables de la sociedad la denominada «provisión por despidos» de importe 631.089,49 euros, existiendo pues una controversia jurídica y no valorativa. Adjuntaba a su escrito diligencia de remisión de la solicitud de nombramiento de auditor y del resto de actuaciones obrantes en el presente expediente al socio afectado, de fecha 9 de febrero de 2012; Instancia de arbitraje suscrita por don ..... en la que consta estampado el sello de presentación ante el Tribunal Arbitral de Barcelona en fecha 3 de febrero de 2012; oficio del Tribunal Arbitral de Barcelona de fecha 6 de febrero de 2012 dirigido al letrado don ....., designando ponente del presente expediente al señor ....., miembro del citado Tribunal Arbitral.

IV

El Registrador Mercantil número IV de Barcelona, el 22 de febrero de 2012, acordó denegar la petición formulada por ambas sociedades. Tras hacer constar que el socio excluido ostenta en el capital social de ambas sociedades 62 participaciones sociales, mantuvo que la exclusión se adoptó por acuerdo motivado y unánime de la Junta General celebrada en fecha 29 de diciembre de 2011, dado que el socio excluido alcanzó la edad de jubilación –con el voto a favor del propio socio afectado–, por lo que al estar presente en la misma, el acuerdo debe considerarse eficaz desde la fecha de adopción del mismo por la Junta, sin ser precisa la notificación al socio excluido. Antes de entrar a examinar las cuestiones planteadas en el presente expediente por las partes, debe precisarse que la actuación de los Registradores Mercantiles está sujeta al principio de tipicidad de modo que les compete las funciones que el ordenamiento les atribuye y en los términos que dicho ordenamiento determina. Así resulta del artículo 16 del Código de Comercio y de los artículos 2 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil y de reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Entre dichas funciones se encuentra el nombramiento de expertos independientes y de auditores de cuentas –apartado *b)* del expresado artículo 2–; función que desarrollan los artículos 338 y siguientes del expresado Reglamento, dedicándose el artículo 363 del mismo al «Nombramiento de auditores para determinar el valor real de las acciones y participaciones sociales». El apartado 1 del mencionado precepto al referirse al citado nombramiento, especifica que el mismo se efectuará «en los casos establecidos por la Ley». La sociedad solicitante del nombramiento entiende que se trata de uno de los supuestos legalmente previstos, puesto que el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil vincula el nombramiento de auditor a los casos establecidos en la Ley, y la sociedad solicitante busca su apoyo en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital que establece a falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un auditor de cuentas distinto al de la sociedad, designado por el Registrador Mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o del socio titular de las participaciones objeto de valoración; por el contrario el socio excluido estima que estando previsto en los Estatutos sociales el mecanismo de valoración, sino si la contabilización en el capítulo VII del patrimonio neto de los estados contables de la socie-

dad «EAP Sarria, S.L.P.» de la partida denominada «provisión por despidos» por importe de 631.089,49 euros, se ajusta o no a derecho, existiendo por tanto una controversia jurídica y no valorativa Planteadas las argumentaciones de ambas partes, de lo que no hay duda, es que si se hubiera llegado a un acuerdo entre las mismas no hubiera sido necesario la presentación de la solicitud en este Registro, y siendo éste un hecho objetivo hay que presumir que efectivamente existe, por lo menos, un cierto desacuerdo que podría afectar al valor de las participaciones. Pero también debe tenerse en cuenta que la controversia planteada entre las partes, se realiza en el seno de una sociedad limitada profesional, cuya regulación jurídica, contenida en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, permite la posibilidad de establecer en los Estatutos Sociales, para los supuestos de exclusión y de separación del socio, unos criterios propios de valoración y liquidación de sus acciones o participaciones sociales, distintos de los generales previstos para las Sociedades de Capital, como contrapartida a los rigurosos requisitos formales que se exigen para su constitución, y en aras de garantizar la seguridad jurídica de terceros que contratan con la sociedad; y ello especialmente en relación a los socios profesionales que contribuyen a la realización del objeto social mediante unas prestaciones accesorias cualificadas con carácter exclusivo. En el caso que nos ocupa no puede prosperar la pretensión de la mercantil solicitante, pues ha quedado acreditado que los Estatutos Sociales de la compañía, inscritos en este Registro Mercantil, han hecho uso de esta posibilidad legal, estableciendo en el citado artículo 13, por remisión del artículo 34, en caso de desacuerdo, un sistema de valoración de participaciones sociales para los supuestos de separación y exclusión de socios: «en todo caso, en los supuestos previstos por el artículo 16 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales y para los socios profesionales fundadores exclusivamente, la cantidad resultante a abonar será, con independencia del número de participaciones que tenga, la cantidad que correspondería al equivalente del 80% del valor Teórico Contable de todas las participaciones sociales, que tuviere el socio profesional fundador con mayor número de participaciones» que no contempla ni expresamente ni por remisión a los preceptos legales correspondientes, el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil.

El Fundamento de Derecho anterior haría innecesario analizar dos cuestiones que derivan de la solicitud de nombramiento de auditor, la relativa a que se designara el mismo auditor de cuentas en el presente expediente y en el expediente de nombramiento de auditor número A 4551/12 relativo a la mercantil «EAP Sarria, S.L.P.» habida cuenta que las citadas sociedades desarrollan la misma actividad contemplada en sus respectivos objetos sociales, el cual es idéntico, tienen el mismo capital social, identidad de socios, y cada socio tiene el mismo número de participaciones sociales en cada una de ellas y que ambas sociedades han acordado la exclusión del mismo socio por causas estatutarias atendiendo a la edad de jubilación; y la solicitud de que se procediera al nombramiento de sucesivos auditores en el caso de que el designado en primer lugar no aceptara el cargo o, por cualquier motivo, no realizase el informe encomendado. Respecto de la primera cuestión cabe decir que, en caso de resultar procedente, el nombramiento de auditor el mismo estaría sujeto a un sistema reglado impuesto por el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil y, en todo caso, la existencia de causas que pudieran hacer aplicable lo previsto en el artículo 356 de dicho cuerpo reglamentario debería ser apreciada por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por último, en cuanto a la solicitud de la mercantil solicitante relativa a que «se proceda al nombramiento de auditores sucesivos, para el caso que el designado no aceptase o, por cualquier causa no se realizase el informe de auditoría», al respecto solo señalar que, en caso de haber resultado procedente el nombramiento solicitado, en el momento procesal oportuno, cuando procediera el nombramiento, sería aplicable al mismo lo que dispone el artículo 344 –aplicable por la remisión del artículo 364 del citado Reglamento–, así como lo dispuesto en el artículo 361 del Reglamento en el que hace referencia al resultado del informe encomendado

V

Contra dicha resolución don ....., en calidad de administrador único de la sociedad «Vallplasa Atenció Primaria, S.L.P.» interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que el desacuerdo entre el socio y la sociedad se puso de manifiesto en la Junta general de 29 de diciembre de 2011, a la que asistieron todos los socios de la misma. El desacuerdo se fundo en el balance aprobado en dicha reunión que debía servir de base para la determinación del valor de las participaciones y en la persona o personas que debían ejercer la auditoría. 2.º) Que conforme a lo previsto en el artículo 34 de los Estatutos sociales, en caso de desacuerdo sobre el valor real de las participaciones sociales o sobre las personas que deban ejercer la auditoría, se estará a lo dispuesto en el artículo 13. Este último precepto regula la forma de calcular la cantidad a abonar por las participaciones sociales que, aun cuando no desarrolla los supuestos de remisión al artículo 34 de los mismos Estatutos sociales, no impide en modo alguno que se solicite el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 16 de la Ley 2/2007, de 15 de noviembre de Sociedades Profesionales, 353 de la Ley de Sociedades de Capital, 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de enero de 2005 y 5 de octubre de 2011.

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 del solicitantes. En efecto, constituye doctrina de esta Dirección General –que nuevamente se reitera– que el nombramiento de auditor solicitado con esta finalidad, al 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 o por la sociedad 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, de una ponderación conjunta de los artículos 13, 34 y la disposición final de los Estatutos Sociales se llega a la conclusión de que la sociedad ha previsto un específico procedimiento no solo para determinar el valor de las participaciones del socio excluido en caso de que exista desacuerdo, sino también para dirimir las posibles discrepancias que surjan entre los socios o entre éstos y la sociedad sobre cualquier otra cuestión. De tal manera que conforme a la precitada disposición final las posibles divergencias que surjan entre los socios o entre éstos y la sociedad habrán de dirimirse

mediante arbitraje de equidad, siendo designado el arbitro de común acuerdo por las partes y, en caso de discrepancia, el árbitro será designado por la persona que ostente el cargo de Presidente del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona o la que designe el Tribunal de Arbitraje de Barcelona, a elección del litigante y será de obligado cumplimiento su decisión arbitral. En atención a dicha disposición estatutaria, cuya vigencia ha sido confirmada por el Registrador Mercantil, no se estima procedente el nombramiento registral de un auditor de cuentas con la finalidad ya indicada, dado que dicho nombramiento solo lo sería, conforme a lo dispuesto en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, si no existiera previsión concreta al respecto en la norma que rige la vida de la sociedad y las relaciones entre los socios, lo que no ocurre en el caso presente.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en calidad de administrador único de la sociedad «Vallplasa Atenció Primaria, S.L.P.» contra la decisión del Registrador mercantil número IV de Barcelona el 22 de febrero de 2012.

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 diciembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número IV de Barcelona.

Resolución de 10 de diciembre de 2012

En el expediente 31/2012 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Imvisa Vigo, S.L.»

HECHOS

I

Doña ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Pontevedra el 16 de enero de 2012 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350

y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil como titular de carácter ganancial junto con su ex esposo socio de «Imvisa Vigo, S.L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011.

Adjuntaba a su escrito, entre otros documentos, fotocopia de la escritura de constitución otorgada el día 29 de enero de 1991, ante el Notario que fue de Vigo, don ....., número 395 de protocolo, en virtud de la cual don ....., entonces casado con doña ....., suscribía 500 participaciones sociales, representativas de dicho 50% del capital social; fotocopia de los datos registrales generales de dicha sociedad obtenidos a medio de consulta efectuada al Registro Mercantil Central el día 22 de marzo de 2011; fotocopia de copia de Sentencia Número 374, de fecha 22 de junio de 2009 del Juzgado de Primera Instancia número 12 de Vigo, referida al Procedimiento de Divorcio Contencioso número 1399/08-D, declarando la disolución por causa de divorcio del matrimonio existente entre los sres. ..... y ....., y el establecimiento de determinadas medidas hasta la liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales; fotocopia de Sentencia número 20, de fecha 20 de enero de 2010 de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 006 de Vigo, referida al Recurso de Apelación (LECN) 0004265/2009-A, en virtud de la cual se desestima el recurso de apelación interpuesto por don ..... frente a la sentencia citada anteriormente de fecha 22 de junio de 2009; fotocopia de copia de Sentencia Número 433, de fecha 7 de julio de 2011 del Juzgado de Primera Instancia número 12 de Vigo, referida al Procedimiento: Pieza Separada de Inventario de Sociedad de Gananciales 536/10 (Divorcio 1399/08), declarando la composición del inventario de la referida sociedad de gananciales y donde figura como parte integrante del Activo (punto 12), el 50% de las participaciones sociales de la mercantil «Imvisa Vigo, S.L.».

II

Notificada dicha instancia y documentación adjunta a la sociedad, ésta 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, conforme al artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital resulta «que todos los derechos y facultades que integran la posición jurídica del socio emanan de la titularidad de las participaciones sociales de la entidad, entre cuyos derechos se encuentra el de solicitar el nombramiento de auditor si concurren los supuestos recogidos en el artículo 265.2 de la LSC. 2.º) Que el artículo 104.2 del mismo texto legal establece que la sociedad solo reputará socio a quien se halle inscrito en el Libro Registro de socios, y consecuentemente, solo quien figure en dicho Libro Registro como titular de las participaciones puede ejercitar los derechos políticos regulados en el artículo 265 de la LSC. 3.º) Que distinta cuestión es si tales participaciones tienen naturaleza ganancial, privativa o existe una cotitularidad sobre las mismas; debiendo en este último supuesto designar una sola persona para el ejercicio de los derechos del socio y proceder a su anotación en el Libro Registro de socios.

III

El Registrador Mercantil de Pontevedra, con fecha 30 de enero de 2012, acordó estimar la solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado, al entender que no podían prosperar ninguna de las objeciones formuladas por la sociedad. Sobre la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado 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. En el caso presente, la peticionaria aportó un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre un 50% de las participaciones sociales al alegar –con fundamento en la propia escritura de constitución social; en la Sentencia núm. 374/2009 del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Vigo; en la Sentencia núm. 20/2010 de la Audiencia Provincial de Pontevedra y en la Sentencia núm. 433/2011 de fecha 7 de julio de 2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Vigo, referida al Procedimiento: pieza separada de inventario de sociedad de gananciales 536/10 (divorcio 1399/08)–, el carácter ganancial de las mismas. La sociedad no ha aportado prueba alguna que desvirtúe dicha legitimación, puesto que, una vez disuelta la sociedad de gananciales, se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad postganancial, en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cotitularidad sobre todos los bienes que la integran que excluyen la atribución de cuotas partes sobre los mismos por tratarse de una comunidad germánica o en mano común, en la que está vedada la disposición de los bienes por cualquiera de los cónyuges pero, en ningún caso lo está la administración y gestión de los mismos. Esta interpretación en nada obstaculiza la previsión contenida en el artículo 126 de la ley de Sociedades de Capital, relativa a la copropiedad de participaciones sociales, dado que se trata de comunidades de bienes radicalmente distintas.

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. Añadió: 1.º) Que, sin cuestionar la validez de los fundamentos de la resolución recurrida, el Registrador Mercantil omite señalar que, independientemente de los derechos que ostenta cada socio frente a la sociedad, ésta tendrá derecho a conocer a aquellos socios, para así poder facilitar a quien lo requiera el ejercicio de los derechos, dentro del más absoluto respeto. 2.º) Que existe otro socio en la compañía que ostenta el 50% de las participaciones sociales, ajeno a cuestiones domésticas que entiende y, por eso se niega a dicha actuación, que el que quiera hacer valer sus derechos debe ponerlo en conocimiento de la sociedad para así poder valorar si es ésta la sociedad en la que le interesa participar. 3.º) Que algunos socios no han cumplido con sus obligaciones de comunicar a la sociedad determinadas actuaciones, lo que provoca en el resto de los participes una situación de indefensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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, como más recientes, la de 27 de abril de 2010.

1.º 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 «Imvisa Vigo, 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 que resulta de las resoluciones judiciales aportadas por la peticionaria, así como de la escritura de constitución de la sociedad, inscrita en el Registro Mercantil, en la que consta de manera indubitada la condición de socio de don ..... y su titularidad sobre un número de participaciones equivalentes al 50% del capital social, ha quedado, básicamente, acreditada la legitimación de la solicitante 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, tras la disolución de la sociedad de gananciales se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad postganancial, en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cotitularidad sobre todos los bienes que la integran que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por cualquiera de los cónyuges pero, en ningún caso lo está la administración y gestión de los mismos.

Y, en segundo lugar, porque el ejercicio del derecho a la verificación contable no entraña ninguna facultad de disposición, sino que se encuadra –como indicó el Registradora Mercantil en el acuerdo recurrido– dentro de los actos de gestión y buena administración por ser su finalidad la de conocer la verdadera situación financiera y patrimonial de la empresa.

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 postganancial 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 las copropiedad de acciones pues aquí la situación tiene vocación de permanencia, sin perjuicio de que pueda acordarse su disolución.

2.º Alega la sociedad que la peticionaria no consta inscrita en el Libro de Socios y que, además, no ha tenido conocimiento de su existencia como tal socia. Pues bien, frente a estas alegaciones, se ha de recordar la doctrina mantenida por este Centro Directivo que ha rechazado que la única forma de acreditar la condición de socios sea la que resulta del libro registro a que se refieren los artículos 104 y 116 de la Ley de Sociedades de Capital, 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–.

A mayor abundamiento, el desconocimiento alegado no es tal, puesto que don ....., suscribió el 50% de capital social en la escritura de constitución de la sociedad y en ella quedó constancia de su estado civil de persona casada en aquel momento con doña ..... y también por la notificación de la solicitud de auditoría y de los documentos adjuntos, trasladados a la sociedad por el Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto don ..... y don ....., en su condición de administradores mancomunados de «Imvisa Vigo, S.L.», y confirmar las Resoluciones del Registrador Mercantil de Pontevedra de 30 de enero de 2012.

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 diciembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 12 de diciembre de 2012 (1.ª)

En el expediente 32/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Rally Sport Bersus, S.L.L.».

HECHOS

I

Doña ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Santiago de Compostela, el 2 de febrero de 2012, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 5% del capital social de «Rally Sport Bersus, S.L.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

Notificada de dicha instancia, la sociedad, a través de su administrador, don ....., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que es incierto lo manifestado por la solicitante de la auditoría, ya que siempre se ha convocado a todos los socios a las Juntas generales y siempre se ha puesto a disposición de todos los socios la información que requirieron. 2.º) Que, en este momento, la sociedad cuya única actividad es la explotación de un taller mecánico de reducidas dimensiones con apenas un trabajador, carece de medios económicos suficientes para costear los gastos de auditoría.

III

El Registrador Mercantil de Santiago de Compostela, con fecha 13 de febrero de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas formulada por la minoría. Entiende que la sociedad no aportó prueba alguna sobre la improcedencia de la auditoría solicitada ni negó la legitimación de la solicitante. En el escrito de oposición presentado, no parece que la sociedad tenga en cuenta lo dispuesto en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada antes esta Dirección General, reiterando las alegaciones vertidas 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 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 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 No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad que no son sino una reiteración de las ya aducidas en su escrito de oposición a la solicitud. En primer lugar, sin perjuicio de que la administración social haya cumplido sus obligaciones de convocar a los socios a la Juntas Generales, todos y cada uno de ellos que reúnan las circunstancias de capital y tiempo determinadas en los artículos 265.2 de la ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil pueden, si lo consideran conveniente, solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas para conocer si la contabilidad social refleja o no la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa, por ser éste un derecho que la ley les reconoce.

2.º En segundo lugar, el derecho de información que haya podido ejercer la solicitante de la auditoría de cuentas en nada obstaculiza el derecho a la verificación de las cuentas anuales por auditor designado por el Registrador Mercantil pues, como ha mantenido este Centro Directivo, los derechos de información y auditoría, aunque relacionados y complementarios, son distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio *(cfr.* arts. 196, 197 y 272 de la ley de Sociedades de Capital).

3.º Por último, cabe señalar que las consideraciones que la sociedad realiza, en torno a su situación económica, con el fin de impedir que se lleve a cabo el nombramiento de auditor, en nada pueden impedir que la solicitante ejercite su derecho, dado que por expresa disposición del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, los gatos 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 de la entidad mercantil «Rally Sport Bersus, S.L.L.» contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Santiago de Compostela el 13 de febrero de 2012.

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 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Santiago de Compostela.

Resolución de 12 de diciembre de 2012 (2.ª)

En el expediente 179/11 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Construcciones Suardi, S.L.».

HECHOS

I

Don ..... presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 17 de mayo de 2011 solicitando, como titular del 50% del capital social de «Construcciones Suardi, 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 2010 y 2011.

II

El Registrador Mercantil de Madrid, con fecha 19 de mayo de 2011, desestimó la solicitud de nombramiento registral de auditor por extemporánea, por entender que ya habían transcurrido los tres meses establecidos en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital 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 de la auditoría, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que acepta la resolución del Registrador Mercantil en lo que se refiere a la desestimación de la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas para el ejercicio 2010. 2.º) Que, en cambio, no comparte la resolución recurrida en lo que se refiere a la desestimación de su solicitud de auditoría para el ejercicio 2011, puesto que no ofrece ninguna fundamentación jurídica o fáctica por el que desestima dicha petición. 3.º) Que, en atención a lo expuesto considera que se le ha originado indefensión, ya que no puede rebatir los motivos de la desestimación

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 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.

La cuestión que plantea el presente recurso se refiere a la propia naturaleza del derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y a las condiciones requeridas para su ejercicio. El nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil a instancia de la minoría cumple en nuestro Ordenamiento jurídico la finalidad de garantizar a ésta un conocimiento completo y veraz de la contabilidad social durante un determinado ejercicio, plasmado en un informe de auditoría realizado por un profesional de esta actividad, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas y ajeno a la empresa. Dicho precepto legal sujeta el ejercicio del derecho a las condiciones de capital y tiempo y, respecto de esta última, cuando relaciona el ejercicio económico con el plazo improrrogable de tres meses contados desde su cierre para ejercitar el derecho, esta disponiendo, de manera taxativa, sin que quepa margen interpretativo alguno, no solo a qué ejercicio social puede referirse sino también el *dies a quo* y el *dies ad quem* para presentar la instancia solicitando al Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas, diseñando así un plazo de caducidad procesal de tres meses que va indisolublemente unido al ejercicio del derecho. Y ello sin perjuicio de que el socio minoritario pueda reiterar su petición al Registrador Mercantil para la revisión contable de ejercicios futuros.

Por tanto, procede confirmar la decisión dictada por el Registrador Mercantil de Madrid, dado que el ejercicio del derecho a la verificación contable de la sociedad afectada por la solicitud se inicia el 1 de enero y vence el 31 de marzo de cada ejercicio económico, por disponerlo así sus estatutos sociales que hacen coincidir el ejercicio económico con el año natural.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., solicitante de la auditoría de cuentas de la entidad mercantil «Construcciones Suardi, S.L.» contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Madrid el 19 de mayo 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, 12 de diciembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 12 de diciembre de 2012 (3.ª)

En el expediente 215/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socias de «Doblema Lloret, S.L.»

HECHOS

I

Don ....., en nombre y representación de don ..... presentó una instancia en el Registro Mercantil de Girona el 31 de marzo de 2011 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular del 25% del capital social de «Doblema Lloret, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010. Adjuntaba a su instancia copia de poder general para pleitos, otorgado a su favor por don .....; copia del Acta de la Junta general de la sociedad, celebrada el 30 de abril de 2009, la cual fue impugnada ante el Juzgado de lo Mercantil de Girona; copia de la sentencia de 30 de junio de 2010 de dicho Juzgado aceptando las pretensiones de su representado; copia del allanamiento de la sociedad a las pretensiones de su representado; copia de la nota simple informativa emitida por el Registro Mercantil de Barcelona.

II

Intentado por dos veces el traslado de dicha instancia a la sociedad por correo certificado con acuse de recibo, ambas notificaciones resultaron infructuosas, al ser devueltas por el servicio de correos con las anotaciones «no retirado» y «ausente de reparto».

III

Por resolución de 3 de junio de 2011 el Registrador Mercantil de Girona acordó designar auditor de cuentas para la sociedad a la firma auditora «Audit Network, S.L.» que mediante escrito de esa misma fecha aceptó el encargo de auditoría de cuentas.

IV

Con fecha de 14 de octubre de 2011, don ....., en su condición de administrador solidario de la entidad mercantil afectada por la solicitud de nombramiento de auditor interpuso recurso gubernativo, alegando, en esencia: 1.º) Que mediante servicio burofax se recibe el día 30 de junio del 2011, en el domicilio social de la mercantil «Doblema Lloret, S.L.», sito en carretera de Esplugas, 120, de 08940 Cornellá de Llobregat, comunicación de la mercantil «Audit Network, S.A.» en la que se nos hace saber su nombramiento como Auditor por el Registro Mercantil de Bilbao, y nos requiere de que nos pongamos en contacto con ellos. Es de significar que se dirige al domicilio social de «Doblema Lloret, S.L.» refiriendo que se les ha facilitado el domicilio, sito en carretera de Esplugas 120, de Cornellá de Llobregat, conocimiento que solo puede derivarse del traslado de la solicitud con la

Diligencia de nombramiento (art. 358.1 del RRM). Se recibe el 30-6-2011, y según consta en el expediente el nombramiento se realizó el día 3-6-2011, es decir, al recibirse y tener la primera noticia del supuesto nombramiento ya habían trascurrido los plazos de cualquier tipo de recurso contra ese nombramiento. 3.º) Que no constando a esta sociedad notificación alguna de la existencia de expediente de nombramiento de auditor, ni en su consecuencia haberse cumplido el trámite de audiencia previsto por el artículo 354-2 del Reglamento del Registro Mercantil se solicita a dicha empresa Auditora que nos acredite el nombramiento. 4.º) Que ante el silencio de dicha Auditora, con fecha 23-8-2011 –reiterado en fecha 16 de septiembre de 2011– se solicitó del Registro Mercantil de Girona que de existir nombramiento alguno, se nos diera traslado de la solicitud y se concediera el plazo previsto en el artículo 354.2 del RRM para oposición a la solicitud. 5.º) Se ha de significar que nos dirigimos al Registro Mercantil en el que a esa fecha constaba inscrita la sociedad por retraso en la tramitación de la inscripción del cambio de domicilio incurrido por la Notaría autorizante doña ....., de Lloret de Mar, retraso que, posteriormente subsanado, determinó que la Sociedad quedase inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona en fecha 26 de septiembre de 2011. Dicha solicitud es, finalmente, cumplimentada mediante remisión de la certificación conteniendo la solicitud y documentos que se dicen constan en el expediente. En la certificación del Registrador se hacen constar los trámites realizados, concretando en el punto «Sexto» que con fecha 3 de junio del 2011 ya se nombró auditor a «Audit Network, S.A.» y que ésta el mismo día 3 de junio de 2011 había aceptado el cargo. 6.º) Que para concluir con los motivos formales, se ha de señalar que el Registro Mercantil incumplió con la obligación impuesta por el artículo 354-1 de notificar por medio que permita dejar constancia de la recepción de la notificación, porque nunca se llegó a alcanzar conocimiento de la existencia del expediente iniciado a la solicitud de nombramiento de auditor y, con ello, se infringió y vulneró el legitimo derecho de oposición regulado en el artículo 354.2 del RRM, y ello porque el Registrador no agoto las posibilidades de notificación que se le facilitaron, y con ello se ha vulnerado también el principio de «audiencia», imposibilitado el ejercicio del derecho de «oposición» lo que determina la nulidad radical o subsidiaria anulabilidad del nombramiento de Auditor, como se deduce de la pacífica doctrina de nuestros Tribunales de Justicia y del Tribunal Constitucional sobre los requisitos de las notificaciones que determine la pérdida o imposibilite el legítimo ejercicio de derechos reconocidos por las leyes. 7.º) Que a la fecha en que se solicita el nombramiento de auditor (31-3-2011), el domicilio es el sito en Cornellá de Llobregat, carretera de Esplugas 120, como se acredita del documento 1 consistente en Acta Notarial de traslado de domicilio que se adjunta al recurso, lo que deja patente la incompetencia del Registro Mercantil de Girona para el nombramiento. 8.º) Que el socio solicitante, conocedor de la realidad del traslado del domicilio social, debió presentar su instancia en el Registro Mercantil de Barcelona justificando debidamente la competencia adjuntando el documento 1 que ahora se aporta con este Recurso a la solicitud y se le hubiera admitido la solicitud (como lo hizo ante el Juzgado de lo Mercantil), pues el artículo 359.1 del Reglamento del Registro Mercantil determina que la competencia corresponde al del domicilio social. 9.º) Que se ha de reiterar la artera actuación del solicitante, quien no puede beneficiarse de ese reprobable proceder, por cuanto que, sabedor de la competencia del Registrador Mercantil de Barcelona, oculta al Registrador Mercantil de Girona circunstancia de tan esencial relevancia como el acta notarial de la junta de 7 de septiembre de 2010 de cambio de domicilio social, llevando al Registrador a incurrir en este motivo de nulidad, pero al igual que manifestábamos en los motivos de forma, en última instancia el acto contra el que se recurre es el de Registrador Mercantil, quien también insistimos pudo requerir del solicitante la justificación de la designa como domicilio social de carretera de Esplugas 120, de Cornellá de Llobregat, máxime a la vista del resultado negativo de la notificación en el domicilio registral (uno de los tres que mencionaba el solicitante) y ello con total seguridad hubiera llevado a poder

dilucidar de oficio su propia incompetencia para resolver la solicitud de nombramiento. 10.º) Que la nulidad postulada determina la cancelación de la anotación/inscripción 7 relativa a la sociedad «Doblema Lloret, S.L.» en la que consta el nombramiento del auditor realizado, así como la necesidad de anular y dejar sin efecto la anotación en el Libro de Auditores del nombramiento realizado, así como declarar la nulidad de todo acto inscrito o anotado que derive o sea consecuencia de la declaración de nulidad del nombramiento que ahora se peticiona.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 8 de junio de 2011.

1.º El presente expediente plantea diversas cuestiones de carácter procedimental cuya determinación hace ocioso el examen de las cuestiones de fondo. La primera de ellas exige señalar que el Registro Mercantil competente para presentar la solicitud el 31 de marzo de 2011 era todavía el Registro Mercantil de Girona *(cfr.* art. 19 del Reglamento del Registro Mercantil), puesto que, como la sociedad conoce, aun no se había emitido la certificación literal de todas sus inscripciones, a fin de que se trasladen los asientos a la hoja asignada en el Registro de destino, siendo así que, en el supuesto analizado, la certificación a efectos de traslado del domicilio se expidió por el Registro Mercantil de Girona el 18 de julio de 2011 y la sociedad quedó, finalmente, inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona el día 26 de septiembre de 2011. Consecuentemente, hasta esa fecha el domicilio social de la entidad mercantil afectada por esta solicitud fue el de Girona y allí debió atender las notificaciones del registro, por ser el domicilio social el centro geográfico designado en la ley para el cumplimiento de obligaciones y ejercicio de derechos.

2.º La segunda cuestión planteada se centra en determinar si la notificación a la sociedad realizada por el Registro Mercantil de Girona se ajustó o no a lo previsto en la Ley sobre forma y medios de practicar las notificaciones. Al respecto cabe señalar que, no conteniendo el Reglamento del Registro Mercantil ninguna disposición específica sobre esta materia se ha de acudir a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, supletoria de este procedimiento especial de nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil. En efecto, el artículo 59 de la precitada ley dispone que cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado –como es en este caso el domicilio social–, de no hallarse presente éste en el momento de su entrega y si nadie

pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. 3. Para que la notificación se practique utilizando medios telemáticos se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente su utilización, identificando además la dirección electrónica correspondiente, que deberá cumplir con los requisitos reglamentariamente establecidos. En estos casos, la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica. Cuando, existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el siguiente apartado, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.

3. Cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento.

4. Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el «Boletín Oficial del Estado», de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cual sea la Administración de la que se proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó.

En el caso de que el último domicilio conocido radicara en un país extranjero, la notificación se efectuará mediante su publicación en el tablón de anuncios del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente.

Las Administraciones públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de notificar conforme a los dos párrafos anteriores.

Cuando, intentada la notificación a los interesados, no se hubiese podido practicar, se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el «Boletín Oficial del Estado», de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cual sea la Administración de la que se proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó.

Por tanto, en el caso presente, el Registrador Mercantil debió proceder a insertar en el Boletín Oficial de la Provincia la solicitud de auditoría y el derecho de la sociedad afectada a oponerse en el plazo de cinco días previsto en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Por último y en cumplimento 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, exige señalar la omisión de un acto fundamental para la validez del procedimiento y es el de la notificación de la resolución dictada por el Registrador Mercantil declarando la procedencia o improcedencia del nombramiento de auditor solicitado por la minoría, en la misma forma indicada en el fundamento jurídico anterior. No habiéndola practicado, ha originado indefensión a la sociedad que no ha podido recurrirla en tiempo y forma, aduciendo las razones sobre el fondo del asunto que a su derecho convenían y obteniendo, en su caso, una resolución favorable a sus intereses.

En su virtud he resuelto, retrotraer el procedimiento al momento previo en al trámite de oposición a la solicitud para su tramitación y posterior resolución por el Registrador Mercantil competente por razón del domicilio actual de la sociedad y declarar la nulidad de la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Girona el 3 de junio 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, 12 de diciembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Girona

---

Resolución de 12 de diciembre de 2012 (4.ª)

En el expediente 205/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bodegas Barbera, S.L.».

HECHOS

I

Doña ....., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Cádiz el 4 de marzo de 2011 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y de los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5%

del capital social de «Bodegas Barbera, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ..... y don ....., presentaron un escrito manifestando que no tenían ningún inconveniente en que se realizase la auditoría de cuentas a instancias de la minoría social y pidiendo que cuanto antes se nombrara auditor de cuentas. La Registradora Mercantil de Cádiz el día 1 de abril de 2011, designó nombrar auditor de cuentas a don ..... quien con fecha de 7 de abril de 2011 aceptó el encargo de auditar las cuentas anuales del ejercicio 2010 de la precitada sociedad.

III

La Registradora Mercantil de Cádiz el día 1 de abril de 2011, designó nombrar auditor de cuentas a don ..... quién con fecha de 7 de abril de 2011 aceptó el encargo de auditar las cuentas anuales del ejercicio 2010 de la precitada sociedad.

IV

El 25 de mayo de 2011 el auditor designado por el Registro presentó por correo un escrito dirigido a la Registradora Mercantil con informe de auditoría con opinión denegada por limitación absoluta del alcance de los trabajos, dado que la sociedad no le facilitó la documentación contable y financiera de la empresa.

V

El 13 de junio de 2011 la indicada representación social presentó un escrito en el Registro Mercantil manifestando que existió un desencuentro entre la sociedad y el auditor de cuentas designado por el Registro, motivado por el pago de los honorarios solicitados, dado que la sociedad los consideró excesivos. Añadió que la sociedad no dispone de documentación alguna, relativa al nombramiento de auditor por la Registradora Mercantil a instancias de la socia minoritaria y solicitó copia certificada del expediente.

VI

A dicho escrito, la Registradora Mercantil de Cádiz contestó el 16 de junio de 2011 informando a los interesados sobre la tramitación del expediente v manteniendo que la imputación de honorarios excesivos, realizada por la sociedad no es causa de recusación de auditor.

VII

El 16 de junio de 2011 la Registradora Mercantil acordó el cierre del expediente, el cual fue notificado a la solicitante de la auditoría de cuentas, doña ..... y a los adminis-

tradores mancomunados de la sociedad afectada. En dicha comunicación la registradora indicó que el procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas finaliza con el nombramiento de auditor y con la aceptación por parte de éste, significándole que el hecho de que la sociedad estime que los honorarios presentados por el auditor no se corresponden con los legal mente establecidos, no es causa de recusación del auditor.

VIII

El 9 de julio de 2011 la sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ..... y don ..... y la solicitante de la auditoría, doña ....., presentaron un escrito en el Registro Mercantil recurriendo la decisión de la Sra. Registradora Mercantil de dar por finalizado y cerrado el citado expediente de nombramiento de auditor de cuentas a instancia de la minoría social, alegando, en síntesis: 1.º) Que no se han seguido los trámites establecidos en el artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil, dado que el nombramiento de auditor de 1 de abril pasado –según resulta de la certificación de la totalidad del reiterado expediente expedida por el Registro a «Bodegas Barbera, S.L.» el pasado 22 de junio–, no fue notificado en debida forma. Por esta razón ni la solicitante de la auditoría de cuentas ni la sociedad tuvieron constancia de tal circunstancia, como consecuencia de la falta de notificación del acuerdo de designación de auditor por la Registradora Mercantil de Cádiz. 2°) Que por parte de la Registradora Mercantil no hubo contestación a la petición del auditor de cuentas de ampliación de plazo. 3.º) Que en el brevísimo contacto que medió entre el auditor designado y la sociedad, entre el 9 y el 23 de mayo, en el que inopinadamente el señor ..... notificó a «Bodegas Barberia, S.L.» su nombramiento, fue para comunicarle que ponía en conocimiento del Registro Mercantil la imposibilidad de expresar una opinión sobre sus cuentas anuales al no habérsele facilitado los documentos interesados para realizar la auditoría que le había sido encargada. 4°) Que la sociedad no consiguió que el auditor de cuentas, señor ....., le remitiera copia de su nombramiento realizado por el Registro Mercantil, ni tampoco consiguió que ajustara su actuación profesional a lo determinado en la normativa legal y reglamentaria y en las normas técnicas dictadas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, que rigen la actividad de auditoría. Es precisamente en esta cuestión donde reside el desacuerdo de la sociedad con la decisión de la Registradora Mercantil de acordar el cierre del expediente. 5.º) Que toda la doctrina resulta unánime al mantener que, aun cuando el artículo 362.1 RRM determina que el Registrador fijará la retribución a percibir por los auditores o, al menos, los criterios para su cálculo, en la práctica se produce una remisión a las normas reguladoras de la actividad de auditoría, entendiendo que el auditor, una vez nombrado y aceptado el cargo, queda vinculado a la sociedad mediante un contrato de obra cuyos términos y condiciones se concretan en el contrato de auditoría o carta de encargo, y en el criterio de que la actividad del Auditor comienza con el antedicho contrato o carta de encargo, pues solo a partir de la suscripción del mismo comienza el verdadero proceso de auditoría. 7.º) Que el auditor no puede ignorar el cumplimiento de las normas legales o técnicas que le son de obligado cumplimiento, ni el Registro puede inhibirse del asunto en tal supuesto escudándose en que el procedimiento de nombramiento de Auditor finaliza con el nombramiento del mismo y su aceptación, porque ni es eso lo que determina el artículo 361 del RRM ni podría tampoco entenderse como jurídicamente aceptable tal postura en un supuesto como el que nos ocupa, teniendo sobre todo en cuenta la situación que se le crearía a la Sociedad recurrente con el mantenimiento de una situación como en la que se encuentra.

IX

Con fecha 17 de noviembre de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio de la Registradora Mercantil de Cádiz al que adjuntaba escrito de la sociedad en el que comunicaba la anómala actuación del auditor nombrado. Adjuntó a dicho escrito copia del correo remitido por la sociedad al auditor de cuentas y copia de la contestación por parte de éste.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de diciembre de 2002, 25 de octubre de 2007 y 12 de septiembre de 2010.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar, en cuanto la procedencia del presente recurso, que el Reglamento del Registro Mercantil no contiene ninguna previsión respecto a la posibilidad de recurrir la diligencia de «cierre del expediente» por tratarse de una diligencia impuesta por el artículo 361 *in fine* del citado cuerpo reglamentario como consecuencia de la finalización del procedimiento de nombramiento registral de auditor, bien por haber recaído resolución definitiva por la que se estima o desestima la solicitud del socio, bien por haber transcurrido los plazos previstos en el RRM para impugnar la decisión del Registrador Mercantil sin haber interpuesto recurso de alzada.

2.º No obstante lo anterior, en cuanto a las restantes alegaciones formuladas por la sociedad, se ha de indicar que tuvo cumplido conocimiento del nombramiento registral de auditor de cuentas instado por la socia minoritaria –y al que no presentó oposición– a través del propio auditor designado, don ....., solicitándole la documentación contable del ejercicio 2010 para, a la vista de ésta, cumplir el encargo que recibió de la Registradora Mercantil y presentar a la sociedad sus honorarios por la verificación contable de dicho ejercicio. No facilitando la documentación requerida, debe atenerse a la principal consecuencia de su inactividad que se concreta en la obligación del auditor de presentar a la Registradora Mercantil un informe de auditoría de cuentas con opinión denegada, por limitación absoluta en el alcance de sus trabajos cuando no pudiese realizar la auditoría por causas no imputables al propio auditor, obligación que viene impuesta por el segundo inciso del artículo 361 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º La Registradora Mercantil estableció un criterio para el cálculo de los honorarios a percibir por el auditor, tal como exige el artículo 362 del Reglamento del Registro Mercantil y, por tanto, su actuación en este procedimiento fue en todo momento ajustada a las previsiones reglamentarias. Las cuestiones o divergencias que pueda plantear a la sociedad la actuación profesional

del auditor de cuentas nombrado en este procedimiento, no son competencia ni la Registradora Mercantil ni este Centro Directivo, puesto que el organismo competente para dilucidarlas y resolverlas es el Instituto de Contabilidad y Auditoría.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto inadmitir el recurso de alzada interpuesto por don ..... y don ..... y la solicitante de la auditoría, doña ....., contra la decisión de la Registradora de Cádiz de 16 de junio 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, 12 de diciembre de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Cádiz.